

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 15 de febrero de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don G.A.S., en nombre y representación de Urbaser, S.A., contra la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Villarejo de Salvanes de fecha 10 de enero de 2017, por la que se adjudica el contrato “Servicio de limpieza viaria”, número de expediente: 631/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el BOCM de 21 de noviembre de 2016, se hace pública la licitación del servicio mencionado a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 300.000 euros.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en la cláusula 12, *“Calificación de la documentación presentada, valoración de los requisitos de solvencia y apertura de proposiciones”*, establece entre otros extremos lo siguiente:

“La apertura de los sobres 2 y 3 se hará por la Mesa en acto público y tendrá lugar en las dependencias municipales. En caso de no ser necesario solicitar

aclaraciones, documentos complementarios o vicios subsanables, la apertura de los sobres 2 y 3, se realizará por la Mesa el mismo día de la apertura del sobre 1, en acto público. Posteriormente, junto con los informes emitidos, en su caso, las elevará con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá, en todo caso, la ponderación de los criterios indicados en el Apartado 6 del Anexo I, al órgano de contratación.”

Por su parte el apartado 6 del Anexo I del PCAP contiene los criterios de adjudicación del contrato que son los siguientes:

*“I. Criterios técnicos o cuya cuantificación dependa de un juicio de valor
(SOBRE 2)*

Los criterios objetivos que servirán para valorar las ofertas y la puntuación máxima que se asignará a cada uno de ellos serán los siguientes:

a) Proyecto Técnico de Prestación del Servicio, de 0 a 45 puntos.

(...)

b) Mejoras y equipamiento auxiliar, de 0 a 25 puntos. Las mejoras se valorarán en función de su contribución a la mejora de la calidad del servicio, debiendo, por tanto, estar descritas de manera objetiva y de contrastable con definición de personal asignado, vehículos y equipo que ofrece.

*II. Criterios económicos o evaluables de forma automática (SOBRE 3)
Menor precio de ejecución, hasta 30 puntos”.*

Tercero.- A la licitación fueron admitidas tres empresas entre ellas la recurrente.

El 13 de diciembre de 2016, se reúne la Mesa de contratación para la apertura de los sobres 2 y 3, constando en el Acta las siguientes circunstancias:

“Una vez abiertos los sobres 2 de cada empresa, vista la disparidad de las mejoras que presenta cada empresa y que no se cuantifican de una misma manera, se establece un plazo de 3 días hábiles para que presenten valoración económica a efectos de que sea cada empresa quien valore sus ofertas, que se establezca un criterio más igualitario, todo ello en pro de una mayor objetividad en el

procedimiento, mayor eficacia y celeridad en el mismo, la mesa se volverá a reunir para examinar dicha documentación una vez transcurrido el tiempo antes mencionado. Todo ello se comunica delante de todos los presentes.

Se abre el sobre 3, donde consta la proposición económica de cada una de empresas...”

Ante este requerimiento, la representación de Urbaser, S.A. presentó con fecha 26 de enero de 2017, escrito dirigido al órgano de contratación en el que se ratifica en su oferta y advierte que la aportación solicitada supondría una irregularidad invalidante del procedimiento ya que significa la inclusión de un criterio de valoración no incluido en el Pliego. Por todo ello no aporta la valoración requerida.

Cuarto.- Finalmente por Resolución de la Alcaldía de 10 de enero de 2017, se adjudicó el contrato a la empresa Sifu, Madrid, S.L., al haber resultado clasificada en primer lugar, Urbaser, S.A., quedó clasificada en tercer lugar.

La adjudicación fue notificada a los interesados en esa misma fecha.

Quinto.- El 27 de enero de 2017, previo el preceptivo anuncio, tuvo entrada en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de Urbaser, S.A., en el que se alega la nulidad del procedimiento de adjudicación ya que, en primer lugar se ha establecido en el PCAP una mayor ponderación a los criterios sometidos a juicio de valor que a los automáticos, por lo que en virtud de lo establecido en el artículo 150 del TRLCSP, debería haberse constituido un comité de expertos y no se ha hecho. En segundo lugar, alega que se ha vulnerado el orden de apertura de las proposiciones, puesto que han sido abiertos los criterios subjetivos y los automáticos en un solo acto. Por todo ello solicita se declare la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación.

Sexto.- El 1 de febrero de 2017 el Ayuntamiento remite una copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido

de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

El informe alega que el Ayuntamiento carece de personal para la constitución del comité de expertos mencionado por lo que la valoración la han realizado los técnicos municipales y respecto al procedimiento, sostiene que se ha seguido lo establecido en la cláusula 12 del PCAP, por lo que si la recurrente no impugnó en su día los pliegos no puede en este momento hacer valer reproche alguno al contenido de los mismos. En cuanto a las mejoras, que fueron valoradas por las propias empresas una vez abiertos los sobres 2 y 3, señala que ante la negativa de Urbaser a presentar el escrito de valoración requerido, la Mesa optó por no tener en cuenta las valoraciones de las empresas, valorándose nuevamente las mejoras presentadas.

Por todo ello, solicita la desestimación del recurso.

Séptimo.-El 1 de febrero de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, en virtud de lo previsto en el artículo 45 del TRLCSP.

Octavo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se han recibido escritos de alegaciones de Sifu de Madrid, S.L., en el que sostiene que se ha respetado el procedimiento establecido y que ha sido la recurrente la que ha incumplido el requerimiento efectuado por la Mesa por lo que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad y el recurso debe desestimarse.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Urbaser, S.A. para interponer el recurso al tratarse de una persona jurídica licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP), que solicita la nulidad de todo el procedimiento.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la Resolución de adjudicación de un contrato de servicios, sometido a regulación armonizada por lo que el acto es recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución de adjudicación le fue notificada con fecha el día 10 de enero de 2017, e interpuesto el recurso el día 27 de enero, dentro del plazo de quince días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto este se centra en determinar si el procedimiento de licitación se ha realizado correctamente y si las irregularidades expuestas por la recurrente, que no impugnó el pliego en su momento, pueden traer como consecuencia la nulidad del mismo.

En primer lugar, respecto a la necesaria constitución del comité de expertos previsto en el artículo 150 del TRLCSP, para la valoración de las ofertas, debe concluirse que el PCAP establece un valoración de 70 puntos para los criterios sometidos a juicio de valor y 30 puntos para los automáticos, en este caso la oferta económica, por lo que dada esa circunstancia, el comité de expertos debió constituirse. Si el Ayuntamiento no tenía posibilidad de constituirlo, debió elaborar

los pliegos incluyendo otra ponderación en los criterios de adjudicación, que diera más peso a los criterios automáticos o mediante fórmula o bien prever otro mecanismo para proveerse del comité de expertos, como podría ser su contratación.

En definitiva, el artículo 150.2 del TRLCSP exige para los procedimientos en que el peso relativo de los criterios subjetivos sea superior al de los objetivos, como ocurre en este procedimiento, la constitución de un comité de expertos, exigencia que no se ha atendido, por lo que debe estimarse el recurso por este motivo. No puede considerarse determinante para la estimación, la circunstancia de que la recurrente no haya recurrido previamente los Pliegos, puesto que el contenido del artículo 150. 2 del TRLCSP, es imperativo, sin que de la redacción del PCAP pueda deducirse la voluntad de no constitución del indicado comité.

Respecto del segundo motivo de recurso, relativo a la nulidad del procedimiento cabe mencionar, por lo que se refiere al orden de apertura de las proposiciones de los licitadores, que el apartado 2 del artículo 150 TRLCSP establece lo siguiente:

“Artículo 150. Criterios de valoración de las ofertas.

(...) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinará los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada. (...).”

Por su parte, el artículo 26 del RD 817/2009, establece que *“la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos”*. Y el apartado 2 del artículo 30 del RD 817/2009 que: *“2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se*

efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

3. La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública”.

Es decir, como ha señalado el Tribunal en varias Resoluciones, entre otras la Resolución 24/2014 de 5 de febrero, *“la normativa establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, todo ello con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor.*

El hecho de que la legislación de contratación pública establezcan que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del órgano de contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor “mediatizado”, o, si se prefiere, “contaminado” por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes” .

En el caso analizado, el Pliego establecía que la apertura de los sobres se realizase en el mismo día, circunstancia que ya de por sí prácticamente implica una vulneración del orden de apertura previsto en la ley. Pero es que además la Mesa de contratación incumplió lo previsto en el pliego, en el que se indica que *“En caso de no ser necesario solicitar aclaraciones, documentos complementarios o vicios subsanables, la apertura de los sobres 2 y 3, se realizará por la Mesa el mismo día de la apertura del sobre 1, en acto público.”*

Por lo tanto, aplicando el propio pliego y teniendo que pedir aclaraciones, independientemente de si cabía o no pedir la valoración de las ofertas a los licitadores, no debieron en ningún caso abrirse en ese acto los sobres de las proposiciones económicas, puesto que al valorar los criterios sometidos a juicio de valor ya se conocían las proposiciones económicas y la valoración podría estar mediatizada, posibilidad que la ley impide.

Entiende el Tribunal que la redacción de la cláusula del PCAP que impone la apertura de todos los sobres en el mismo día, y la actuación posterior de la Mesa es determinante de nulidad de la totalidad del procedimiento, pues el clausulado del pliego se opone a lo dispuesto en la normativa de contratación del sector público y si bien es cierto que los pliegos fueron aceptados por los licitadores por la mera presentación de su oferta y que el pliego no fue impugnado, se aprecia causa de nulidad de pleno derecho, al permitir valorar criterios sujetos a juicio de valor con conocimiento de la documentación valorable mediante fórmula, lo que vulnera el principio de igualdad de trato, debiendo anularse por tanto el procedimiento de licitación y convocarse otro, de mantenerse las necesidades que justificaron la convocatoria, ajustado al contenido de esta Resolución.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don G.A.S., en nombre y representación de Urbaser, S.A., contra la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Villarejo de Salvanés de fecha 10 de enero de 2017, por la que se

adjudica el contrato de “Servicio de limpieza viaria”, declarando la nulidad del procedimiento licitación que deberá convocarse de nuevo, de mantenerse las necesidades, ajustado al contenido de esta Resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.