

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

En Madrid, a 13 de septiembre de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.B.B., en nombre y representación de Servicios Urbanos de Limpieza y Acondicionamiento, S.L. (SEULA), contra la Resolución de la Alcaldía de fecha 7 de julio de 2017, por el que se adjudica el contrato “Recogida de basuras, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos”, del Ayuntamiento de Aldea del Fresno, número de expediente: 64/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El Ayuntamiento de Aldea del Fresno convocó la licitación para la contratación del servicio de referencia mediante procedimiento negociado con invitación expresa a 6 posibles candidatos con los cuales iniciar la negociación de las condiciones del contrato. La fecha límite de presentación de ofertas por parte de los interesados finalizaba el 3 de julio de 2017.

La cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) califica el contrato como de Gestión de Servicios Públicos, con un

valor estimado de 303.861,60 euros, IVA excluido, para los 4 años de duración total del contrato.

**Segundo.-** La empresa SEULA fue invitada a participar en el procedimiento negociado sin publicidad, presentando su oferta dentro del plazo señalado en la invitación.

La cláusula decimoprimeras del PCAP señala bajo el título *“Cuestiones que pueden ser objeto de negociación. Criterios de Adjudicación del Contrato.*

*La negociación que deba celebrarse a efectos de lo dispuesto en el artículo versara sobre los siguientes aspectos y valoración:*

*El precio: Este criterio se valorará con una puntuación máxima de 10 puntos para la mejor oferta.*

*Las mejoras del servicio con respecto al Pliego de Condiciones Técnicas: Se valorará los nuevos servicios ofertados:*

- La frecuencia de recogida: añadir el domingo de recogida en horario de invierno..... 1 punto.*
- Los vehículos utilizados menores de 10 años (sin contar el principal) 0,50 por vehículo con un total de..... 1 punto.*
- La limpieza de los contenedores superior a dos anuales..... 1 punto.*
- Cualquier nueva mejora ofertada por el licitador y que la mesa de contratación la considere como tal tendrá una puntuación global de... 2 puntos.”*

La configuración del condicionado del contrato por parte de los Pliegos no fue objeto de impugnación por los licitadores participantes durante la fase previa a la presentación de las plicas.

**Tercero.-** El 6 de julio de 2017 se reúne la Mesa de contratación, de las 6 empresas invitadas, solo acuden a la licitación, URBASER y SEULA.

SEULA presenta una oferta económica IVA incluido de 75.886,80 euros, IVA incluido. Y ofrece las siguientes mejoras:

- *1 día más de recogida durante el invierno, lo que supondría 7 días a la semana.*
- *1 camión recolector compactador.*
- *4 limpiezas anuales generales de contenedores.*
- *un sistema incorporado a los vehículos de geolocalización y transmisión de la información.*
- *un teléfono 24 horas.*
- *y aunque no lo refleja el Acta. Un sistema de gestión de incidencias (manual área de clientes).*

URBASER presenta una oferta económica IVA incluido de 79.999,99 euros, IVA incluido. Y ofrece las siguientes mejoras.

- *tres limpiezas anuales de contenedores.*
- *dos vehículos adscritos al servicio.*
- *diez contenedores/año de resto.*
- *diez contenedores/año de envases.*

El representante de URBASER manifiesta que desea proceder a negociar una baja del precio ofreciendo 75.240 euros, IVA incluido. Posteriormente el representante de SEULA ofrece 74.250 euros. Finalizándose el acto público de negociación. El acta refleja respecto del punto “Cualquier mejora ofertada por el licitador y que la mesa de contratación considere como tal tendrá una puntuación global de..... 2 puntos: *“La aportación de 20 contenedores/año que ofrece URBASER supone una aportación al servicio de recogida de basuras para el municipio que es primordial no solo en cuanto al valor económico que es cuantificable sino también por el valor que esto supone a la prestación del servicio.”*

El resultado final de la puntuación es el siguiente:

Precio: URBASER: 9,87, SEULA: 10.

Frecuencia Recogida: URBASER 0, SEULA 1.

Vehículos Utilizados: URBASER 1, SEULA 0,5.

Limpieza de contenedores: URBASER 0,75, SEULA 1.

Mejoras ofertadas: URBASER 2, SEULA 0.

De manera que URBASER obtiene 13,62 puntos frente a los 12,50 de SEULA.

El 7 de julio de 2017 por el Alcalde se dicta resolución adjudicando el contrato a URBASER.

**Cuarto.-** El 28 de julio de 2017 tuvo entrada en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de SEULA en el que solicita *“se declare nula o se deje sin efecto la resolución impugnada y se adjudique el presente contrato a mi representada por ser la oferta más ventajosa (téngase en cuenta que solo se presentaron dos ofertas) dada la nulidad del apartado de la Cláusula 11ª del PCAP que señala “Cualquier nueva mejora ofertada por el licitador y que la mesa de contratación la considere como tal tendrá una puntuación global de ... 2 puntos.”, y por no haberse presentado en distinto sobre en la oferta, subsidiariamente por no haberse motivado por qué no han sido tenido en cuenta las mejoras ofertadas por esta parte en dicho apartado que hubieran determinado la atribución a esta parte de dos puntos, por deficiente motivación de la puntuación otorgada en este apartado a URBASER y por indebida valoración de la oferta económica de URBASER.*

*Subsidiariamente que se retrotraigan las actuaciones al momento de la valoración para efectuarse conforme a derecho la adjudicación del contrato a esta parte, o bien se anule la adjudicación y el procedimiento de licitación, debiendo efectuarse otra nueva licitación conforme al ordenamiento jurídico.”*

El 10 de agosto el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y 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).

**Quinto.-** Con fecha 4 de agosto, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

**Sexto.-** La Secretaría del Tribunal dio 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 ha recibido escrito de Urbaser oponiéndose a la estimación del recurso por los motivos que serán tenidos en cuenta al analizar el fondo del recurso.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** El contrato es calificado, en la cláusula primera del PCAP, como de gestión de servicio público, con un plazo de duración de 4 años y sin previsión expresa de gastos de primer establecimiento, por lo que, prima facie, no sería susceptible del presente recurso al no superar los umbrales establecidos en el artículo 40.1.c) del TRLCSP para este tipo contractual.

Sin embargo, como este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varias resoluciones, considerar que por la indebida calificación del contrato este quede excluido de la posibilidad de recurso especial, podría constituir una infracción del derecho a un recurso útil y eficaz previsto en la Directiva 89/665/CEE. Así en la Resolución 136/2016, de 13 de julio, afirma que *“No obstante, los órganos encargados de la resolución del recurso especial de forma coordinada vienen examinando el régimen jurídico de los contratos objeto de recurso a los solos efectos de determinar su competencia, sin alteración del régimen jurídico del contrato fijado en los pliegos, aunque se haya determinado incorrectamente por el órgano de*

*contratación y aunque los mismos no hayan sido impugnados, con el objeto de garantizar el efecto útil del recurso especial en materia de contratación. El hecho de que la recurrente haya concurrido a la licitación -vinculada obviamente por los pliegos- invocada por Urbaser, carece de eficacia alguna respecto de la calificación jurídica del contrato, puesto que como ya decíamos en la Resolución 203/2014, de 26 de noviembre, “La circunstancia de que, para evitar la pérdida del efecto útil del recurso, y que a través de la clasificación incorrecta de un contrato se pueda obviar el control por parte de los órganos encargados del recurso especial, estos órganos revisen en sus resoluciones dicha calificación, no afecta a todo el régimen jurídico del contrato, sino que solo tiene eficacia de cara a la apreciación como cuestión de orden público de la propia competencia del Tribunal”.*

De acuerdo con la tipificación de los contratos contenidos en las vigentes Directivas 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2014/18/CE, el tipo contractual gestión de servicio público contemplado en la ley nacional debe subsumirse en la categoría de concesión de servicios si hay transferencia de riesgo operacional al contratista, o bien en el contrato de servicios si tal transferencia no se produce.

De acuerdo con el segundo párrafo de la letra b) del artículo 5.1 de la Directiva Comunitaria deberá considerarse que el concesionario asume el riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que haya incurrido para explotar los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario deberá suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable. Cuando no concurra el requisito de riesgo operacional a los efectos de las directivas comunitarias no estaremos ante un contrato de concesión de servicios, sino ante un

contrato de servicios, por lo que su régimen jurídico aplicable será el de los contratos de servicios.

Este Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre los contratos de recogida de residuos o de limpieza municipales, (ver por ejemplo las Resoluciones 32, 139, 203/2014 o la 136/2016) señalando que con carácter general deben ser calificados como contratos de servicios, al no darse usualmente en ellos la nota de asunción del riesgo antes indicada.

Trasladando las ideas expuestas al presente caso, no se produce ni riesgo de disponibilidad ni riesgo de demanda. En este caso en concreto, parece clara, a la vista del PCAP, la falta de asunción del riesgo por parte del contratista, toda vez que el sistema de pago del precio lo es a tanto alzado, repartido en pagos mensuales, conforme a la cláusula 2ª y 15ª de dicho Pliego, el pago del precio se efectuará mediante facturas mensuales del servicio realizado, por mensualidades vencidas. Cuando los pagos de la Administración contratante son iguales o con escasas modificaciones (penalidades), cualquiera que fuera el grado de cumplimiento del contrato, se podría afirmar que no hay riesgo de disponibilidad.

De acuerdo con lo anterior el contrato debe ser calificado de servicios, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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 recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora en el procedimiento negociado que se considera perjudicada con la resolución de adjudicación recurrida, concurriendo el supuesto del artículo 42 del TRLCSP *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo, pues la resolución de adjudicación impugnada fue adoptada el 7 de julio de 2017, practicada la notificación el 13 de julio, e interpuesto el recurso el 28 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 209.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

**Quinto.-** Como primer motivo de recurso se invoca infracción del artículo 147.2 del TRLCSP. Señala que la utilización de mejoras indeterminadas como criterio de adjudicación priva a los licitadores de la información necesaria para formular sus ofertas, a la vez que introduce un grado de discrecionalidad y de subjetividad en la valoración de las ofertas por la mesa de contratación, aspecto que contraría el mencionado artículo 147 del TRLCSP. Considera que la inclusión en la cláusula decimoprimera del PCAP como criterio de adjudicación de cualquier nueva mejora ofertada por el licitador y que la mesa de contratación la considere como tal, la cual tendrá una puntuación global de dos puntos, infringe el artículo 147 del TRLCSP, en cuanto adolece de la determinación y concreción exigidas en las mejoras por el precitado artículo.

Conviene recordar que el PCAP configura las mejoras como un elemento más en la negociación con los licitadores:

*“Las mejoras del servicio con respecto al Pliego de Condiciones Técnicas: Se valorarán los nuevos servicios ofertados:*

*(...) Cualquier nueva mejora ofertada por el licitador y que la Mesa de Contratación la considere como tal tendrá una puntuación global de 2 puntos”.*



Lo que se infiere de la redacción literal del condicionado del contrato es: (i) una libre configuración de las mejoras a ofertar, habilitándose a los licitadores a formular aquellas mejoras al servicio que considerasen oportunas; (ii) la inexistencia de una automaticidad en su valoración, estando sujeta la misma a una evaluación subjetiva por parte de la Mesa.

El artículo 147 del TRLCSP dispone:

*“Artículo 147. Admisibilidad de variantes o mejoras.*

*1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.*

*2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.”*

Afirma la recurrente que el citado apartado de la cláusula 11ª del PCAP establece una mejora indeterminada, que no establece los criterios de valoración que han de aplicársele, sin expresión de requisitos, límites, modalidades o características que permitan identificarlas, dejando no a la discrecionalidad sino a la arbitrariedad de la mesa de contratación la valoración de las mismas y no permitiendo a los licitadores de antemano, a la hora de elaborar su oferta, conocer lo que será tenido en cuenta para su valoración, lo que es contrario al principio de transparencia que debe presidir la contratación administrativa, por lo que el apartado mencionado debe ser considerado nulo y tenerse por no puesto, máxime cuando el mismo ha sido determinante de la adjudicación del contrato. La existencia de una cláusula contraria a derecho no puede perjudicar a unos licitadores frente a otros, por lo que en aplicación del principio de igualdad. No debe atribuirse puntuación a ningún licitador por este apartado u otorgársela a los dos. Al haber presentado ambos mejoras adicionales, lo que supondría la adjudicación del contrato a la recurrente por ser la oferta más ventajosa.

Afirma URBASER, en su escrito de alegaciones, que resulta improcedente la pretensión de SEULA, dado que las anteriores circunstancias no han sobrevenido de forma súbita e inesperada, sino que las mismas eran ya conocidas de antemano por la recurrente al formar parte del contenido del PCAP que regía la licitación, a la cual participó sin formular impugnación o reclamación alguna contra la indeterminación que de forma sobrevenida ahora denuncia una vez conocida la no adjudicación del contrato a su favor, en clara oposición a la doctrina de los propios actos y a la buena fe. Es por ello que nos encontramos ante un recurso indirecto contra unos pliegos firmes y consentidos al no haber sido recurridos en tiempo y forma por SEULA, motivo por el cual su recurso es totalmente improcedente y extemporáneo, lo cual debe llevar necesariamente a su desestimación.

Habiéndose fijado en los pliegos una libre configuración para los licitadores en su propuesta de mejoras a ofertar, estando las mismas sujetas a una valoración subjetiva por parte de la Mesa y siendo evidente que la falta de concreción concurría desde un principio, eso pudo ser recurrido con los argumentos ahora empleados en el plazo ordinario de impugnación de los pliegos, lo que unido a la participación de SEULA sin reserva alguna a la licitación, determina inexorablemente que deba ser rechazada la pretensión formulada por SEULA en tal sentido dado que una vez aceptado y consentido el Pliego deviene firme y se convierte en ley del contrato.

Se trata en realidad de un recurso indirecto contra el PCAP.

El artículo 40 del TRLCSP dispone en su apartado primero que *“son susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores”*, mencionando en el apartado a) *“contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el*

*Sector Público y el Sector Privado, sujetos a regulación armonizada” , y en el apartado segundo menciona los actos que pueden ser objeto de este recurso, entre los que señala, en lo que aquí interesa, en los apartados a) y c) “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación” y “los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”.*

Por su parte el artículo 44 de dicha normativa referente al procedimiento y plazo de interposición del recurso dispone en su apartado segundo 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 art. 151.4. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior: a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 158 de esta Ley”.*

Hay que destacar, en primer término, que el PCAP no fue impugnado por la recurrente que ni, siquiera, solicitó aclaración sobre algún punto oscuro, por lo que devino firme y consentido al no ser impugnado en tiempo y forma, de manera que se convierte en *lex contractus* y en consecuencia vincula a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tal Pliego.

Por otro lado, el artículo 145 del TRLCSP dispone que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.*

Por tanto, la mercantil recurrente, al presentar su oferta aceptaba los pliegos, tal y como habían sido aprobados, por lo que al impugnar en el recurso especial de contratación la adjudicación con base a la hipotética ilegalidad de la cláusula 16.1.2 del PCAP, va en contra de sus propios actos ya que desde el momento en que los licitadores presentan sus ofertas aceptan el contenido de los Pliegos en su totalidad, como ya hemos dicho.

El sometimiento del recurso especial contra los pliegos a plazo es una condición de procedibilidad que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 marzo de 2015, asunto C-538/13, eVigilo Ltd. en relación al plazo para recurrir contra los pliegos, reconoce el carácter preclusivo y la posibilidad de recurso indirecto contra los pliegos al recurrir contra la adjudicación si no fue posible interponer recurso contra los mismos dado su carácter oscuro y la infracción se manifiesta en la aplicación de los mismos.

Como afirma la STS de 29 de junio de 2000 y reitera la de 4 de octubre de 2002, la nulidad de pleno derecho puede ser esgrimida en cualquier tiempo pero ha de hacerse por la vía de petición y no de recurso ya que los plazos para impugnar los actos administrativos están señalados como obligatorios en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la LJCA, que no distinguen a estos efectos entre nulidad y anulabilidad, de suerte que la nulidad absoluta debe hacerse valer, no impugnando el acto ya firme sino solicitando de la Administración el procedimiento de revisión del acto nulo.

Procede, pues, en este momento, comprobar si concurren los requisitos de la mencionada sentencia eVigilo, es decir si en la indeterminación de las mejoras concurre causa de nulidad o se trata de un defecto anulable.

En primer lugar conviene constatar que el pliego, en este aspecto impugnado, no era oscuro y se podía entender por un licitador diligentemente informado.

El derecho de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución Española, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, en doctrina jurisprudencial pacífica y constante, proscribiera el tratamiento desigual de situaciones idénticas, dentro de la legalidad, a menos que exista una justificación objetiva y razonable en la que fundamentar esa desigualdad de trato.

Para poder apreciar la existencia de ese trato discriminatorio injustificado, es imprescindible:

- 1) Que el recurrente ofrezca un término de comparación idéntico, no simplemente semejante o análogo.
- 2) Que la desigualdad de trato o consecuencia jurídica, de existir justificadamente, no sea desproporcionada.
- 3) Que esa desigualdad de trato carezca de una justificación objetiva y razonable.
- 4) Que siempre y en todo caso la actuación administrativa ofrecida como término de comparación, sea lealmente irreprochable.

En el caso enjuiciado, no existe prueba alguna de que el Ayuntamiento de Aldea del Fresno, al valorar las mejoras, haya infringido el principio de igualdad en los términos expuestos pues no se trata de ofertas idénticas. Tampoco el recurso menciona, cómo en el supuesto concreto que nos ocupa, se ha infringido dicho

principio, refiriéndose de forma abstracta a que dicha cláusula puede dar lugar a una valoración de las ofertas contrarias al principio de igualdad.

Tal como señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia 118/2016, de 5 de mayo, dictada en el recurso 401/2015, no hay que examinar dicha cláusula del PCAP de forma abstracta, puesto que no se ha impugnado el mencionado pliego ni se solicitó aclaración alguna sobre la misma por los licitadores, sino que debe examinarse si con su aplicación ha existido un trato discriminatorio para algún licitador, lo que no ha sido acreditado por la recurrente, que era quién corría con la carga de la prueba. Procede por ello desestimar el motivo de recurso.

**Sexto.-** Como segundo motivo de recurso se alega infracción del artículo 150.2 del TRLCSP y de la cláusula 11ª del PCAP. Afirma la recurrente que no es discutible, salvo que se otorguen los dos puntos a toda mejora que se presente con relación al objeto del contrato, que la cláusula 11ª del PCAP establece una mejora sometida a juicio de valor, que conforme al artículo 150.2 del TRLCSP exige valorar previamente a la oferta económica y los criterios objetivos, de manera que no pueden ir en el mismo sobre, como establece la cláusula 9.B) del PCAP, sino que estas mejoras deberían haberse recogido en un sobre distinto, para evitar como se ha producido que se valoren las mismas una vez conocida la puntuación de los licitadores en los criterios objetivos, lo que puede permitir arbitrariedades, o determinar a quién se adjudica el contrato, como en este caso.

En relación a este motivo de recurso, en primer lugar cabe reproducir lo dicho en el fundamento de derecho anterior en cuanto a la extemporaneidad del recurso contra el contenido de los pliegos. Seguidamente procede comprobar si en la aplicación de dicha cláusula se han podido vulnerar los principio de igualdad y/u objetividad.

El artículo 150.2 del TRLCSP señala que:

*“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 determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública.”*

El citado artículo, relativo a la selección del adjudicatario, está ubicado sistemáticamente en el título I (adjudicación de los contratos), capítulo I (adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas), siendo aplicable a todo tipo de procedimiento, incluido el negociado.

Tal como explicita el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Seto Público, la presentación separada de la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor en sí independiente tiene como objeto evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquella. Es decir que los técnicos encargados de su valoración no se puedan ver influenciados por el previo conocimiento de la puntuación obtenida en los criterios matemáticos.

Pero no podemos olvidar que estamos ante un procedimiento negociado cuya nota esencial es que es flexible puesto que se basa en la negociación. A diferencia del procedimiento abierto o restringido se permite tener en cuenta tanto en la valoración técnica como en la económica no solo la oferta inicial, sino también los aspectos que hayan sido objeto de negociación a fin de seleccionar la oferta más ventajosa. En este tipo de procedimientos es necesario abrir una ronda de negociación para mejorar las ofertas iniciales lo que implica que la primera realizada no será la definitiva sobre la que se aplicarán los criterios de adjudicación predeterminados en el PCAP. Es una vez finalizada la fase de negociación cuando se procede a la valoración de las ofertas de los licitadores y realizar la propuesta de adjudicación. Cualquier interpretación que impidiese la negociación sobre los



términos de la oferta inicial vaciaría de contenido este procedimiento. Ello no impide que también le sean aplicables igualmente los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

De manera que si bien ha de mantenerse la valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor, en el caso que nos ocupa, el conocimiento de las ofertas económicas iniciales en nada pudo influir en la determinación de las puntuación de este tipo de criterios, pues tanto las ofertas económicas iniciales como las propuestas de mejora eran susceptibles de negociación. Si las ofertas iniciales eran alterables no son aplicables las previsiones del TRLCSP relativas a la forma de presentación en sobres separados íntimamente ligadas con el deber de secreto de las proposiciones, al menos sobre las ofertas no definitivas. De hecho ambas licitadoras modificaron a la baja su oferta económica inicial. Por tanto en nada podía influir el conocimiento de la misma si lo que se valora para la adjudicación es la oferta definitiva. No se aprecia que el orden de apertura de los sobres haya conculcado los principios rectores de la contratación y debe desestimarse el motivo de recurso.

**Séptimo.-** Considera la recurrente que el apartado de la cláusula decimoprimer del PCAP que otorga una puntuación global de dos puntos a *“Cualquier nueva mejora ofertada por el licitador y que la mesa de contratación la considere como tal”*, es evidentemente un criterio de adjudicación subjetivo ponderado mediante juicio de valor. Incluso es posible que se valoren precisando un juicio de valor, pero la mejora debe estar ponderada y determinada en los pliegos para que no exista arbitrariedad, y si bien, dado que es subjetiva, entra en la discrecionalidad técnica de la Administración, eso no quiere decir que no se determinen de antemano en el pliego las mismas, así como lo que se tendrá en cuenta para otorgar la puntuación correspondiente a las mismas, lo que no ocurre en el presente caso, vulnerando el principio de transparencia que deriva del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que se describe como la obligación de dar a los eventuales licitadores



toda la información necesaria para poder adoptar la decisión de participar o no en la licitación.

En el presente caso, la Mesa de contratación otorga dos puntos a la empresa URBASER por la aportación de 20 contenedores/año por entender que: *“supone una aportación al servicio de recogida de basuras para el municipio que es primordial no solo en cuanto al valor económico que es cuantificable sino también por el valor que esto supone a la prestación del servicio”*.

Considera la recurrente que la motivación para otorgar los dos puntos es insuficiente, pues la mejora es cuantificable y asimismo lo es el valor que supone a la prestación del servicio (que resulta exiguo), sin que se indique dicho valor ni se justifique el carácter primordial de la mejora ofertada y, además, entendemos que dicha motivación es errónea, puesto que resulta incongruente a juicio de esta representación valorar la aportación de contenedores cuando el pliego técnico señala que el Ayuntamiento pondrá a disposición del adjudicatario los contenedores (artículo 9) y la obligación del adjudicatario de mantenerlos en buen estado de conservación. Además esta cláusula incluye “La adquisición de todo el material necesario para la prestación del servicio será de cuenta y cargo del adjudicatario, así como los gastos de entretenimiento y conservación en perfecto estado de funcionamiento durante el periodo de vigencia del contrato.” Además no motiva, ni siquiera indica, porque no tiene en cuenta las tres mejoras adicionales que ofreció SEULA, por lo que en caso de no declarar nulo el apartado impugnado debería otorgársele los dos puntos, y no a la otra parte, o en último caso otorgar los dos puntos a las dos ofertas.

Tratándose, como hemos visto, de un criterio susceptible de juicio de valor, requiere de una apreciación subjetiva para lo que se reconoce cierta discrecionalidad al órgano de valoración. La Mesa de contratación ha motivado porqué ha considerado mejores las propuestas de URBASER frente a las de la

recurrente y lo hace en relación a lo reflejado en el PCAP, habiendo tenido la recurrente la oportunidad de mejorarlas durante el proceso de negociación.

**Octavo.-** Finalmente se invoca por la recurrente indebida valoración de la oferta económica.

El PCAP señala en cuanto al precio que este criterio se valorará con una puntuación máxima de 10 puntos para la mejor oferta.

Nada establece de qué manera se otorgará puntuación a la segunda mejor oferta, ni a la tercera o sucesivas, ni como asignarle puntuación a estas otras ofertas.

Afirma la recurrente que los 9,87 puntos otorgados a URBASER conforme a una interpretación literal del pliego no debían de haber sido otorgados. Añade que no le parece irracional establecer una puntuación proporcional a esta oferta, pero no lo recoge así el pliego y existen contratos en que la valoración económica del resto de las ofertas no es proporcional, sino que se aplican formulas diversas pero, en este caso, nada se establece, por lo que debe estarse a la interpretación literal y otorgar 10 puntos a SEULA y 0 puntos a URBASER.

Debemos partir del hecho de que se trata de un criterio susceptible de ser aplicado mediante fórmula. No obstante el PCAP ni la recoge en su expresión matemática ni siquiera de forma literaria. Esta indeterminación es un defecto que podría determinar la nulidad del pliego.

A pesar de que ni el TRLCSP ni su normativa de desarrollo contienen una pauta a la que deba atenerse el órgano de contratación a la hora de concretar el criterio de evaluación de las ofertas económicas, resulta evidente que necesariamente habrá de recibir la puntuación más alta el licitador que oferte un precio inferior y la más baja la que presente el superior.

Y por ello, a la luz de esta búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa tal y como ha afirmado este Tribunal en su Resolución nº 173/2014, *“en la valoración mediante el criterio precio, se trata de trasladar a la puntuación el esfuerzo que constituye la bajada del precio ofertado respecto del importe de licitación, en correlación con la obligación de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa (STJUE Gebroeders Beentjes BV, de 20 de septiembre de 1988, As. 31187)”*. Planteamiento que se completa con los principios que han de observarse en el ámbito de la contratación pública, tales como el de control del gasto y de eficiencia.

Considera URBASER, en su escrito de alegaciones, que se estaría penalizando su oferta *“recordemos tan sólo 900 euros más cara que la recurrente y que representa una baja del 10% sobre el tipo de licitación máximo”*, equiparándola como si fuera una propuesta que hubiera concurrido al tipo de licitación, es decir, sin realizar baja económica alguna.

Por ello, habiendo otorgado la máxima puntuación del criterio a favor de SEULA, oferta más económica, la asignación proporcional de puntuación a favor de URBASER, realizada por la Mesa de Contratación, el Tribunal considera aceptable como la metodología más objetiva y conforme al esfuerzo realizado en su baja sobre el presupuesto máximo de licitación, tal y como precisamente menciona la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2010 de la Comisión Nacional de la Competencia al afirmar que *“la puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato (...)”*. No se trata de valorar una baja con determinada puntuación y puntuar con cero puntos la que va al precio de licitación, sino que ambas licitadoras hicieron una baja muy similar diferenciándose únicamente en 900 euros, siendo el precio y la puntuación otorgada por tanto muy próximas y proporcionales, por lo cual debe desestimarse el motivo de recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.B.B., en nombre y representación de Servicios Urbanos de Limpieza y Acondicionamiento, S.L. (SEULA), contra la Resolución de la Alcaldía de fecha 7 de julio de 2017, por el que se adjudica el contrato “Recogida de basuras, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos”, del Ayuntamiento de Aldea del Fresno, número de expediente: 64/2017.

**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.-** Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

**Cuarto.-** 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.