

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

En Madrid, a 19 de abril de 2012

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J. L. A., en nombre y representación de la mercantil SETEX-APARKI, S.A., contra el contenido de determinadas cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, correspondientes al contrato de Gestión del servicio público de estacionamiento regulado (SER), en determinadas vías urbanas, servicio público de retirada de vehículos (GRÚA) del municipio de Valdemoro y servicio de gestión de sanciones del área del servicio de estacionamiento regulado, Expte. Contratación 288/2011, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de marzo de 2012, se publicó en el BOCM y en el perfil del contratante del ayuntamiento de Valdemoro, el anuncio de licitación correspondiente a contrato de gestión de servicio público Gestión del servicio público de estacionamiento regulado (SER), en determinadas vías urbanas, servicio público de retirada de vehículos (GRÚA) del municipio de Valdemoro y servicio de gestión de sanciones del área del servicio de estacionamiento regulado, con un valor estimado del contrato de 225.913.045,56 euros, y un plazo de duración de 25 años.

Respecto del estado actual de tramitación del expediente administrativo consta que durante el periodo de licitación que terminaba el día 27 de marzo, se presentaron tres ofertas, entre las que no se encuentra la recurrente.

Segundo.- Con fecha 28 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Valdemoro el presente recurso especial en materia de contratación, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 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).

Dicho recurso tuvo entrada en este Tribunal con fecha 2 de abril de 2012, acompañado del correspondiente expediente y del informe preceptivo a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP.

El día 11 de abril se requirió a la recurrente para que aportara, los documentos originales o en copia compulsada que acreditaran la representación con que actúa el firmante del recurso al haber presentado fotocopia simple, siendo atendido dicho requerimiento el día 13 de abril.

El recurrente solicita la anulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), en cuanto a su cláusula 9.2.2 en relación con el apartado B de su anexo VI, en cuanto la primera señala que no se admitirán variantes ni mejoras, mientras que en el anexo se asignan 15 puntos a las mejoras que se ofrezcan como criterio subjetivo de valoración; así como el artículo 4 del PPT relativo a los tipos y números de plazas de estacionamiento en superficie, en relación con los artículos 7.1 y 7.6.b del mismo, por considerar que en aplicación de tales artículos las ofertas de los licitadores no resultarán homogéneas por cuanto tanto los costes económicos como la recaudación resultante dependerán del número de plazas de cada tipo que vengan a establecerse en las plicas, lo que determina la imposibilidad a su juicio de la evaluación de las ofertas.

Por su parte el órgano de contratación en su informe preceptivo, se limita a indicar respecto de la contradicción existente entre la cláusula 9.2.2 del PCAP en relación con el apartado B de su anexo VI, que el Ayuntamiento puede hacer uso al respecto de la facultad de corrección de errores materiales contemplada en el artículo 105 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, (en adelante LRJ-PAC), negando la imposibilidad la evaluación de las ofertas aducida por la recurrente.

Tercero.- Con fecha 22 de marzo de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia. El día 18 de abril la empresa Valoriza presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que no existe contradicción alguna en el PCAP, dado que la remisión de unas cláusulas a otras y al PPT permite entender que al delimitar los pliegos la documentación que debe incluirse en la propuesta admitiéndose incluir solo las mejoras relativas a los aspectos indicados en el PCAP, no permitiéndose mejora alguna al margen de ellas. Asimismo se indica que dado que el procedimiento de selección adoptado es el concurso y no la subasta no existe imposibilidad alguna de valorar derivada de la falta de homogeneidad invocada. También se han presentado alegaciones por la empresa Aussa, que en términos semejantes a las anteriores señalan la posibilidad de salvar la contradicción existente mediante una adecuada interpretación de los pliegos y que no existe la imposibilidad advertida por la recurrente para valorar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP y el PPT por el que habría de regirse el contrato de gestión de servicios públicos. De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP: *“1. Serán 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:

(...)

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

Consta en la cláusula quinta del PCAP que el plazo de ejecución del contrato será de 25 años. Respecto de los gastos de primer establecimiento, el estudio económico financiero incorporado al expediente administrativo previene unas inversiones previstas para el año 1 de la explotación de 2.474.571,09 €, como gastos de primer establecimiento, por lo que los pliegos son susceptibles de recurso especial teniendo en cuenta la presencia acumulada de los dos requisitos que exige para ello el artículo 40.1.c) del TRLCSL.

Segundo.- Respecto de la legitimación activa de la recurrente, aunque la misma no ha presentado oferta alguna en el procedimiento convocado, debe entenderse que la misma ostenta legitimación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

El criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), como en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio. En este sentido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado en sus sentencias el concepto de interés legítimo de manera amplia.

Así mismo se aprecia la representación del firmante del recurso, al haber subsanado el defecto padecido a requerimiento de este Tribunal.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción el TRLCSP establece en el apartado 2.a) del artículo 44 que *“Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo (de quince días hábiles para la interposición del recurso) 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 artículo 158 de esta Ley”*.

Concretamente el citado precepto dice que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”*. Como ya ha tenido ocasión de indicar este Tribunal, la aplicación de este precepto en relación con el 44.2 nos llevar a concluir que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, mientras que en el caso de que se hubiera accedido a los mismos de forma telemática, dada la imposibilidad de conocer la fecha efectiva en que el recurrente tuvo acceso a los pliegos, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha límite establecida para la presentación de ofertas indicada en la convocatoria de licitación, que es el único hito en que puede darse por cierto el conocimiento del contenido de los pliegos por parte de los licitadores.

No constando en el presente caso la fecha en que los pliegos fueron efectivamente puestos a disposición de la recurrente, debe considerarse como dies a quo del cómputo del plazo el día 27 de marzo en que termina el plazo de presentación de ofertas, por lo que el recurso interpuesto el día 28 del mismo mes, se habría interpuesto dentro del plazo establecido para ello.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Son dos los reproches que realiza la recurrente a los pliegos de un lado la discordancia existente respecto de la admisibilidad de mejoras entre la cláusula 9.2.2 del PCAP en relación con el apartado B de su anexo VI, así como la imposibilidad de evaluación de las ofertas, derivada de la presunta falta de homogeneidad de las ofertas como consecuencia del contenido del artículo 4 del PPT relativo a los tipos y números de plazas de estacionamiento en superficie, en relación con los artículos 7.1 y 7.6.b del mismo.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas es cierto que existe una clara contradicción entre la cláusula 9.2.2 del PCAP en relación con el apartado B de su anexo VI, tal y como se reconoce en el propio informe del órgano de contratación, que determina la necesidad de corregir el pliego en este punto. Parece que el error se residencia en la cláusula 9.2.2 y no en el establecimiento de la posibilidad de mejoras como criterio de adjudicación valorable mediante juicio de valor.

Ahora bien, debe partirse de la consideración de que una interpretación rigorista del error padecido determinaría la nulidad del pliego y de la convocatoria de la licitación, por la simple comisión de un error que no impide conocer cuál era la voluntad del órgano de contratación en cuanto a la admisibilidad de mejoras, sin que por otro lado conste, que por parte de la recurrente o de cualquier otra empresa interesada se haya solicitado aclaración alguna al respecto.

En este caso, Como ha señalado este Tribunal en anteriores resoluciones, como la Resolución 56/2011 de 11 de septiembre, entre otras, cabe aplicar también al ámbito de la contratación pública, los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados, partiendo de la consideración del carácter

contractual de los pliegos, tal y como previene la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2009, RJ 2010\331, “ (...) *la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749, recurso. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta "la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas"*.

En este caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1285 CC cuando establece que “*Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*”

De la lectura del PCAP se desprende con claridad, que la pretensión del órgano de contratación era la de admitir mejoras, en tanto en cuanto no solo se refiere a ellas de forma genérica, sino que también las define y les asigna una puntuación además de prevenir la inclusión en el sobre correspondiente de la documentación necesaria para su acreditación, por lo que si bien se constata la existencia de la discordancia invocada, este Tribunal considera que no procede la sanción extrema de la anulación del pliego, sino una corrección del mismo que deberá ser asimismo publicada, dado que en el anuncio de licitación no se indicaba esta posibilidad como exige el artículo 147.2 del TRLCSP, concediéndose un nuevo plazo de presentación de ofertas, en los términos del artículo 143 del TRLCSP, para permitir la entrada al proceso de licitación a las empresas que, como la licitadora, hubieran interpretado el pliego de forma errónea.

En cuanto a la alegada imposibilidad de valorar las ofertas por falta de homogeneidad de las mismas, derivada del PPT, considera el recurrente que dado que el artículo 4 del PPT permite a los licitadores ofertar el número de plazas azules y verdes que consideren convenientes, y que para cada tipo de plaza se exigen unos

parquímetros con una distancia mínima y un personal mínimo asignado, no se podrán comparar las ofertas puesto que no serán homogéneas al depender del número de plazas de cada tipo que se oferten.

Por su parte el órgano de contratación en su informe preceptivo considera que dado que en el PPT se exige que la oferta contenga criterios de funcionalidad y economía en el suministro de los expendedores, que la oferta de medios humanos atienda a criterios de calidad y optimización, debiendo contener la oferta un proyecto de gestión y explotación técnico económico y financiero, sí es posible realizar la valoración de las ofertas presentadas atendiendo a dichos parámetros.

Debe considerarse que los elementos objeto de crítica en el recurso, de acuerdo con lo establecido en el PCAP, se corresponden con criterios de valoración subjetivos, estando previsto que se asignen hasta 30 puntos a la proposición técnica que incluye tanto la idoneidad del proyecto técnico, económico y financiero según su acomodación a las características de los servicios solicitados (15 puntos), como la idoneidad de los medios materiales a utilizar en la prestación del servicio (10 puntos) y por último la idoneidad y capacitación del personal asignado al servicio (5 puntos).

Los criterios de valoración subjetiva a diferencia de los aplicables mediante fórmula o porcentaje, permiten un margen de apreciación de las ofertas, dentro de los márgenes de discrecionalidad técnica, lo que permite comparar elementos de las ofertas que no son idénticos ni homogéneos, que obviamente deberán corresponderse con las prescripciones técnicas mínimas previstas. Para poder realizar tal juicio comparativo es necesario que las ofertas se acompañen en cuanto a estos elementos de la correspondiente justificación y documentación necesaria, tanto para apreciar su idoneidad y correspondencia con el objeto de los pliegos, como para permitir su ponderación comparativa.

Dado que en este caso en el PPT se contiene la previsión de aportación de documentación que permitiría el examen pormenorizado de las ofertas, entiende

este Tribunal que no se produce la imposibilidad de valoración de las ofertas alegada, por lo que esta pretensión debe ser desestimada.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 2 del TRLCSP y el artículo 3 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, interpuesto por D. J. L. A., en nombre y representación de la mercantil SETEX-APARKI, S.A., contra el contenido de determinadas cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas y Prescripciones Particulares Técnicas, correspondientes al contrato de Gestión del servicio público de estacionamiento regulado (SER), en determinadas vías urbanas, servicio público de retirada de vehículos (GRÚA) del municipio de Valdemoro y servicio de gestión de sanciones del área del servicio de estacionamiento regulado, Expte. Contratación 288/2011, apreciando, no obstante, la existencia de una contradicción existente entre las cláusulas 9.2.2 y el apartado B del anexo VI del PCAP, procediendo la corrección del pliego y la concesión de un nuevo plazo para presentar ofertas.

Segundo.- Desestimar el recurso respecto del resto de pretensiones.

Tercero.- 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.

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 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.