

**Recurso 243/2014****Resolución 129 /2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 31 de marzo de 2015

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **URBASER, S.A.** contra el Acuerdo del pleno del Excmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera adoptado en fecha 30 de junio de 2014, relativo a la adjudicación del *“Contrato de gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, punto limpio y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y jardines del Municipio de Arcos de la Frontera”* (Expte. N° GSP/1/2013), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 25 de noviembre de 2013, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz el anuncio de la licitación del contrato indicado en el encabezamiento. Asimismo, el citado anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante del órgano de contratación ese mismo día.



El valor estimado del contrato asciende a 31.454.892 euros.

**SEGUNDO.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En dicho procedimiento presentaron ofertas varias empresas y entre ellas la empresa URBASER, S.A., ahora recurrente.

**TERCERO.** El 23 de julio de 2014, tuvo entrada en el registro del este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **URBASER, S.A.** contra el Acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera de 30 de junio de 2014 por el que se adjudica el contrato mencionado.

**CUARTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 24 de julio de 2014, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se solicitó al mismo el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, así como el listado de licitadores, teniendo entrada la citada documentación en el Registro de este Tribunal el 31 de julio.

**QUINTO.** El 31 de julio de 2014, este Tribunal dictó resolución manteniendo la suspensión del procedimiento de adjudicación.

**SEXTO.** El 4 de agosto de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores a efectos de alegaciones por un plazo de cinco días hábiles, habiéndolas presentado en plazo la UTE FCC FOMENTO DE



CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. Y ALTHENIA, S.L. (en adelante UTE ARCOS).

**SÉPTIMO.** En virtud de resolución de 21 de octubre de 2014, este Tribunal acordó la inadmisión de la solicitud de levantamiento de la suspensión, cuyo mantenimiento había sido previamente adoptado.

**OCTAVO.** En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 24 de abril de 2014 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, al amparo del artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto de 2014.



**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

Según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), el contrato tiene por objeto la contratación de la gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, punto limpio y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y jardines del municipio, con un presupuesto máximo anual de 2.356.731,43 euros, IVA incluido y un plazo de ejecución incluidas las posibles prórrogas de 15 años, sin que se prevea la existencia de gastos de primer establecimiento.

Sin embargo, como ponen de manifiesto las partes, es objeto de controversia la misma naturaleza jurídica del contrato, en este sentido se manifiesta la recurrente cuando expone en su recurso que *“por tanto, de las prescripciones anteriores consignadas en los pliegos resulta que al contratista se le garantiza una remuneración fija mensual que será abonada exclusivamente por el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera por la prestación de los servicios previstos en los Pliegos con independencia del uso más o menos intenso que hagan los usuarios incluyéndose en dicha cantidad, cuya revisión se prevé, el concepto del beneficio industrial del contratista.*

*Asimismo, en cuanto a la organización del servicio como elemento configurador del riesgo que asume el contratista, debe de considerarse que las características de las prestaciones que se describen en los Pliegos dejan un*



*escaso margen a la empresa adjudicataria para modular la organización. El Pliego, asumiendo que existe una obligación derivada del convenio colectivo aplicable, prevé la subrogación del personal que está destinado a los servicios, la cesión de los medios materiales y sus sistemas de amortización, adscritos a los servicios contratados, los detalles que deben desarrollarse en las distintas prestaciones de los servicios de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, la limpieza urbana y el mantenimiento de las zonas verdes, elementos todos ellos que determinan la ausencia del elemento vital para la calificación del contrato como de gestión de servicios públicos: la inexistencia de transmisión de riesgos al contratista.*

*En conclusión, por la concurrencia de dichos factores en el presente contrato, consideramos que el contrato en presencia no es un contrato de gestión de servicios públicos sino un contrato de servicios, el cual, atendiendo a la cuantía de su valor estimado, hace que el acto administrativo de adjudicación sea susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) del TRLCSP.”*

Con relación a las manifestaciones efectuadas por la recurrente, el órgano de contratación expone en su informe, en primer lugar, que a la vista del PCAP, la recurrente no procedió a su impugnación, sino al contrario, lo aceptó plenamente con la presentación de la oferta, siendo ahora y a efectos de la presentación del recurso cuando concluye que no se trata de un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios.

Considera el órgano de contratación, que a la vista de lo dispuesto en el artículo 12.5 a) de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, los artículos 25.2., 26.1.a) y 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que la actividad de recogida de residuos sólidos urbanos es un servicio de competencia municipal.



Por lo tanto, entiende que el objeto del contrato es mixto, de gestión de servicios públicos -por cumplir lo requerido en el artículo 8 del TRLCSP- y de servicios -por cumplirse lo previsto en el artículo 10-, ya que el transporte de los residuos hasta sus puntos de tratamiento a almacenamiento y el mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y jardines, es un servicio o prestación *“de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro”*, y como resulta que la parte más importante del contrato consiste en la prestación del servicio municipal de recogida de los residuos sólidos urbanos, se ha considerado que el contrato se debe clasificar como de gestión de servicio público, en la modalidad de concesión.

Finalmente la interesada, al efectuar sus alegaciones, entra también a analizar la naturaleza jurídica del contrato, exponiendo que la recurrente debió impugnar los pliegos, y que la presentación de proposición supone la aceptación incondicionada de la totalidad de las cláusulas o condiciones de los mismos, aduciendo sobre este asunto unos argumentos similares a los del órgano de contratación.

Por otro lado, analiza la aplicación al caso de la definición establecida por la STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto *Privater*, sobre qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio *“El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”*.

Sobre el *riesgo a enfrentarse a otros operadores*, considera que se ha suscitado,



de facto, dado que se han presentado proposiciones de diferentes operadores de mercado.

Con relación al *riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios*, entiende que el contratista se obliga a asumir la prestación de los servicios que constituyen el objeto del contrato con la amplitud que sea necesaria para cubrir la demanda que en cada momento se pueda plantear, ya que se oferta un precio en atención a unas previsiones de demanda que son meramente estimativas, pudiendo resultar que en el ámbito territorial y poblacional se dé una demanda mayor que tendrá que ser cubierta por el contratista, sin poder reclamar un mayor precio por ello.

Sobre el *riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación*, se expone que el artículo 8 del PCAP, establece que *“en ningún caso se podrá reclamar un reequilibrio de la economía del contrato sobre cálculos erróneos en este estudio de costes, ni siquiera apelando a que el error deriva de datos incorrectos aportados por la Administración, siendo responsabilidad de la empresa la verificación de los mismos y de cuantos otros consideren necesarios para la correcta estimación de todos los costes que configuran el precio de los servicios contratados”*.

Por lo que se refiere al sistema de retribución, alega que el precio integra elementos que suponen una manifiesta traslación de riesgos, ya que al licitar se ha de estimar las subvenciones de *ECOEMBES*, en este sentido, el contratista asumiría riesgo pues la concesión de dichas subvenciones quedan condicionadas al cumplimiento de sus bases reguladoras.

Finalmente, se refiere al *riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio*, por el que se exige en el artículo 11 del PCAP, la contratación de un seguro de responsabilidad civil



general por riesgos profesionales para amparar los daños y perjuicios que pueda ocasionar a terceros y ello con independencia de la obligación del adjudicatario de responder por todos los daños y perjuicios que cause, siendo el mínimo por víctima asegurada de 300.000 euros. Concluyendo, a la vista de las anteriores manifestaciones, que se debe entender que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicio público

Expuesto lo anterior, es preciso determinar la verdadera naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa ya que, como se expondrá a continuación, ello resulta decisivo para determinar el carácter impugnabile del acto administrativo que se recurre.

Pues bien, el artículo 2 del PCAP, al configurar el régimen jurídico del contrato, regula el mismo como de *“gestión de servicio público bajo la modalidad de concesión”*, según lo previsto en el artículo 277.a) del TRLCSP. En tal caso, al no preverse la existencia de gastos de primer establecimiento, no cabría, en principio, el recurso especial en materia de contratación (apartado 1.c del artículo 40 del TRLCSP).

No obstante lo anterior, la previa calificación de este contrato como de gestión de servicio público, no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal atribución se corresponde con lo establecido al respecto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Como señaló el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución nº 154/2011 de 1 de junio, *“la razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción*



*dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo”. Aceptar la calificación que hace el PCAP “y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada”.*

La citada Resolución añade que, del examen de las definiciones en el TRLCSP del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad concesional y del contrato de servicios, se deduce una diferencia esencial: *“en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio. Esto significa que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”.*

Partiendo de lo que acaba de exponerse y puesto que es la asunción de riesgo por parte del concesionario lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios, debemos examinar la configuración de la contraprestación en el PCAP a este respecto.

Del examen del PCAP y en concreto del artículo 6 relativo al *“presupuesto del contrato”* se desprenden que la retribución al contratista por parte del Ayuntamiento no deviene de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados a cambio de un precio prefijado en la adjudicación por lo que, a juicio de este Tribunal, la figura



del contratista lejos de asimilarse al concesionario se asimila a lo que en términos de la Directiva 2004/18 y el propio TRLCSP denomina prestador de servicios.

Además el artículo 31 del PCAP establece como derecho del concesionario *“percibir el importe correspondiente a la prestación de los servicios previa presentación de factura y relación valorada de los servicios efectuados, una vez conformado por el responsable del servicio”* lo que supone, por sí mismo, que no nos encontremos en presencia de un contrato de concesión de servicio público sino de un contrato de servicios.

Como ya se ha manifestado este Tribunal en casos similares al actual, entre otras en las Resoluciones 168/2014 de 4 de agosto, 242/2014 de 27 de noviembre, y 257/2014 de 17 de diciembre, en realidad nos hallamos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el Ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios, sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio.

Por todo ello, y en concordancia con lo dispuesto en el apartado 2.c) del mismo artículo 40 del TRLSP, debe entenderse que puede recurrirse en esta vía el Acuerdo de adjudicación.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.*



En el supuesto examinado, consta que el 7 de julio de 2014 se comunicó a todos los licitadores la resolución de adjudicación recurrida por lo que habiéndose presentado el recurso en el Registro de este Tribunal el 23 de julio de 2014, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal.

**QUINTO.** Procede, pues, analizar la cuestión de fondo que se suscita en el recurso. La recurrente pretende que, a la vista de su recurso, se anule el Acuerdo impugnado, se acuerde la exclusión de la mercantil RECOLTE SERVICIOS Y MEDIOAMBIENTE, S.A. (en adelante RECOLTE) y se ordene la retroacción del procedimiento a los efectos de que se proceda a realizar una nueva evaluación del criterio automático “*oferta económica*”, de forma que con la nueva baremación se dicte nuevo Acuerdo por el que se adjudique el contrato a favor de la recurrente.

El recurso contiene los siguientes alegatos:

1. Expone la recurrente que el órgano de contratación debió excluir la oferta de RECOLTE, por incumplimiento de las cantidades mínimas de inversión exigidas en el PCAP. En este sentido entiende que el artículo 10 del PCAP, “*estimaba una inversión total necesaria mínima para el mantenimiento del servicio de 1.500.000 euros, desglosado en cuatro conceptos, los cuales podían ser mejorados al alza por los licitadores.*”

*De tal manera, que el importe destinado a dichas inversiones, siempre y cuando se garantizara el mínimo obligatorio exigido por el PCAP, operaban como un criterio automático de valoración con una ponderación de 40 puntos.”*

Expone que “*opuestamente al cumplimiento de dicha obligación, RECOLTE incumple el PCAP al ofertar una inversión anual a partir de la finalización del*



*tercer año de gestión para el mantenimiento del servicio de 56.592,32 euros, cuando el mínimo exigido en el PCAP en dicho capítulo de inversión era de 245.000 euros, tal y como se puede apreciar en el acta de la mesa de contratación de apertura del sobre correspondiente a los criterios no valorables mediante juicio de valor”.*

Considera que fue errónea la actuación del órgano de contratación, ya que en vez de excluir a dicha entidad, concluye no otorgarle puntos en el apartado correspondiente a las mejoras sobre la inversión mínima exigida. Dicha actuación incurriría según la recurrente en arbitrariedad, ya que el PCAP en su artículo 13.2, criterios cuya ponderación no dependen de un juicio de valor, contempla una puntuación de inversiones que superen la inversión mínima establecida en 245.000 euros.

En este sentido, considera la recurrente que la oferta de RECOLTE incurría en causas de rechazo del artículo 17 del PCAP, en concreto: *“realizar planteamientos técnicamente inviables o manifiestamente defectuosos o con incoherencia entre las oferta en los diferentes criterios valorables” y “no valorar la totalidad del objeto a ejecutar o contener cálculos o valoraciones manifiestamente erróneos que no sean meramente aritméticos”.*

2. Expone, que la incorrecta admisión de la propuesta de RECOLTE, en base a lo exigido por el PCAP, altera la puntuación del criterio de adjudicación automático *“oferta económica”* al modificarse la baja media de las ofertas válidas.

En este sentido, al modificarse la baja media de las ofertas por exclusión en su cómputo de la oferta de RECOLTE, la puntuación de URBASER, S.A. permanece invariable (al seguir siendo la más barata), pero se altera la puntuación de la UTE ARCOS, ya que en lugar de obtener su oferta económica



5,89 puntos, realmente le corresponde en dicho apartado 3,66 puntos, de conformidad con los criterios de baremación contenidos en el artículo 13 del PCAP.

Como consecuencia de ello, alega la recurrente, el sumatorio final de los diferentes criterios de valoración determina que URBASER, S.A. obtiene 93 puntos frente a la UTE ARCOS que obtiene un total de 92,66 puntos, resultando por tanto la propuesta de la recurrente más ventajosa, al obtener la máxima puntuación.

El órgano de contratación por su parte informa:

Que en relación al alegato de la recurrente, relativo a la incorrecta actuación de la mesa de contratación, informa que ni el artículo 17 del PCAP, en el que se expresan las causas de exclusión en la valoración de las ofertas, ni el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prevé que deban ser excluidas de la licitación las ofertas que se presenten por debajo del umbral mínimo de inversión.

Así, argumenta el órgano de contratación que el artículo 13.2.a) 4 del PCAP no establece que sólo se puede valorar con 0 puntos a las ofertas que cubran la inversión mínima exigida, en este caso 245.000 euros, sino que el umbral mínimo a efectos de valoración se fija en dicha cantidad, de forma que todas aquellas ofertas que no alcanzasen el mínimo exigido por el Pliego serían valoradas, que no excluidas, con 0 puntos, y así fue interpretado por la Mesa de Contratación.

Hace referencia al informe 54/10 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la posibilidad de establecer limitaciones en la propuesta económica, de forma que se pueda, previa audiencia de los licitadores, excluir



aquellas ofertas cuya baja supere un porcentaje indicado, pero siempre que concurren las circunstancias previstas en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el único criterio a tener en cuenta sea el precio. Concluyendo finalmente, que no se da en la presente licitación, el supuesto de hecho para que sea de aplicación.

Afirma el órgano de contratación, que la oferta de inversiones anuales presentada por la empresa RECOLTE es acorde al estudio económico de costes que adjunta a su oferta, y por tanto, no genera duda que la oferta de inversiones anuales a partir del tercer año de gestión ofertada por la citada empresa es de 56.592,32 euros, y por tanto, se valora por la mesa de contratación con 0 puntos.

La UTE ARCOS realiza las siguientes alegaciones:

1. Con relación al incumplimiento de las cantidades mínimas de inversión exigidas en el PCAP, entiende que esos importes se establecen como mínimos únicamente a los efectos de valoración de las ofertas, considera la UTE que en ese sentido se manifiesta el artículo 13 del PCAP, al establecer que únicamente se atribuirán puntos a la oferta si supera los mínimos establecidos, no estableciéndose en ningún lugar del pliego como causa de posible rechazo o exclusión de las ofertas, especialmente en el artículo 17 del PCAP que regula las causas de rechazo de proposiciones, la exclusión por ofertar una inversión inferior a la estimada en el PCAP.

Argumenta que, según establece el artículo 10 del PCAP al referirse a las inversiones, la literalidad de este precepto no impone -como requisito obligatorio- la oferta de una cantidad mínima de inversión en cada uno de los cuatro apartados que desglosa. Considera que en virtud del artículo 1281 del Código Civil, ha de estarse como primer criterio hermenéutico al tenor literal de



las cláusulas. Del tenor literal de la cláusula se concluye que el artículo 10 del PCAP, no *“impone”* la inversión de una cantidad mínima, lo único que hace es una *estimación*.

Y en el caso de que se entendiera que sí la exige, el tenor literal del referido artículo se refiere a la *“inversión total para el mantenimiento del servicio”* que cifra en 1.500.000 euros indicando que el licitador la podrá mejorar al alza. En este sentido la *“inversión total para el mantenimiento del servicio”* ofertada por RECOLTE asciende a 2.203.000 euros, con lo que cumpliría con creces ese pretendido requisito mínimo obligatorio.

Abundando en esta argumentación, expone que los motivos por los que se podía rechazar una proposición, venían exhaustivamente descritos en el artículo 17 del PCAP, y que si se hubiera considerado la inversión, como requisito mínimo obligatorio, se habría establecido su incumplimiento como una causa de rechazo y exclusión de la oferta.

En este sentido, la interesada entiende que no cabe la subsunción de este requisito en otras causas de exclusión, como plantea la recurrente, ya que ninguna de ellas sería aplicable a los efectos pretendidos. Con respecto a la aplicación de la causa de exclusión *“realizar planteamientos técnicamente inviables o manifiestamente defectuosos o con incoherencia entre las oferta en los diferentes criterios valorables”*, considera que en su oferta no ha realizado un planteamiento técnicamente inviable o manifiestamente defectuoso, pues las soluciones técnicas y organizativas que propone en el sobre nº2 de su proposición son técnicamente viables y correctas, y así ha sido valorado por la mesa de contratación, con la puntuación que le otorga a su oferta.

El otro motivo *“no valorar la totalidad del objeto a ejecutar o contener cálculos o valoraciones manifiestamente erróneos que no sean meramente*



*aritméticos”, considera la interesada que la oferta del RECOLTE valora la totalidad de dicho objeto en los términos establecidos en el PCAP, no estando ante un problema de valoración manifiestamente errónea.*

2. Concluye que *“a la luz de las previsiones de los pliegos, ha de concluirse -como concluye la mesa de contratación, y como entendieron todos los licitadores (nótese que URBASER no hizo observación ni reserva alguna al respecto, ni en el acto de apertura del sobre nº3 celebrado por la mesa de contratación ni en los dos días posteriores, tal como le habilitaba el artículo 15 del PCAP) que lo que establece el artículo 13 del PCAP (repetimos, artículo o cláusula que lo que regula son los criterios de valoración de las ofertas – no los requisitos mínimos obligatorios-) son los “umbrales mínimos” para obtener puntuación en esos criterios: si la oferta no supera el umbral mínimo se obtiene 0 puntos, y si lo supera obtendrá puntuación conforme a la fórmula de baremación fijada en el pliego.”* y entiende que por tanto el recurso debe ser desestimado.

3. Expone la interesada que la legitimación de la recurrente con respecto al recurso interpuesto descansa en el supuesto efecto automático que la exclusión de RECOLTE produciría, concretándose que, al modificar la puntuación en la *“oferta económica”,* la recurrente obtendría la mayor puntuación en dicho criterio y, con ello, la mayor puntuación global, con lo que sería la adjudicataria del contrato.

Sin embargo, expone que no ha tenido en cuenta la recurrente los efectos que la exclusión de RECOLTE habría producido en el resto de los criterios de valoración cuya baremación está sujeta a juicios de valor, ya que dichas puntuaciones se han asignado al valorar comparativamente las ofertas presentadas y admitidas.



En consecuencia, según alega la UTE, la exclusión de la oferta de RECOLTE incidiría sobre la valoración de las ofertas por razón de los criterios cuya baremación está sujeta a juicio de valor. Ello supone que, tras la eventual exclusión de RECOLTE, URBASER obtendría menor puntuación al desaparecer la oferta de RECOLTE como término de comparación y alterarse la media de conjuntos, con lo que el pretendido efecto automático predicado por la recurrente desaparecería.

En este sentido, los efectos de la exclusión de RECOLTE influirían en todos los criterios de valoración de las ofertas, y al obtener URBASER una puntuación inferior, ya no podría ser adjudicataria en ningún caso, por lo que la legitimidad de la recurrente desaparecería.

**SEXTO.** Vistas las alegaciones de las partes, procede entrar a analizar el objeto del recurso. La recurrente solicita que se excluya a RECOLTE por no cumplir los requisitos de inversión mínima establecidos en el pliego. Efectuada la exclusión, con el recálculo de la puntuación que obtendrían las distintas ofertas, la recurrente sería adjudicataria.

Combate la admisión de la oferta de RECOLTE, en los siguientes términos: *“RECOLTE incumple el PCAP al ofertar una inversión anual a partir de la finalización del tercer año de gestión para el mantenimiento del servicio de 56.592,32 euros, cuando el mínimo exigido en el PCAP en dicho capítulo de inversión era de 245.000 euros, tal y como se puede apreciar en el acta de la mesa de contratación de apertura del sobre correspondiente a los criterios no valorables mediante juicio de valor”.*

Resulta necesario el análisis del contenido del PCAP, para dilucidar el objeto del recurso, así en su artículo 10 quedaban reguladas las inversiones estableciendo:



*“Artículo 10.- Inversiones.*

*Si bien el servicio puede prestarse en las condiciones actuales, dada la duración del contrato, se precisará por la finalización de su vida útil, la inversión de nueva maquinaria y enseres para normal prestación de los servicios que el licitador deberá tener en cuenta en su oferta y que deberá acometer.*

*Todas las inversiones previstas en este pliego serán revertidas al Ayuntamiento de Arcos de la Frontera una vez finalizado el contrato, por lo que el licitador deberá tenerlo en cuenta en su oferta.*

*De acuerdo con el proyecto de explotación, se estima una inversión total necesaria mínima para el mantenimiento del servicio de 1.500.000 euros, que se desglosa con la siguiente estructura, que el licitador podrá mejorar al alza:*

<i><u>TIPO DE LICITACIÓN INVERSIONES</u></i>	<i><u>TIPO LICITACIÓN</u></i>
<i>1. TIPO DE LICITACIÓN PARA LA INVERSIÓN EN CAMIONES DE RECOGIDA</i>	<i>850.000 EUR</i>
<i>2. TIPO DE LICITACIÓN PARA LA SUSTITUCIÓN E INCORPORACIÓN DE NUEVOS CONTENEDORES.</i>	<i>280.000 EUR</i>
<i>3. TIPO DE LICITACIÓN EN INVERSIÓN EN MAQUINARIA Y ENSERES PARA EL CONJUNTO DE SERVICIOS</i>	<i>125.000 EUR</i>
<i>4. INVERSIONES ANUALES A PARTIR DE LA FINALIZACIÓN DEL TERCER AÑO DE GESTIÓN PARA EL MANTENIMIENTO DEL SERVICIO: 35.000 EUROS, LO QUE SUPONE UN TOTAL</i>	<i>245.000 EUR</i>

*Las inversiones propuestas por el licitador deberán ponerse a disposición del servicio en los plazos parciales del 80% antes de los 6 meses y el resto antes de la finalización del primer año de gestión, contados desde la formalización del contrato, salvo inversiones previstas anualmente a partir de la finalización de 3 años de gestión.*

*Las inversiones propuestas por el licitador serán supervisadas por el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, debiendo estar presente un representante municipal el día de su puesta en funcionamiento, debiendo*



*acompañar la documentación correspondiente”.*

El PCAP relaciona estas necesidades de inversión con los criterios de valoración de ofertas establecidos en el artículo 13 del PCAP. En lo que aquí se trata, dicho artículo atribuye las siguientes puntuaciones:

*“Artículo 13.- Criterios de valoración de ofertas.*

*Los criterios de valoración son los que se recogen a continuación distinguiendo los que dependen para su ponderación de un juicio de valor de los que no:*

*2. Criterios cuya ponderación no dependen de un juicio de valor (50 puntos).*

*a) Inversiones, hasta un máximo de 40 puntos.*

*Se valorarán las ofertas de acuerdo a los siguientes criterios:*

*1. Oferta superior al tipo de licitación en inversión camiones de recogida: hasta 25 puntos.*

*- Oferta tipo: 850.000 euros (inversión mínima)= 0 puntos.*

*- Por cada 100.000 euros de alza sobre la inversión mínima se puntuará con 5 puntos, hasta un máximo de 25 puntos.*

*2. Oferta superior al tipo de licitación para la sustitución e incorporación de nuevos contenedores: hasta un máximo de 12 puntos.*

*- Oferta tipo: 280.000 euros (inversión mínima) = 0 puntos.*

*- Por cada 50.000 euros de alza sobre la inversión mínima se puntuará con 3 puntos, hasta un máximo de 12 puntos.*

*3. Oferta superior al tipo de licitación en inversión en maquinaria y*



*enseres para el conjunto de los servicios: hasta un máximo de 2 puntos.*

*- Oferta tipo: 125.000 euros (inversión mínima)= 0 puntos.*

*- Por cada 10.000 euros de alza sobre la inversión mínima se puntuará con 0,50 puntos, hasta un máximo de 2 puntos.*

*4. Oferta superior inversiones anuales a partir de la finalización del tercer año de gestión para el mantenimiento del servicio: hasta un máximo de 1 punto.*

*-Oferta tipo: 245.000 euros (inversión mínima)= 0 puntos.*

*- Por cada 10.000 euros de alza sobre la inversión mínima se puntuará con 0,50 puntos, hasta un máximo de 1 punto.”*

Para la presentación de la documentación relativa a las inversiones a realizar por la adjudicataria, el PCAP prevé que en el sobre “Nº3 – Documentación cuya baremación no depende de un juicio de valor” se presente el “documento 2. Oferta de inversiones”, en el que cada licitador podía especificar el importe de las inversiones para cada apartado, a efectos de que le fuera atribuida la puntuación anteriormente citada. Es decir, dichas inversiones se conocen en el momento de la apertura del sobre nº 3, y se valoran en cuanto superen al mínimo estimado como necesario por el órgano de contratación en el artículo 10 del PCAP.

En base a estas premisas, el 13 de junio de 2014 se reúne la mesa de contratación para la apertura del sobre 3 relativo a la documentación cuya baremación no depende de juicio de valor, y cuyo acta consta en el expediente.

De su contenido este Tribunal constata que efectivamente RECOLTE presenta, en el apartado correspondiente a la inversión anual, una oferta por valor de 56.592,32 euros, inferior por tanto a la inversión mínima estimada por el órgano de contratación en 245.000 euros, y por la que recibe una puntuación en este aspecto de 0 puntos.



La pretensión de la recurrente de que el órgano de contratación debió excluir la oferta RECOLTE, en lugar de no puntuarla en este apartado, no puede ser estimada, ya que en *primer lugar*, el artículo 17 que regula las causas de exclusión, no establece la posibilidad por parte de la mesa de contratación de excluir la oferta de un licitador por ese motivo, cuyo contenido se transcribe a continuación:

*“Artículo 17. Rechazo de proposiciones.*

*- Quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato, las proposiciones presentadas por los licitadores que no reúnan los requisitos de capacidad y solvencia o clasificación exigidos, o no aporten o subsanen la documentación acreditativa de su personalidad, capacidad o solvencia.*

*- Los que constituyan la garantía provisional después de finalizado el plazo de presentación de ofertas, o que no alcancen la cantidad prevista en el Pliego.*

*- En la valoración de las ofertas se procederá por resolución motivada, a la exclusión de aquellas proposiciones que incurran en algunas de las causas siguientes:*

*\* Superar el presupuesto máximo de licitación o el plazo máximo señalado para la ejecución del servicio.*

*\* Presentar discordancia en la oferta económica, entre la cifra expresada en letra y número, salvo que sea evidente que se trata de un error en la transcripción.*

*\* Presentar más de una proposición o suscribir propuesta en UTE con*



*otros empresarios si se ha hecho individualmente, o figurar en más de una UTE.*

*\* Presentar proposiciones que puedan suponer una variante.*

*\* Presentar las ofertas sin respetar las normas que se establecen en el artículo 8 del presente Pliego o presentarla fuera de plazo, en lugares diferentes a los indicados o no comunicar la presentación por correo, fax o telegrama, o recibirse pasados 10 días desde la terminación del plazo para presentación.*

*\* No presentar la oferta en 3 sobres cerrados, o incluir en el sobre 2 y/o 3 datos que deben figurar en el otro respectivamente.*

*\* Presentar la oferta técnica y económicamente con un contenido sustancialmente distinto a lo establecido en el presente Pliego.*

*\* Realizar planteamientos técnicamente inviables o manifiestamente defectuosos o con incoherencia entre la oferta en los diferentes criterios valorables.*

*\* No valorar la totalidad del objeto a ejecutar o contener cálculos o valoraciones manifiestamente erróneos que no sean meramente aritméticos.*

*\* No justificación de la oferta presentada en caso de estar incurso en presunción de temeridad o no ser aceptada la justificación ofertada por el órgano de contratación a la vista de los informes realizados.”*

Entre las causas anteriormente relacionadas, y como el órgano de contratación y la adjudicataria argumentan, no se incluye como causa de exclusión ofertar una inversión por debajo de la estimada por el órgano de contratación. De esta forma, que dicha previsión no se haya incluido en dicho artículo del PCAP parece lógica, ya que lo que se establece en el mismo es una estimación, y por tanto no se exige taxativamente como requisito que haya de incluir la oferta.

En este sentido argumenta el órgano de contratación cuando informa “que la



*oferta de inversiones anuales presentada por la empresa RECOLTE, es acorde al estudio económico de costes que adjunta a su oferta, y por tanto, no genera duda que la oferta de inversiones anuales a partir del tercer año de gestión ofertada por la citada empresa es de 56.592,32 euros".* Así, a la vista de la oferta presentada por RECOLTE, la mesa de contratación, de acuerdo lo previsto en el PCAP, acuerda no otorgarle puntuación al no superar la inversión mínima prevista en el PCAP, pero en ningún caso la exclusión ya que no existe precepto legal ni previsión en el pliego que hubiera amparado tal actuación.

Considera este Tribunal que la mesa de contratación actuó correctamente, dado que la exclusión por este motivo habría atentado contra el principio de proporcionalidad, y al respecto, es doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el principio de proporcionalidad exige que los actos de los poderes adjudicadores sean adecuados para lograr los objetivos legítimos perseguidos por la norma y no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de estos.

En *segundo lugar*, resulta de interés reiterar que la oferta que presentó RECOLTE preveía, según consta en el acta de la mesa de la mesa contratación de 13 de junio de 2014, unas inversiones que ascendían en total a 2.201.792,92 euros, siendo las estimaciones totales contenidas en el PCAP de 1.500.000 euros. Así, aunque en una de las partidas en las que se desglosa la inversión, RECOLTE oferta por debajo del tipo estimado, sin embargo su oferta superaba ampliamente, en términos globales, las estimaciones del órgano de contratación, siendo éste otro elemento que refuerza la presunción de validez de la oferta, y la correcta actuación de la mesa de contratación.

En *tercer lugar*, en el acta citada de 13 de junio de la mesa de contratación, donde públicamente se dieron a conocer las ofertas de inversión de cada licitador, consta como asistente el representante de la empresa ahora recurrente.



En este sentido, el artículo 15 del PCAP, establece en relación con la apertura del sobre nº3; *“informando a los licitadores asistentes, e invitándoles a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación”*. Sin embargo, habiendo conocido la recurrente el dato objeto del recurso desde aquel momento, no existe constancia de que lo pusiera en conocimiento del órgano de contratación.

A mayor abundamiento, y aunque se aceptara, a meros efectos dialécticos, la pretensión de la recurrente, y como se hace constar en las alegaciones, la pretendida exclusión de RECOLTE podría haber afectado a la valoración de la oferta de la recurrente, no solo en la valoración de la proposición económica, sino también en lo relativo a los *“criterios cuya ponderación dependen de un juicio de valor”* ya que en dicho supuesto se habrían valorado tan solo dos ofertas, y dichas puntuaciones se habrían obtenido por la comparación entre ambas, desapareciendo el elemento comparativo de la oferta de RECOLTE. *Por ende* se habría podido alterar la valoración de la calidad de las soluciones ofertadas restantes, y por tanto haber decaído la supuesta legitimación de la recurrente.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **URBASER, S.A.** contra el Acuerdo del pleno del Excmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera adoptado en fecha 30 de junio de



2014, relativo a la adjudicación del “*Contrato de gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, punto limpio y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y jardines del Municipio de Arcos de la Frontera*” (Expte. N° GSP/1/2013)

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**TERCERO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 31 de julio de 2014.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

