

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

En Madrid, a 21 de febrero de 2025

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de FFC MEDIO AMBIENTE , S.A.U. (en adelante FCC MA) y el representante legal de ACCIONA SERVICIOS URBANOS , S.L. (en adelante ACCIONA SU) contra el Acuerdo, de 23 de diciembre de 2024, de la Asamblea General de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste, por el que se acuerda la admisión y exclusión de ofertas y la declaración de la mejor oferta en el procedimiento de licitación del *“Contrato de concesión de obras para la construcción y explotación del complejo ambiental en Colmenar Viejo, así como la explotación del conjunto de infraestructuras de tratamiento de residuos de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste”*, licitado por la Asamblea General de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste, número de expediente CPA 5/2022, financiado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente.

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados el 4 de noviembre de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 7 de noviembre en el Diario Oficial de la Unión

Europea, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 1.091.259.759,84 euros.

A la presente licitación se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo. - El 17 de enero de 2024, se reúne la mesa de contratación para proceder a la apertura del archivo electrónico A y calificar la documentación administrativa, resultando admitidas las cinco empresas que presentaron oferta.

Posteriormente, en la misma sesión de la mesa de contratación, se abre el archivo electrónico B que contiene la documentación de las ofertas valorables mediante criterios sujetos a juicio de valor.

El 1 de febrero de 2024, se reúne la mesa de contratación en la que se solicita la asistencia de técnicos/expertos independientes para la valoración de las ofertas y se fijan los criterios de acceso y custodia de la documentación que, a petición de la Presidenta de la mesa, ha de ser objeto de informe técnico y jurídico por el personal de la Mancomunidad.

Para asistir a la mesa de contratación, por la Presidencia de la Mancomunidad y por la modalidad de contrato menor, se contrata a tres equipos de técnicos/expertos, para que emitan los correspondientes informes y propuestas de valoración de los archivos electrónicos B y posteriormente de los archivos electrónicos C.

Así, mediante los contratos CM-1/2024 adjudicado a la empresa EGUESAN ENERGY; CM-6/2024 adjudicado a la empresa CMC ENVIRO & WASTE ADVISORS, S.L.U; y CM 7/2024 adjudicado a la empresa PROMA, PROYECTOS DE INGENIERÍA AMBIENTAL, S.L. Las empresas contratadas proponen los técnicos/expertos para realizar el trabajo de asistencia a la mesa, cuya designación se realiza por resolución de la Presidencia de la Mancomunidad número 49/2024 de 6 de febrero. Los técnicos

designados firman los anexos I y II incluidos en las licitaciones del contrato menor y el DACI (Declaración Ausencia de Conflicto de Interés). La relación de técnicos/expertos designados es publicada en la PLACSP.

En la sesión celebrada por la mesa de contratación, el 13 de febrero de 2024, se toma conocimiento y se formula propuesta sobre la recusación de la sociedad ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.L. Y FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. a la asistencia a la mesa por la mercantil PROMA, PROYECTOS DE INGENIERÍA AMBIENTAL, S.L. por posible conflicto de intereses. En la misma sesión dos vocales manifiestan su intención de solicitar la renuncia a formar parte de la mesa, que se materializa el 14 y 21 de febrero de 2024, por cada uno de ellos.

Por la Mancomunidad se tramitan los DACI, suscritos por los miembros de la Mesa de Contratación, los miembros de la Asamblea General que participan en la adopción de acuerdos en el procedimiento y los técnicos/expertos para asistir a la mesa de contratación a través del programa MINERVA, deduciéndose la existencia de un posible conflicto de intereses por un técnico o experto designado por una de las licitadoras. El día 1 de marzo de 2024 se constituye y celebra la comisión del plan de medidas antifraude de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste aprobado en cumplimiento del artículo 6 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del plan de recuperación, transformación y resiliencia, en el que se tratan posible conflicto de interés.

La Presidencia de la Mancomunidad, el 23 de febrero de 2024, solicita a la Dirección General de Transición Energética y Economía Circular de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior de la Comunidad de Madrid, la designación de dos técnicos funcionarios de carrera para formar parte de la mesa de contratación. Esta solicitud se reconduce a la Subdirección General de Asistencia a Municipios de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local de la Comunidad de Madrid y el 24 de abril de 2023 la Dirección General de Reequilibrio Territorial, a la que está adscrita dicha subdirección, y se nombra tres técnicos funcionarios de carrera como titulares y sus correspondientes suplentes para formar parte de la mesa de

contratación.

El 7 de marzo de 2024, en sesión extraordinaria de la Asamblea General de la Mancomunidad se toma conocimiento de la dimisión de su Presidente y elección del nuevo Presidente de la Mancomunidad.

Los contratos menores, el CM 6/2024 adjudicado a la empresa CMC ENVIRO &WASTE ADVISORS, S.L.U; y el CM 7/2024 adjudicado a la empresa PROMA, PROYECTOS DE INGENIERÍA AMBIENTAL, S.L, de asistencia a la mesa de contratación, se resuelven y se dejan sin efecto, por posible conflicto de intereses, previo expediente instruido al respecto.

En cuanto al CM 1/2024 adjudicado a la empresa EGUESAN ENERGY, se inicia propuesta de resolución del contrato, dando trámite de audiencia al contratista mediante escrito de 21 de mayo de 2024, oponiéndose ésta a su resolución, mediante escrito de 25 de mayo de 2024.

Tras negociaciones entre la Mancomunidad y EGUESAN ENERGY, el 18 de septiembre de 2024, se concreta de mutuo acuerdo que el servicio a prestar dentro del contrato CM 1/2024, es la asistencia a la mesa de contratación para la valoración de las ofertas según los criterios automáticos incluidos en el archivo electrónico C.

Previamente a este acuerdo, el 5 de junio de 2024, la Presidencia de la Mancomunidad, mediante el contrato menor CM 16/2024, adjudicó a la Fundación de la Universidad Autónoma de Madrid (en adelante FUAM), la asistencia a la mesa de contratación para la valoración de las ofertas presentadas en el archivo electrónico B, referido a la valoración según criterios sujetos a juicio de valor.

Por resolución de la Presidencia de la Mancomunidad 148/2024 de mayo, se procede a modificar la composición de la mesa de contratación, procediendo a su publicación en la PCSP, admitiéndose la renuncia de los anteriores miembros y nombrando los propuestos por la Dirección General de Reequilibrio Territorial, que se completa por los funcionarios de la Mancomunidad que ostentan los puestos de Secretaría-

Intervención, Vicesecretaría- Interventor y Coordinadora Técnica.

El 13 de septiembre de 2024 los técnicos/expertos designados por la FUAM, emitieron el informe de valoración de las ofertas respecto al archivo electrónico B, de acuerdo con los criterios sujetos a juicio de valor que recogía el Cuadro de Características Técnicas Particulares (CCP) que rige la licitación.

El 19 de septiembre de 2024 se reúne la mesa de contratación y acepta el informe emitido por los técnicos de la FUAM respecto a los criterios sujetos a juicio de valor, en el que se valoran todas las ofertas presentadas., dando como resultado:

Epígrafe CCP	Criterio evaluable mediante juicio de valor	Puntuación máxima	Ofertante 1	Ofertante 2	Ofertante 3	Ofertante 4	Ofertante 5
			URBASER/URBASER ENVIRONMENT	FCC MEDIO AMBIENTE/ACCIONA SERVICIOS URBANOS	PREZERO GESTIÓN RESIDUOS/PAPREC SERVICIOS AMBIENTALES	VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES	ESPINA OBRAS HIDRAULICAS/SET BUILDING
Total puntuación criterios evaluables mediante juicio de valor		48	37,20	35,98	33,45	33,13	25,91

En la misma sesión de la mesa de contratación se procede a la apertura del archivo electrónico C y la documentación obrante en dicho sobre C es valorada por la empresa EGUESAN que fue contratada, como se ha indicado, en virtud del contrato menor CM 1/2024 para asistir a la mesa de contratación, para la valoración de las ofertas de dicho archivo electrónico C.

Esta empresa emite el informe de valoración de las ofertas incluidas en el sobre C y en el mismo puntúa las ofertas de las sociedades FFC MA y ACCIONA SAU y la de VALORIZA SERVICIOS MEDIAMBIENTALES SA y propone la exclusión de las ofertas de las sociedades ESPINA OBRAS HIDRÁULICAS, S.A.U - SETEC BUILDING, S.L.U (en adelante ESPINA-SETEC), PREZERO GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.-PRAPEC SERVICIO AMBIENTAL (en adelante PREZERO-PRAPEC) y URBASER ENVIRONMENT, S.A.S - URBASER, S.A. (en adelante URBASER).

Posteriormente la mesa de contratación se reúne el 30 de septiembre de 2024 y acuerda por un lado, completar ella misma, la valoración del sobre B realizada por el órgano técnico contratado al efecto, esto es FUAM, indicando lo siguiente:

“En la sesión de la mesa de contratación quedó pendiente proceder a la ponderación de las puntuaciones, como se establece el apartado k.1 DEL Cuadro de Características particulares en su página 54 que dice:

<ANTEPROYECTO DE OBRAS: MÁXIMO 5 PUNTOS.

A las mejores ofertas de todas las que resulten admitidas sobre las mínimas exigidas se le asignará la máxima puntuación (5 puntos) y al resto se ponderará a la baja sobre la mejor oferta.

PROYECTO DE EXPLOTACIÓN: MÁXIMO 43 PUNTOS.

A la mejor propuesta de todas las ofertas admitidas se le asignará la máxima puntuación y al resto se ponderará a la baja sobre la mejor oferta. >

La Mesa aplicando el criterio del cuadro de características y referido a los criterios evaluables mediante juicio de valor y no a los subcriterios, acuerda por unanimidad de todos sus miembros con derecho a voto, aprobar la ponderación prevista, quedando las ofertas valoradas del siguiente modo, en el que consta la valoración y su ponderación:

B.2.2.	PUNTUACION TOTAL PROYECTO EXPLOTACIÓN. PUNTUACIÓN PONDERADA	43	42,87	43,00	39,90	37,95	32,88
	TOTAL PUNTUACIÓN CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR	48	37,20	35,98	33,45	33,13	25,91
	TOTAL PUNTUACIÓN CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE JUICIO DE VALOR. SUMA PUNTUACIONES PONDERADAS	48	47,87	46,68	43,38	42,57	34,09

Asimismo, en dicha sesión de 30 de septiembre, la mesa de contratación acuerda, en relación a la valoración de las ofertas incluidas en el sobre C llevada a cabo por la empresa EGUESAN contratada para ello:

“La exigencia de analizar el PROGRAMA ECONOMICO presentado por cada licitador hace necesaria la asistencia a la mesa para comprobar su adecuación con lo previsto en los documentos que rigen la licitación.

La mesa por unanimidad de todos sus miembros con derecho a voto,

ACUERDA:

***Primero.** Solicitar se asista a la mesa para el estudio de la documentación aportada por los licitadores en el sobre C, a técnicos o expertos, que sea necesaria a fin de comprobar si la misma se ajusta a lo solicitado por su contenido y forma, para su debida valoración, como acto previo para determinar su admisión y la calificación de las mismas, con propuesta de la mejor oferta al órgano de contratación, la Asamblea General de la Mancomunidad.”*

Posteriormente, EGUESAN a requerimiento de la mesa de contratación emite otros dos informes complementarios, uno de 3 de octubre y otro de 16 de octubre, por entender la mesa que no habían realizado un estudio pormenorizado de los programas económicos, que es para lo que se le contrató, y por no tener en cuenta el principio antiformalista que podía vulnerar los principio de concurrencia e igualdad que presiden la contratación pública y que motivó que en el informe de valoración del sobre C se excluyeran 3 de las 5 ofertas presentadas. En los citados informes EGUESAN se ratifica en la valoración realizada en su informe inicial respecto a las ofertas del Sobre C.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 18 de octubre de 2024 acuerda dar trámite de audiencia a los licitadores respecto a alguno de los aspectos incluidos en los programas económicos presentados en el Sobre C, acordando:

***“Primero.** Dar conformidad a las cuestiones que precisan aclaración por cada uno de los 5 licitadores respecto al PROGRAMA ECONOMICO, que se diligencian.*

***Segundo.** Remitir la solicitud de aclaración de las cuestiones que afecta a cada una de las empresas licitadoras, por el plazo de tres días hábiles, para que remitan las aclaraciones oportunas, sin alterar o modificar la oferta o programa económico presentado, pues de no ajustarse estrictamente a lo solicitado o suponer cualquier alteración de la oferta presentada, será rechazada y no considerada la aclaración aportada”*

Asimismo, la mesa de contratación solicita aclaración a la FUAM (entidad que emitió el informe de valoración de las oferta técnica- sobre B), en relación a las alegaciones presentadas por PREZERO-PRAPEC y FCC-ACCIONA en relación a la oferta de URBASER S.A Y URBASER ENVIRONNEMENT S.A, respecto a si la misma incluía o no una “variante” no admitida en los Pliegos.

La FUAM en su escrito de 17 de octubre de 2024, expone:

“Que la oferta presentada por el licitador URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA, en el sobre/archivo electrónico B no incluye variantes, si no mejoras. Aclarando que en el informe técnico de valoración emitido con fecha de 13 de septiembre de 2024, se usó al valorar la oferta de estas mercantiles la palabra “alternativa” sin la intención de utilizar su significado según la LCSP. Por tanto, entendiendo que los sistemas de fermentación deben construirse en naves, todas las ofertas presentadas presentan distintos enfoques, y ninguna consiste en una “alternativa”, incluyendo las ofertas que previsiblemente aplicarán sistemas automáticos de carga y vaciado y procesos automáticos de mezclado y recirculación de aire y lixiviado”.

Posteriormente, la mesa de contratación en sesión continuada, celebrada los días 25, 28 y 31 de octubre, en la que los técnicos de la FUAM intervienen por vía telemática, a la cuestión planteada por el presidente de la mesa y transcrita literalmente del acta de la sesión, preguntan:

“si la oferta presentada por el licitador URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA. constituye una variante en alguno de sus contenidos o si por el contrario se trata de una mejora prevista en el PPTP, al considerar que el concepto jurídico de variante o mejora requiere conformarse en consideraciones técnicas, como supuesto de hecho necesario”.

Los técnicos de la FUAM, presentes en dicha sesión, contestan que:

“analizado y consensuado con todo el equipo, la oferta incluida en el sobre/archivo electrónico B, de las mercantiles URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA. introduce una mejora y no una variante. Advierten que por error material de transcripción y semántico, incluyeron en el informe de valoración de 13 de septiembre de 2024, el término “alternativa”, que puede llevar o generar confusión por identificarse con variante, pero revisada de nuevo la oferta, reiteran que se trata de una mejora. También informan que todas las ofertas presentadas por los licitadores incluyen mejoras y que todas ellas tal como se indican en el informe técnico de valoración se han valorado de forma positiva”.

Finalizada la sesión, la mesa acuerda dar por comprobadas las aclaraciones a los programas económicos realizadas por todos los licitadores siendo objeto de admisión y/o exclusión, y calificación en la próxima sesión de la mesa de contratación.

El 5 de noviembre de 2024, la mesa acuerda la admisión de las ofertas presentadas a la licitación de las empresas:

1. Sociedades URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA.
2. Sociedad VALORIZA SERVICIOS MEDIAMBIENTALES SA.
3. Sociedades FFC MEDIO AMBIENTE SAU y ACCIONA SERVICIOS URBANOS SA.
4. Sociedades ESPINA OBRAS HIDRAULICAS SAU Y SETEC BUILDING SLU.

Y acuerda la exclusión de PREZERO-PRAPEC por *“superar el presupuesto máximo de licitación o el plazo máximo señalado para la ejecución en el contrato”*.

Asimismo, la mesa procede a valorar las ofertas incluidas en el archivo electrónico C, incluyendo en la valoración las ofertas que habían sido excluidas en el informe técnico de valoración del archivo electrónico C realizado por la empresa contratada al efecto, esto es EGUESAN.

Y finalmente, la mesa de contratación acuerda la calificación definitiva de las ofertas, considerando la mejor oferta la presentada por la UTE URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA, por lo que se requiere para que presente la documentación correspondiente previa a la adjudicación del contrato.

Tercero. - El 17 de enero de 2025, se presenta en el Registro de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los representantes legales de FCC MA y de ACCIONA SU, contra el acuerdo de la mesa de contratación de admisión y exclusión de ofertas y calificación como mejor oferta la de la sociedad URBASER, solicitando la anulación del mismo y la exclusión de dicha oferta.

El 21 de enero de 2024, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento

jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 15 de enero de 2024, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Han presentado alegaciones las licitadoras: URBASER y PREZERO-PRAPEC.

Las alegaciones presentadas se tomarán en consideración en aquellos supuestos que tengan relación con lo alegado por el recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - Este Tribunal resulta competente para resolver el recurso en virtud de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el 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.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues estando clasificada su oferta en segundo lugar, en consecuencia, de estimarse sus pretensiones su oferta sería la mejor clasificada y por lo tanto, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP)

Asimismo, se comprueba la representación del recurrente firmante del recurso.

Tercero. - Sobre el plazo para interponer el recurso, FCC/ACCIONA alega que en el acuerdo que se le notificó se indicaba que el plazo para presentarlo es de 15 días hábiles, sin embargo como el presente contrato está financiado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, le es de aplicación el Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, que implicaría una reducción del plazo a diez días naturales, como alega URBASER.

Al respecto indicar, que la interpretación que ha dado este Tribunal en resolución 269/2022 y Acuerdo del Pleno del Tribunal Central de Recursos Contractuales de 27 de enero de 2022, es que la reducción del plazo establecido en el artículo 58 del RDL 36/2020, es de aplicación solo cuando el acto objeto de recurso sea el acuerdo de adjudicación y, por lo tanto, no cuando se dirija frente al resto de acuerdos susceptibles de recurso especial.

En el presente supuesto al no impugnarse la adjudicación del contrato sino el acuerdo de la mesa de contratación de admisión y exclusión y calificación de la mejor oferta, el plazo para interponer el recurso es de 15 días hábiles, tal y como se le informó en la notificación del acto impugnado.

En el mismo sentido se pronuncia el órgano de contratación en su informe al recurso.

En consecuencia el recurso se interpuso en tiempo informa pues el acuerdo impugnado fue notificado el 26 de diciembre de 2024, e interpuesto el recurso el 17 de enero de 2025, dentro del plazo de 15 días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de admisión/exclusión de las ofertas y la valoración de las mismas, en el marco de un contrato de concesión de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2 b) de la LCSP.

Quinto. - Fondo del asunto.

Son dos las cuestiones que plantea el recurrente en su recurso; por un lado, la indebida admisión de la oferta de URBASER al incluir en su oferta una variante o alternativa no prevista ni admitida en los pliegos que rigen la licitación y por otro lado, la indebida subsanación de la oferta económica presentada por dicha empresa ante el requerimiento de subsanación por parte del órgano de contratación.

Vamos a analizar cada una de ellas por separado.

A) INCLUSION DE UNA VARIANTE O ALTERNATIVA EN LA OFERTA DE URBASER

1. Alegaciones de la recurrente.

Alega el recurrente que la mesa de contratación ha admitido a la licitación y calificado como mejor oferta la presentada por la sociedad URBASER infringiendo lo establecido en el PCAP y en el PPT en cuanto a la no admisibilidad de variantes e incluir en su oferta URBASER una variante al anteproyecto de obras fijado en el PPT.

En este sentido, señala que el órgano de contratación dejó muy claro que las ofertas debían respetar las tecnologías definidas en el anteproyecto, que son, a su vez, las tecnologías previstas en la Autorización Ambiental Integrada (AAI), con objeto de evitar la modificación sustancial de la propia AAI.

Del contenido del anteproyecto de construcción y explotación de las obras e instalaciones, queda claro cuál es la tecnología de compostaje prevista en el anteproyecto, que es la misma que autoriza la AAI, y el recurrente entiende que del contenido del anteproyecto presentado por URBASER se infiere sin lugar a dudas que la tecnología de compostaje que se define, es el sistema de compostaje en túneles, en nave cerrada y en lecho estático mientras que lo que está previsto en el anteproyecto es un sistema de reactor con techo fluidificado y dinámico y en consecuencia difiere de éste.

2.-Alegaciones del órgano de contratación.

Expone el órgano de contratación que la mesa de contratación ha sido asistida en la valoración de las ofertas técnicas incluidas en el archivo electrónico B, valorable con criterios sujetos a juicio de valor, por la Fundación de la Universidad Autónoma de Madrid (FUAM) que fue contratada por la Presidencia de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste.

La FUAM emite informe al respecto el 13 de septiembre de 2024 y asiste a la mesa de contratación celebrada el 19 de septiembre de 2024, donde se informa de las valoraciones de los criterios sujetos a juicio de valor y admiten la oferta de URBASER, al entender que representan una “alternativa” no una variante al anteproyecto.

Y a petición de la Mesa de Contratación la FUAM, con fecha de 24 de octubre de 2024, emite un nuevo informe aclaratorio de la cuestión planteada sobre si la propuesta presentada por URBASER es una variante o alternativa no admitida en el pliego, y en el mismo se indica que:

*“Los procesos de compostaje y bio-estabilización propuestos por la Agrupación URBASER y URBASER ENVIRONNEMENT son de compostaje cerrado mediante lecho agitado englobado en las tecnologías de sistemas en construcciones cerradas o en recipientes reactores donde se controlan varios parámetros como la temperatura, la humedad y el suministro de oxígeno. Entendiendo que los sistemas de fermentación deben construirse en naves, todas las ofertas presentadas presentan distintos enfoques, y **ninguna consiste en una alternativa**, incluyendo las ofertas que aplicarían sistemas automáticos de carga y vaciado, y procesos automáticos de mezclado y recirculación de aire y lixiviado.*

También varias propuestas incluyen cambios en las dimensiones de los túneles y de las pilas alojadas. Los reactores propuestos por URBASER y URBASER ENVIRONNEMENT se encuentran en el interior de una nave cerrada de aproximadamente 18.000 m² de superficie hábil, de capacidad suficiente para los materiales a tratar. Los sistemas de túnel incluyen tecnologías de compostaje estáticas y agitadas con diferentes niveles de control del proceso.

El PPTP explica que, según la tecnología de compostaje, la aireación del material se hace de manera continua por ventilación forzada o bien mecánicamente con cierta frecuencia.

Las propuestas se consideran equivalentes y análogas a lo que señala el PPTP de compostaje cerrado en túneles. Las propuestas consideran construcciones cerradas que se distinguen por diferentes capacidades, tratando el flujo de residuos requeridos. Se ha considerado como mejora, que el compostaje cerrado mediante lecho agitado con reactor permite el funcionamiento continuo y homogéneo frente a otras operaciones discontinuas”.

Y así se hace constar en el acta de la mesa de contratación de 25 de octubre de 2024 que:

El Sr. Presidente de la Mesa, refiere que se va a levantar acta dejando constancia de las cuestiones que se analizan y de la respuesta. Se consulta a los técnicos o expertos si en la oferta presentada por el licitador URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENTSA. constituye una variante en alguno de sus contenidos o si por el contrario se trata de una mejora prevista en el PPTP, al considerar que el concepto jurídico de variante o mejora requiere conformarse en consideraciones técnicas, como supuesto de hecho necesario.

*Los técnicos y/o expertos refieren que, analizado y consensuado con todo el equipo, la oferta incluida en el sobre/archivo electrónico B, de las mercantiles URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA. **introduce una mejora y no una variante.***

*Advierten que por error material de transcripción y semántico, incluyeron en el informe de valoración de 13 de septiembre de 2024, el término “**alternativa**”, que puede llevar o generar confusión por identificarse con variante, pero revisada de nuevo la oferta, reiteran que se trata de una mejora. También informan que todas las ofertas presentadas por los licitadores incluyen mejoras y que todas ellas tal como se indican en el informe técnico de valoración se han valorado de forma positiva”.*

Continúa el órgano de contratación señalando, que en el caso que nos ocupa, URBASER plantea en su oferta la implementación de un sistema de compostaje en nave para la materia orgánica, justificando las MEJORAS que supone este sistema frente al compostaje en túneles descrito en el anteproyecto:

- “- Optimización de superficies.*
- Reducción del volumen de aire a tratar en el biofiltro.*
- Menor potencia instalada y consumida en el tratamiento biológico.*
- Optimización de personal y equipos móviles.*
- Mejoras en el control de proceso.”*

Esta descripción se encuentra dentro del “Plan de Producción del Compostaje de la Materia Orgánica”, valorado por la FUAM en su informe de 19 de septiembre de 2024,

dentro del apartado B.2.2.2. “Explotación del nuevo complejo ambiental de tratamiento de la fracción resto, orgánica, voluminosos y CSR, y planta de clasificación de envases ligeros”, puntuable con hasta 21 puntos, que constaba de los siguientes apartados:

B.2.2.2.1. OPTIMIZACIÓN DE SELECCIÓN Y RECICLAJE DE LAS FRACCIONES RESTO Y DE ENVASES LIGEROS DEL COMPLEJO Y DE LA PLANTA DE CLASIFICACIÓN DE ENVASES LIGEROS

B.2.2.2.2. PLAN DE PRODUCCIÓN DEL CDR

B.2.2.2.3. PLAN DE PRODUCCIÓN DEL COMPOSTAJE DE LA MATERIA ORGÁNICA

B.2.2.2.4. PLAN DE RECHAZO Y OPTIMIZACIÓN DEL VERTEDERO

No se desglosaba en el CCP y tampoco lo hace el informe de valoración de ofertas de la FUAM, la puntuación asignada a este apartado concreto, ni cuánto peso puede tener esta mejora propuesta por URBASER y URBASER ENVIRONNEMENT en la valoración global del sobre B y en comparación con las mejoras propuestas por otros licitadores.”

3.- Alegaciones de los interesados.

URBASER sobre este aspecto se remite al informe de la FUAM de fecha 17 de octubre de 2024 reproducido y admitido por la mesa de contratación, emitido en contestación a las alegaciones formuladas durante el procedimiento por dos licitadores (uno de ellos FCC-ACCIONA, y UTE PREZERO-PAPREC), que solicitaban la exclusión de la oferta de URBASER por considerar que su proyecto técnico albergaba una variante no admitida por los pliegos de condiciones, en el que la FUAM afirmó taxativamente que su propuesta contenía no una variante sino una mejora permitida, indicando que:

“Que la oferta presentada por el licitador URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SAS, en el sobre/archivo electrónico B no incluye variantes, sino mejoras. Aclarando que, en el informe técnico de valoración emitido con fecha de 13 de septiembre de 2024, se usó al valorar la oferta de estas mercantiles la palabra “alternativa” sin la intención de utilizar su significado según la LCSP. Por tanto, entendiendo que los sistemas de fermentación deben construirse en naves, todas las ofertas presentadas presentan distintos enfoques, y ninguna consiste en una “alternativa”, incluyendo las ofertas que previsiblemente aplicarán sistemas automáticos de carga y vaciado y procesos automáticos de mezclado y recirculación de aire y lixiviado”.

Especificando la FUAM que (el remarcado es nuestro): *“analizado y consensuado con todo el equipo, la oferta incluida en el sobre/archivo electrónico B, de las mercantiles URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA. introduce una mejora y no una variante. Advierten que por error material de transcripción y semántico, incluyeron en el informe de valoración de 13 de septiembre de 2024, el término “alternativa”, que puede llevar o generar confusión por identificarse con variante, pero revisada de nuevo la oferta, reiteran que se trata de una mejora.*

También informan *“que todas las ofertas presentadas por los licitadores incluyen mejoras y que todas ellas tal como se indican en el informe técnico de valoración se han valorado de forma positiva”.*

Por tanto, concluye URBASER, que su oferta técnica constituye una mejora admisible conforme al pliego, pues consiste en incluir en el reactor un tornillo y su puente sin alterar la prestación, (que sigue siendo el tratamiento aerobio) ni la naturaleza, organización y prestación del servicio, puesto que no sólo no implica la necesidad de más recursos y tiempo, sino que se proporciona una mejora del rendimiento (consumiendo menos terreno y todas las mejoras expuestas).

Por su parte, la UTE PREZERO-PAPREC en sus alegaciones, considera que hubo irregularidades en la actuación de la mesa, del órgano de contratación y de la FUAM y sus consecuencias no deben limitarse a tener por no aportado el informe emitido por la FUAM en respuesta al requerimiento de la Mesa.

Alega que las recurrentes no se detienen en explicar la gravedad y trascendencia que tienen todas las actuaciones llevadas a cabo por la mesa de contratación en el curso de la licitación porque impactan de tal manera en la licitación que su concurrencia determina no solo la exclusión de la oferta de URBASER, como se solicita aquí por la recurrente, sino la nulidad de todo el procedimiento. Al haber quedado clasificada la oferta de FCC-ACCIONA en segundo lugar, lo único que solicitan es la exclusión de la primera clasificada, URBASER, para que se retrotraiga el procedimiento y se califiquen de nuevo las ofertas.

La UTE PREZERO-PAPREC está de acuerdo con los incumplimientos alegados por FCC-ACCIONA respecto a la oferta de URBASER; pero además señala que todas las ofertas admitidas por medio del acuerdo impugnado deben ser inadmitidas.

A su juicio, es nulo el requerimiento que formuló la mesa a la FUAM para que confirmara si alguna de las ofertas incluía variante técnica proscrita en los pliegos. Y pone de manifiesto que se realizaron tres contratos para asesorar a la mesa de contratación, pero poco después se produjo el cambio de la Presidencia de la Mancomunidad y se resolvieron dos de ellos y el tercero se modificó para que únicamente asesorase los criterios valorables mediante fórmulas (sobre c) y simultáneamente el órgano de contratación nombró a la FUAM como órgano de asistencia técnica a la mesa de contratación para valorar la oferta técnica sujeta a juicio de valor.

Entre sus alegaciones manifiesta que existe una vinculación entre la FUAM, el órgano de contratación y URBASER, que lo basa en los contratos que el Ayuntamiento de Colmenar Viejo ha adjudicado a la FUAM y que además varios alcaldes de la Mancomunidad forman parte del patronato.

4. Consideraciones del Tribunal.

En relación a esta primera cuestión el debate se centra en determinar si la propuesta técnica aportada por URBASER contiene una variante o alternativa no permitida por los pliegos como señalan los recurrentes o bien una mejora como sostiene el órgano de contratación.

Hay que partir de lo estipulado en los documentos que rigen la licitación de este contrato, que no solo son el PCAP y el PPT y el CCP sino además hubo hasta 236 consultas hechas por las distintas empresas y publicadas en la plataforma de contratación que eran vinculantes para el órgano de contratación, tal y como se dispone en la cláusula 24 del PCAP en relación con el artículo 138.3 de la LCSP:

“A través del perfil de contratante y por correo electrónico «habilitado», conectada con la plataforma de contratación del sector público. Los interesados podrán solicitar información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria o plantear consultas o aclaraciones específicas sobre aspectos de la licitación. Estas consultas deberán ser formuladas al menos ocho días antes de la finalización del plazo para presentar ofertas y serán resueltas y publicadas no más tarde del quinto día anterior a la finalización de dicho plazo. Las preguntas y respuestas serán públicas, permaneciendo a disposición de todos los interesados hasta la resolución de los correspondientes contratos. Las respuestas tendrán carácter vinculante para el órgano de contratación.”

En cuanto a la admisión de variantes, el PCAP es claro en su cláusula 24 del PCAP al señalar que:

“La presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego, del CCP y del de prescripciones técnicas que rigen el presente contrato, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

No se admiten variantes ni alternativas, toda vez que, al amparo del artículo 142 LCSP, no se han previsto en el CCP.”

En la Cláusula 27 del PCAP relativo a la calificación de la documentación presentada, valoración y apertura de proposiciones, se establece como motivos generales para rechazar las proposiciones, entre otros:

“5.- Presentar mejoras diferentes a las previstas en el pliego de prescripciones técnicas.

6.- Presentar proposiciones con variantes, o presentar variantes diferentes de las previstas

13.- Realizar planteamientos que supongan un incumplimiento manifiesto de las condiciones del pliego de cláusulas administrativas o del de prescripciones técnicas, o del proyecto o memoria técnica de la obra, o respecto de la gestión del servicio objeto de concesión, así como el incumplimiento de la normativa aplicable a la ejecución del contrato”

Como hemos indicado, se hicieron hasta 236 consultas al órgano de contratación sobre cómo preparar las ofertas y fueron reiteradas las consultas en torno a qué

mejoras se admitían, cómo se iban a valorar y si se admiten mejoras al anteproyecto que modifiquen el esquema general de funcionamiento y organización de la implantación mecánica de las distintas líneas descritas en el Anteproyecto y la respuesta del órgano de contratación siempre fue la misma:

“Se admitirán todas las mejoras que no impliquen una modificación sustancial de la Autorización Ambiental Integrada vigente en las instalaciones, según la definición del artículo 3.14. del RD [legislativo] 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación”.

Está claro que la determinación de si el proceso de compostaje y bio-estabilización propuesto por la Agrupación URBASER es una variante no admitida en el Pliego o por el contrario es una mejora es una cuestión eminentemente técnica, este Tribunal puede discernir desde un punto de vista jurídico lo que es una variante o alternativa, pero no desde la propuesta técnica ofertada sobre la que este Tribunal no puede decidir.

El órgano de contratación asumió los informes de la FUAM de 13 de septiembre de 2024 y de 24 de octubre de 2024, que concluyen que no se incluye en la oferta de URBASER una variante si no que son mejoras.

La empresa EGUESAN que fue la contratada para asistir a la mesa, para la valoración de las ofertas técnicas del archivo electrónico C referido a los criterios automáticos, y una vez evaluados los mismos, excluyó la oferta de URBASER, entre otras razones:

“Por otro lado, el dimensionamiento técnico – económico propuesto versa sobre un anteproyecto de obras que no corresponde con las condiciones del anteproyecto base de licitación, ofertándose, por tanto, un programa económico de una solución variante a la solución prevista en los pliegos, existiendo, por tanto, un incumplimiento de las condiciones determinadas en el PCAP en cuanto a la no admisibilidad de variantes.”

Posteriormente, la mesa de contratación solicitó a EGUESAN dos nuevos informes complementarios, uno de 3 de octubre y otro de 16 de octubre y en los mismos esta

empresa reiteró que la oferta de URBASER debe de ser excluida puesto que la misma ha presentado una variante-alternativa distinta a la solución base de la licitación.

Posteriormente se solicitó una aclaración a la FUAM del informe emitido de valoración del sobre electrónico B (criterios sujetos a juicio de valor) y finalmente la mesa admitió la oferta de URBASER al entender que presentaba una solución técnica valorable como mejora, no una variante.

Como hemos indicado, este Tribunal no puede discernir técnicamente, si la propuesta incluida en su oferta por URBASER es una variante o una mejora; ahora bien, desde el punto de vista jurídico para admitir una mejora y valorarla como tal, debe cumplirse lo establecido en el artículo 145.7 LCSP:

*7. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas **deberán estar suficientemente especificadas.***

*Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: **los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.***

En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.

Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.

Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación”.

La discusión técnica si lo ofertado por URBASER es una variante o mejora, conlleva a que la primera estaba expresamente prohibida en los pliegos pero para admitir mejoras y valorarlas como tal, deberían haberse fijado en el PCAP con los límites y requisitos que establece el citado artículo 145.7 LCSP.

En ninguna cláusula del PCAP ni del CCP donde se detallan los criterios de adjudicación, se recogen las mejoras a valorar y sólo en el PPT en su cláusula 2 al definir el objeto del contrato, dispone que:

“De esta forma, la entidad concesionaria deberá confeccionar los correspondientes proyectos que exija la legislación vigente, siendo garante de la calidad técnica de su trabajo, de suerte que los errores, imprecisiones, lagunas u omisiones que den lugar a la tramitación de los correspondientes modificados serán asumidos íntegramente por éste sin que pueda alterarse la valoración de las obras para subsanar o corregir estas contingencias, o bien para introducir las mejoras que técnicamente se consideren, habida cuenta que la traslación del riesgo de construcción impide autorizar modificaciones de obra sin la previa tramitación del expediente de modificación en los términos establecidos en la LCSP”.

Y es en las consultas vinculantes que se hicieron al órgano de contratación donde se indicó que *“se admitirán todas las mejoras que no impliquen una modificación sustancial de la Autorización Ambiental Integrada vigente en las instalaciones”*, pero sin concretar en que podían consistir éstas ni como se valorarían.

Partiendo de estos criterios, señalados en los pliegos, los cuáles al no haberse recurrido, se encuentran consentidos y ahora no cuestionables, si bien, el recurrente sí señala en su recurso la poca claridad en la fijación de las mejoras en los pliegos; ello supone que sea la respuesta a esa consulta vinculante, donde se indicaba que las mejoras se admitían si no implicaban una modificación sustancial de la Autorización Ambiental Integrada vigente en las instalaciones, constituya la premisa sobre la que se debe determinar si el informe de valoración de las ofertas se ha excedido de los límites de la discrecionalidad técnica, cuestión denunciada por la recurrente.

En este sentido interesa traer a colación la Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (rec. 2504/2015) que confirma una sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. En la que se afirmaba que:

*“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación.
Señala que, por otro lado, que será determinante solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados.*

Insiste por su parte el Tribunal Supremo en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. Por lo tanto, confirma que son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa, además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Señala que es el control de la discrecionalidad técnica contractual, y que están en juego el principio de igualdad de oportunidad de los contratistas y la motivación de la adjudicación, así como los principios de eficiencia y eficacia,”

El Tribunal Supremo ha optado por una posición de equilibrio en que se reconoce la discrecionalidad técnica de la Administración, pero bajo cargas de motivación, respeto a factores reglados y evitando la suplantación de criterio por los asesores externos.

Asimismo, es de reseñar la Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo del 4 de diciembre de 2013 (rec. 1649/2010) donde se afirma sobre la discrecionalidad técnica de las mesas que debe partir de la obligación de la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva, señala que:

“los procedimientos de selección del contratista y adjudicación de los contratos del sector público hacen necesaria la realización de constataciones y calificaciones que, por requerir saberes especializados, son encuadrables en la denominada discrecionalidad técnica; lo cual justifica que deba ser la mesa de contratación el órgano a quien se asigna la valoración de las ofertas, de conformidad con la Ley y lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a fin de seleccionar la más idónea; y que todo ello determina, asimismo, que esa valoración de la mesa será la que constituirá el principal elemento de fundamentación de la adjudicación que finalmente se decida”.

En este sentido, la supuesta mejora que hace URBASER se incluye en el Anteproyecto de obras que es valorable con criterios sujetos a juicio de valor y su valoración se recoge en el CCP. Pero la forma de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor que fija el CCP es muy inconcreta dejando un amplio margen de discrecionalidad a la hora de valorar dichos criterios.

Así junto el Anteproyecto de obras valorable en 5 puntos se valora el Proyecto de explotación en 43 puntos y dentro de este criterio se fijan, los distintos subcriterios, como a título de ejemplo “la explotación de las estaciones de transferencia” en 7 puntos y para valorarla se indica:

“Se incluirá, sobre el desarrollo de las determinaciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares y en relación con los servicios incluidos en el mismo, una descripción precisa y detallada de todas las prestaciones.

Por tanto;

Se detallarán, con la amplitud y detalles que sean necesarios; tales como los elementos relativos a la organización, funcionamiento, horarios, servicios a prestar y su desarrollo, procedimientos, medios humanos, medios materiales, etc.

Además, se incluirán todos los apartados incluidos en el PPTP dentro del artículo 25, es decir; desde el 25 hasta el 25.5.3 (excepto los apartados incluidos en el artículo 25.2 que se valorarán en otro criterio), y los demás que se quieran incluir para concretar su oferta.

En cuanto al proceso productivo, se destacará lo relativo a la Optimización de; rendimientos, frecuencias, horarios y todos aquellos aspectos susceptibles de ser optimizados.

Se incluirá un punto final donde resuman las propuestas ofertadas.

Todos los documentos aportados, guardaran coherencia, de tal manera que, en el caso de detectar que no guardan relación con el criterio a valorar o fuesen contradictorias o incoherentes, el Criterio NO será valorado.

La calificación a aplicar será la siguiente:

Óptima: Del 76% al 100% de la puntuación.

Buena: Del 51% al 75% de la puntuación.

Media: Del 26% al 50% de la puntuación.

Insuficiente o Escasa: Del 1% al 25% de la puntuación

Deficiente o nula: 0% de la puntuación.

Añadiendo el CCP que:

En relación con la escala de calificación, se atenderá a los siguientes extremos:

- *Se calificará como ÓPTIMO el Proyecto de Explotación que presente el mayor grado de detalle, exprese una alta coherencia de los flujos de trabajo y desarrolle una*

organización general de los servicios de grado notable, de conformidad con lo exigido en el PPTP.

- *Se calificará como BUENO el Proyecto de Explotación que presente un grado de detalle apropiado, exprese una coherencia adecuada de los flujos de trabajo y desarrolle una organización general del servicio correcta, de conformidad con lo exigido en el PPTP.*
- *Se calificará como MEDIO el Proyecto de Explotación que presente un conveniente grado de detalle, exprese una coherencia proporcionada de los flujos de trabajo y desarrolle una organización general del servicio apta, de conformidad con lo exigido en el PPTP.*
- *Se calificará como INSUFICIENTE o ESCASO el Proyecto de Explotación que presente un grado de detalle insuficiente, pero aceptable, exprese una coherencia básica de los flujos de trabajo y desarrolle una organización general y escasa del servicio, de conformidad con lo exigido en el PPTP.*

Hemos afirmado en múltiples ocasiones que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas.

En definitiva, es deber del órgano de contratación definir con suficiente nivel de detalle qué elementos considera que harán que una oferta satisfaga de forma óptima las necesidades expresadas en los Pliegos.

Tal consideración debe ser decidida por el órgano de contratación antes de la licitación, y debe ser consignada, con el máximo nivel de concreción posible, en los pliegos. No es aceptable, por lo tanto, definir criterios de adjudicación inconcretos, esperando que sea el informe técnico, a la vista de las ofertas presentadas y su contenido, el que decida qué aspectos de las ofertas resultan más adecuados para la determinación de la de mejor calidad-precio.

En este apartado en la valoración de la calidad del proyecto presentado por URBASER se indicó en el informe técnico de valoración del archivo electrónico B por la FUAM en su informe de 13 de septiembre, indicó que:

“El proyecto presenta una definición bien justificada y detallada, con una organización óptima para su consulta. No hace referencia a la premisa de que el vertedero será un vertedero de cola con recepción de rechazos en balas. Diseña tres vasos a construir por etapas con capacidad solucionar varias décadas de vertido. Plantea la opción de ubicación al oeste del vaso de la fase V, asumiendo la AAI de la fase V para el vaso de la fase VI, y expresando la necesidad de una nueva AAI cuando deba construirse el nuevo vaso. Conecta drenaje de nivel freático y da mucha importancia a la conducción de aguas superficiales y a su drenaje en diversos sistemas de cunetas exteriores e interiores de los vasos. Adopta una alternativa que afectará a la función de la fase V cuando se conecten los drenajes. Garantiza la continuidad de los drenajes de la fase V a VI, aunque no define un drenaje secundario de seguridad”

Es más, en el informe remitido por el órgano de contratación al recurso indica que, en relación a la valoración realizada del Plan de Producción del Compostaje de la Materia Orgánica, dentro del apartado B.2.2.2. *“Explotación del nuevo complejo ambiental de tratamiento de la fracción resto, orgánica, voluminosos y CSR, y planta de clasificación de envases ligeros”*, puntuable con hasta 21 puntos:

“No se desglosaba en el CCP y tampoco lo hace el informe de valoración de ofertas de la FUAM, la puntuación asignada a este apartado concreto, ni cuánto peso puede tener esta mejora propuesta por URBASER y URBASER ENVIRONNEMENT en la valoración global del sobre B y en comparación con las mejoras propuestas por otros licitadores.”

A la vista de la valoración contenida en el informe de valoración del sobre B emitido por FUAM el 13 de septiembre de 2024 y que la mesa acepta plenamente, sobre las ofertas presentadas con relación al criterio cuya valoración se pone en entredicho, cumple mencionar que la indefinición del pliego de cláusulas (consentido por la entidad recurrente), en cuanto a la concreción de qué mejoras se pueden ofertar y como se valoran, supone una desventaja a efectos del control de los elementos reglados, dada la amplitud e imprecisión no deseable en la que está redactado el criterio ya citado.

Como ya hemos reiterado en muchas de nuestras resoluciones, es doctrina

consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 y la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis) que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.

Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

La situación descrita respecto a la valoración de mejoras al anteproyecto pero sin concretar el PCAP ni el CCP, en qué consisten estas ni como se valoran, es equivalente a la que fue enjuiciada por el TJUE en el citado asunto C 532/06 (Alexandroupolis). En efecto, en aquel asunto tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios. El Tribunal *concluyó*:

“El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.”

Ello no obstante, la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone:

“32. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el

sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego- de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores”*

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero y en relación a las mejoras considera que:

“es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista.

Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

Estos requisitos exigidos por la LCSP para las mejoras se extienden a los demás criterios de adjudicación y derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cuál es la económicamente más ventajosa.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 20/2012 de 14 de junio, se pronunció en el mismo sentido señalando:

“Pues bien, como argumenta la recurrente, del tenor literal de dicha cláusula se desprende la carencia de cualquier tipo de motivación o delimitación de las mejoras permitidas, puesto que en ningún momento se hace referencia a los límites admitidos, ni al procedimiento a seguir para la valoración de las mismas.

La posibilidad de ofrecer descuentos directos sobre el precio resulta consustancial a la propia formulación de una proposición económica, pero la entrega de productos sin

cargo «de igual o similar naturaleza» o «no incluidos en este Acuerdo marco», no determina los requisitos que deben reunir para ser admisibles, ni la valoración que debe atribuirse en función de las cualidades de los mismos.

Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas en este punto por los licitadores y la determinación del valor atribuible a las mismas queda al arbitrio del órgano de contratación, sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las entregas de otros productos se realicen sin cargo.”

Y concluía el citado acuerdo que *“la indebida configuración y posterior valoración del criterio de las mejoras, al alterar el principio inherente a toda licitación pública de igualdad de trato, implica un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).”*

Por tanto, la controversia a resolver radica en si el órgano se ha excedido en el grado de discrecionalidad técnica a la hora de admitir y valorar las mejoras presentadas por URBASER, pese a no estar expresamente descritas en el pliego y que pese a ser cuestionada la naturaleza de tales por varios de los licitadores y por la recurrente e incluso por la empresa que hace la valoración del sobre C, esto es EGUESAN, como luego veremos.

Pese a ser una cuestión técnica, sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en resolución 443/2022 y en otras en las que venimos manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas.

También en la Resolución del TARCJA 48/2016, de 25 de febrero, se indicaba que:

“(…) los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas. En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a

utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico.

Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración”.

Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación.

En tal sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que:

“Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática”.

En definitiva, como señala la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

“La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. (...) La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica”.

En el acuerdo objeto de este recurso la mesa de contratación se limita a aceptar el informe de FUAM emitido el 13 de septiembre en relación a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor y el que posteriormente emite con fecha de 24 de octubre de 2024, que concluyen que no se incluye en la oferta de URBASER una variante si no que son mejoras. Pero, como hemos indicado, en modo alguno se indica

si esa mejora implica o no un cambio en la AAI, limite esencial para no ser admitida, ni tampoco se indica como se ha valorado esa mejora incluida en la oferta de URBASER, limitándose a señalar el informe técnico que se han tenido en cuenta todas las mejoras incluidas en las ofertas de los licitadores.

Por todo ello, concurre una de falta de motivación en la admisión y valoración de dicha mejora por parte de la mesa de contratación y al respecto hay que señalar que, los procedimientos de selección del contratista y adjudicación de los contratos del sector público hacen necesaria la realización de constataciones y calificaciones que, por requerir saberes especializados son encuadrables en la denominada discrecionalidad técnica; lo cual justifica que deba ser la mesa de contratación el órgano a quien se asigna la valoración de las ofertas, de conformidad con la Ley y lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a fin de seleccionar la más idónea; y que todo ello determina, así mismo, que esa valoración de la mesa será la que constituirá el principal elemento de fundamentación de la adjudicación que finalmente se decida. En el presente procedimiento la mesa tuvo el apoyo técnico de FUAM y de EGUESAN para la valoración de las ofertas y admite, como hemos dicho, los informes emitidos por la FUAM pero haciendo caso omiso de los informes emitidos por la otra empresa contratada para valorar el sobre C de las ofertas, EGUESAN y que pone de manifiesto en relación a la oferta económica de URBASER que incluye *“un programa económico de una solución variante a la solución prevista en los pliegos, existiendo, por tanto, un incumplimiento de las condiciones determinadas en el PCAP en cuanto a la no admisibilidad de variantes.”* Cuestión que posteriormente ratificó en dos informes posteriores la empresa EGUESAN.

Como conclusión, la cuestión no está en la admisión o no de dicha propuesta de URBASER como una mejora y que no se le excluye por no incluir en su oferta una variante, lo que entra dentro del ámbito de la apreciación técnica que no puede llevar a cabo este Tribunal; ahora bien, lo que no es admisible es que se admita como mejora y no se motive cómo se ha valorado la misma en relación a la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor que es donde se incluyó aquélla.

No obstante la falta de motivación del acuerdo de la mesa de contratación impugnado vamos analizarlo con detalle en relación al segundo aspecto impugnado por el recurrente.

B) SUBSANACION DE LA OFERTA ECONOMICA DE URBASER

En la sesión de la mesa de contratación de 19 de octubre, tras la aceptación por la mesa del informe de valoración del sobre B hecho por FUAM ; se procede a la apertura del archivo electrónico C, y el presidente de la mesa de contratación indica que conforme a la cláusula 27 del Pliego de Cláusulas Administrativas se analizará lo previsto en el apartado B, respecto a la concurrencia de algún motivo de entre los previstos para rechazar alguna oferta, y en ese acto se declarará la admisión de las ofertas, la puntuación final y la propuesta de calificación al órgano de contratación.

Entre la documentación que presentan los licitadores, se encuentra el programa económico que se indica en el apartado K.1 del CCP, cuyo contenido requiere del correspondiente estudio por la mesa de contratación, que podía estar asistida por técnicos/expertos.

La documentación obrante en el archivo electrónico C, es valorada por la empresa EGUESAN que fue contratada, como se ha indicado, en virtud del contrato menor CM 1/2024 para asistir a la mesa de contratación, para la valoración de las ofertas en los criterios automáticos incluidas en el archivo electrónico C, donde se incluye el programa económico de las ofertas.

Esta empresa emite el informe de valoración de las ofertas incluidas en el sobre C y en el mismo puntúa las ofertas de las sociedades FFC MA y ACCIONA SAU y la de VALORIZA SERVICIOS MEDIAMBIENTALES SA (VALORIZA en adelante) y propone la exclusión de las ofertas de las sociedades ESPINA OBRAS HIDRÁULICAS, S.A.U- SETEC BUILDING, S.L.U (en adelante ESPINA-SETEC), PREZERO-PRAPEC y URBASER.

Resultando la siguiente valoración de las ofertas FFCCMA y ACCIONA SAU y VALORIZA:

	CRITERIO 1	CRITERIO 2	CRITERIO 3	PUNTACIÓN TOTAL
FCC MEDIO AMNEINTE, S.A.U. – ACCIONA SERVICIOS URBANOS S.L., UTE	30,00	15,00	7,00	52,00
VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, SA,	27,70	15,00	7,00	49,70

Posteriormente la mesa de contratación se reúne el 30 de septiembre de 2024 y acuerda en relación a la valoración de las ofertas llevada a cabo por la empresa EGUESAN contratada para ello:

“La exigencia de analizar el PROGRAMA ECONOMICO presentado por cada licitador hace necesaria la asistencia a la mesa para comprobar su adecuación con lo previsto en los documentos que rigen la licitación.

La mesa por unanimidad de todos sus miembros con derecho a voto,

ACUERDA:

Primero. *Solicitar se asista a la mesa para el estudio de la documentación aportada por los licitadores en el sobre C, a técnicos o expertos, que sea necesaria a fin de comprobar si la misma se ajusta a lo solicitado por su contenido y forma, para su debida valoración, como acto previo para determinar su admisión y la calificación de las mismas, con propuesta de la mejor oferta al órgano de contratación, la Asamblea General de la Mancomunidad.”*

Posteriormente, EGUESAN emite otros dos informes complementarios a petición de la mesa de contratación, uno de 3 de octubre y otro de 16 de octubre, por entender la mesa que no habían realizado un estudio pormenorizado de los programas económicos, que es para lo que se le contrató, y por no tener en cuenta el principio antiformalista que podía vulnerar los principio de concurrencia e igualdad que presiden la contratación pública y que motivó que en el informe de valoración del sobre C se excluyeran 3 de las 5 ofertas presentadas.

En los citados informes EGUESAN se ratifica en la valoración realizada en su informe inicial respecto a las ofertas del Sobre C.

Posteriormente la mesa de contratación en sesión celebrada el 18 de octubre de 2024, acuerda dar trámite de audiencia a los licitadores respecto a alguno de los aspectos incluidos en los programas económicos presentados en el Sobre C, acordando:

“Primero. Dar conformidad a las cuestiones que precisan aclaración por cada uno de los 5 licitadores respecto al PROGRAMA ECONOMICO, que se diligencian.

Segundo. Remitir la solicitud de aclaración de las cuestiones que afecta a cada una de las empresas licitadoras, por el plazo de tres días hábiles, para que remitan las aclaraciones oportunas, sin alterar o modificar la oferta o programa económico presentado, pues de no ajustarse estrictamente a lo solicitado o suponer cualquier alteración de la oferta presentada, será rechazada y no considerada la aclaración aportada”

Una vez presentadas las aclaraciones solicitadas a las distintas empresas licitadoras, la mesa acuerda dar por comprobadas las aclaraciones realizadas por todos los licitadores siendo objeto de admisión y/o exclusión, y calificación en la próxima sesión de la mesa de contratación.

El 5 de noviembre de 2024 la mesa acuerda la admisión de las ofertas presentadas a la licitación de las empresas:

1. *Sociedades URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA.*
2. *Sociedad VALORIZA SERVICIOS MEDIAMBIENTALES SA.*
3. *Sociedades FFC MEDIO AMBIENTE SAU y ACCIONA SERVICIOS URBANOS SA.*
4. *Sociedades ESPINA OBRAS HIDRAULICAS SAU Y SETEC BUILDING SLU.*

Y acuerda la exclusión de PREZERO GESTION DE RESIDUOS Y PAPREC SERVICIOS AMBIENTALES SL por *“superar el presupuesto máximo de licitación o el plazo máximo señalado para la ejecución en el contrato”*

Asimismo se aprueba la valoración de las ofertas incluidas en el sobre C según el

siguiente cuadro:

CRITERIOS	URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA	FFC MEDIO AMBIENTE SAU y ACCIONA SERVICIOS URBANOS SA	VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES	ESPINA OBRAS HIDRAULICAS SAU Y SETEC BUILDING SLU
Oferta económica. Hasta 30 puntos.	30	30	27,70	30
Reducción plazo Complejo Ambiental. Hasta 8 puntos.	8	8	8	8
Reducción plazo de planta envases. Hasta 3 puntos.	3	3	3	3
Reducción plazo fracción orgánica EETT. Hasta 4 puntos.	4	4	4	4
Compromiso autoconsumo energía consumida. Hasta 7 puntos.	7	7	7	7
52	52	52	49,70	52

Y acuerda la calificación definitiva de las ofertas señalando que:

“Vista la valoración y posterior ponderación del sobre B, realizada en sesiones de la mesa de contratación de los días 19 y 30 de septiembre de 2024, la valoración del sobre C y la exclusión de la oferta de las Sociedades PREZERO GESTION DE RESIDUOS Y PAPREC SERVICIOS AMBIENTALES SL., realizadas en esta misma sesión de 5 de noviembre de 2024, la calificación definitiva de las ofertas resulta ser la siguiente:

CALIFICACIÓN DEFINITIVA DE OFERTAS ADMITIDAS EN EL CPA 5/2022				
CRITERIOS	URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA	FFC MEDIO AMBIENTE SAU y ACCIONA SERVICIOS URBANOS SA	VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES	ESPINA OBRAS HIDRAULICAS SAU Y SETEC BUILDING SLU
Sobre B/ criterios sujetos a juicio valor	47,87	46,68	42,57	34,09
Sobre C / criterios automáticos	52,00	52,00	49,70	52,00
SUMA TOTAL PUNTUACIÓN	99,87	98,68	92,27	86,09

1.- Alegaciones del recurrente

Alega la recurrente que URBASER presentó un programa económico que no cumplía en modo alguno las exigencias de los pliegos, en la medida en que:

(a) Existen divergencias notables entre el programa económico presentado en PDF y el programa económico presentado en EXCEL.

(b) El programa económico presentado en EXCEL no contiene fórmulas, sino que las cifras han sido incluidas a mano, lo que impide comprobar la corrección del propio programa.

El recurrente alega que no cabe la aclaración de las proposiciones presentadas una vez ya abierto y calificados los criterios automáticos, puesto que ello supone una trasgresión de los principios básicos de la contratación como es el principio de igualdad de trato.

Y en concreto, alega que la oferta de URBASER debe ser excluida puesto que el programa económico presentado por la misma no reunía los requisitos exigidos en el CCP y en PCAP.

Este defecto severo en la oferta de URBASER se apreció por los técnicos encargados de la valoración del sobre C de las ofertas en los tres informes emitidos a este respecto. En estos informes, de modo rotundo, se señalan los incumplimientos del programa económico de la oferta de URBASER, y se justifica motivadamente por qué estos incumplimientos no pueden ser admitida.

La mesa de contratación no se contentó con el criterio de los técnicos designados para valorar el sobre C de las ofertas, y, sin que conste la debida motivación jurídica de la decisión de apartarse del criterio de los técnicos, requirió la subsanación de la oferta de URBASER no una vez, sino dos, con objeto no sólo de que URBASER aclarase extremos concretos de su propuesta, sino de que la presentara como es debido, en

particular en cuanto a la inclusión de fórmulas en el programa económico en formato EXCEL, que se le requirió a la segunda.

No fue hasta la respuesta al segundo (y más improcedente si cabe, por ello) requerimiento de subsanación cuando la mesa de contratación consideró que el programa económico de la oferta de URBASER era admisible y sin más motivación lo aceptó y valoró.

2.- Alegaciones de órgano de contratación

La mesa de contratación consideró que la empresa contratada para la valoración de los criterios automáticos incluidos en el archivo electrónico C, no había realizado un análisis pormenorizado de todos los programas económicos, indicado en el contrato CM 1/2024, que dice:

“Por otro lado, los licitadores del CPA 5/2022, deberán presentar en el sobre C un programa económico adecuadamente elaborado, que regirá el servicio, según formato y estructura del dimensionamiento técnico- económico, incluido en el Estudio de viabilidad base de licitación, con inclusión de todos los parámetros y partidas mínimas contenidos en el mismo, sin errores o tachaduras que dificulten conocer claramente lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar las ofertas, en cuyo caso la proposición sería rechazada.

La Asistencia técnica a la mesa de contratación, consistirá en el análisis pormenorizado de todos los programas económicos presentados por los licitadores del CPA 5/2002, emitiendo informe sin que el mismo vincule la propuesta de la mesa en la calificación de las ofertas”.

La mesa de contratación, por tanto, completó ella misma el análisis pormenorizado de los programas económicos presentados previo requerimiento a los licitadores de que aclarasen los programas económicos presentados y ya valorados por EGUESAN.

Indica el órgano de contratación que respecto a lo alegado por el recurrente de que *“la documentación presentada por URBASER no cumple lo exigido en los pliegos, en particular el programa económico”*, hay que partir de que del análisis de los programas realizado por la mesa de contratación y comparando el dimensionamiento técnico de

la Mancomunidad, publicado en PDF únicamente en la PCSP y el aportado por URBASER, no difieren en el contenido, como se puede ver en el índice de ambos documentos.

De la comparativa del documento en EXCEL de la Mancomunidad (que no fue publicado) y el presentado por URBASER, se comprueba que ambos contienen información similar, coincidente con los datos aportados en el PDF, si bien en el caso de la Mancomunidad aparecen distribuidos en veintiocho hojas diferentes y en el caso de la licitadora en dos.

Indica el órgano de contratación en su informe al recurso, que la mesa de contratación, después del análisis pormenorizado de los programas económicos, de la comprobación de que cada licitador había reflejado en su programa económico la baja ofertada, aclaraciones practicadas en relación a dichos programas con todas las licitadoras y de conformidad con las preguntas y respuestas que se formularon durante la licitación (documento 7.8 del expediente), dejando libertad a los licitadores para la presentación, consideró que no procedía la exclusión de la oferta de URBASER, como proponía EGUESAN en su informe.

3.- Alegaciones de los interesados

URBASER alega que la exigencia del Excel era meramente reiterativo del pdf (hay un solo estudio económico, pero expresado en dos formatos diferentes), que sí se aportó desde un inicio (conteniendo el pdf todos los datos numéricos del Excel, y extendiéndose con redactado en algunos puntos para resultar más explicativo, y de lectura más fácil, que el Excel que por su propia naturaleza sólo se compone de los datos numéricos en bruto). Es decir, la oferta económica de la UTE URBASER se encontraba entera en el sobre/archivo electrónico C tanto en su versión PDF como en Excel, siendo el criterio esencial y único para aceptar aclaraciones o subsanaciones: que la oferta se mantenga invariada por completo).

A modo de ejemplo aporta a continuación unos pantallazos de su programa económico, primero en PDF y a continuación en Excel.

De un simple vistazo, según URBASER, se aprecia la igualdad en la estructura de las tablas, de tal manera que se aprecia que, número a número, cifra a cifra, el contenido de las tablas y de sus guarismos es exactamente igual, y por tanto el programa y modelo económico es único y el Excel aportado contenía las fórmulas que llevaban a las cifras plasmadas en el formato PDF (fórmulas que de todas maneras eran aprehensibles mediante un simple proceso matemático inductivo a partir de esos datos económicos consignados, por lo que explicitarlas ulteriormente tampoco modificaba la oferta).

Cuestión absolutamente diferente del caso revisado por la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (el "TACGAL") n.º 16/2021, de 21 de enero a la que alude el recurrente en su recurso, ya que esta resolución se refiere a un supuesto en el que faltaban, por error, casi la totalidad de los datos económicos que componían la oferta.

Por su parte PREZERO-PAPREC en sus alegaciones respecto a este aspecto, al igual que el anterior motivo del recurso, considera que hubo irregularidades en la actuación de la mesa, del órgano de contratación y de la FUAM y que afecta a todo el procedimiento cuya nulidad reclama.

4.- Consideraciones de este Tribunal

EGUESAN era la empresa contratada para emitir el informe en relación con los criterios evaluables de forma automática y en su informe de 30 de septiembre propone excluir las ofertas de las licitadoras ESPINA OBRAS HIDRÁULICAS, S.A.U-SETEC BUILDING, S.L.U, PREZERO GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.-PRAPEC SERVICIO AMBIENTAL y URBASER. Y en concreto excluir la oferta de URBASER por:

“El programa económico presentado en formato PDF no corresponde con el programa económico presentado en EXCEL. Asimismo, el programa económico en formato

EXCEL no presenta los parámetros, estructura y partidas mínimas contenidas en el dimensionamiento técnico – económico, por lo que se ha presentado la oferta en un modelo sustancialmente diferente del establecido en el pliego, no respetando las normas establecidas para la presentación del programa económico lo que colocaría a la entidad en una situación de ventaja frente al resto de licitadores que sí han presentado la documentación según los requisitos establecidos en los pliegos base de licitación.

Por tanto, existe un incumplimiento manifiesto de las condiciones del PCAP y las determinadas en la cláusula K.1. del CCP.

Por otro lado, el dimensionamiento técnico – económico propuesto versa sobre un anteproyecto de obras que no corresponde con las condiciones del anteproyecto base de licitación, ofertándose, por tanto, un programa económico de una solución variante a la solución prevista en los pliegos, existiendo, por tanto, un incumplimiento de las condiciones determinadas en el PCAP en cuanto a la no admisibilidad de variantes.”

La mesa de contratación en su reunión celebrada el día 18 de octubre de 2024, acuerda dar trámite de aclaración de la oferta los licitadores y respecto a URBASER le requiere para:

“Vista su oferta del sobre C donde se incluye el programa económico a presentar según el apartado K.1 del cuadro de características particulares, teniendo en cuenta los pliegos y demás documentación que conforma la licitación, se hace necesario se aclare con el alcance y limitaciones indicadas en el acuerdo de la Mesa, resultante de la licitación o de la legislación vigente, las siguientes cuestiones:

- Los datos que figuran en la tabla de los **costes totales de personal** por instalación para los 20 años de contrato, (página 43 del programa económico en PDF), no coinciden exactamente con los trasladados al flujo de explotación.*
- En el apartado 5.5. del programa económico presentado explica los criterios adoptados para la actualización de los ingresos del proyecto. En el caso de las tarifas parece haber utilizado la fórmula de revisión de precios indicada en el DTE base de licitación. Sin embargo, sería necesario que presentase la **evolución de las tarifas** aplicadas en los 20 años de la concesión, para comprobar cómo se ha aplicado dicha fórmula.*
- Justificar por qué no se han previsto ingresos por **venta de energía** a partir del año 13.*
- En el programa económico parece que se ha calculado el **impuesto de sociedades** a partir del año 6, a razón de un 10% y a partir del año 7 a razón de un 25% hasta el final de la concesión. Aclarar por qué no se aplica el 25% desde el año 3 cuando el BAT ya tiene signo positivo.*
- Aclarar y justificar el método de cálculo utilizado para obtener el **flujo de caja libre** y el **flujo libre del accionista**, ya que parece diferir del utilizado en el DTE base de licitación.*
- Aclarar y justificar el método de cálculo de la **TIR de proyecto** y la **TIR del accionista**, ya que parece diferir del utilizado en el DTE base de licitación. “*

En el acta de la mesa de contratación de 28 de octubre constan las aclaraciones realizadas a su oferta por URBASER indicando:

“En la contestación incluye documento refiriendo la confidencialidad de las aclaraciones que se adjunta, invocando el art. 133 de la Ley 9/2017, LCSP, y las aclaraciones interesadas al programa económico aportado en el sobre/archivo electrónico C.

El licitador da respuesta a las aclaraciones solicitadas de los siguientes puntos: 2.1. Costes totales de personal. 2.2. Evolución de las tarifas. 2.3 Venta de Energía. 2.4 Impuestos de sociedades. 2.5 flujo de caja libre y flujo del accionista. 2.6 TIR del proyecto y TIR del accionista uesttras resoluciones”

La mesa analiza las aclaraciones al programa económico presentado en el sobre/archivo electrónico C por el licitador, y los documentos que rigen la licitación, realizando comprobaciones de cada una de las cuestiones interesadas.

La aclaración sobre los costes de personal que se han trasladado al flujo de explotación, no se ha podido comprobar por parte de la mesa de contratación, a pesar de la explicación aportada en la aclaración.

Los miembros de la Mesa con derecho a voto, consideran que se debe requerir al licitador para que en plazo máximo de 3 días hábiles, aclare de manera detallada el método de cálculo empleado, aportando documento en Excel con sus correspondientes fórmulas para una fácil comprobación, tal como exige el CCP en su cláusula K1 y 27 del PCAP: “El programa económico ofertado ha de presentarse en formato PDF y en formato EXCEL, a fin de facilitar las comprobaciones de cálculo oportunas”.

Respecto de la aclaración relativa a la evolución de las tarifas se remite al apartado 5.5 del programa económico aportado, entendiendo la mesa aclarada la cuestión referida.

En relación con los ingresos de venta de energía, el licitador aclara que la reducción que se va a producir como consecuencia de la puesta en funcionamiento del complejo, llegando un momento en la ejecución del contrato, que la energía producida se ha de destinar en su totalidad al autoconsumo, no contemplando excedentes de energía para la venta, entendiendo aclarada por la mesa esta cuestión,

Relativo al impuesto de sociedades, el licitador aclara el momento en el que ha concluido la compensación de las bases negativas de los ejercicios anteriores. La mesa de contratación entiende aclarada esta cuestión.

Finalmente, respecto de la aclaración relativa al método empleado para el cálculo del flujo de caja libre y flujo libre del accionista, y TIR del PROYECTO y TIR del ACCIONISTA, el licitador aporta descripción de dichos cálculos, entendiéndose aclarada esta cuestión por la mesa de contratación.”

La mesa de contratación, por unanimidad de sus miembros con derecho a voto, acuerda suspender la sesión celebrada el 28 de octubre de 2024 como continuación de la sesión programada para el 25 octubre de 2024, otorgando a URBASER un nuevo tramite de alegaciones respecto a lo siguiente:

“Segundo. Dar trámite de audiencia en un plazo máximo de tres días hábiles al licitador URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA., para que aclare de manera detallada el método de cálculo empleado en relación con los costes de personal del flujo de explotación.

El licitador URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA., aporta documento en Excel en el que se comprueban las fórmulas relativas al coste de personal trasladado al flujo de explotación. La mesa de contratación entiende aclarada esta cuestión.”

Una vez presentadas las aclaraciones a su oferta por URBASER, así como por el resto de licitadores cuya oferta fue excluida en el informe técnico de valoración hecho por EGUESAN, de los criterios automáticos incluidos en el Sobre C, el 5 de noviembre de 2024 la mesa acuerda la admisión de las ofertas presentadas a la licitación de las empresas:

- 1. Sociedades URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA.*
- 2. Sociedad VALORIZA SERVICIOS MEDIAMBIENTALES SA.*
- 3. Sociedades FFC MEDIO AMBIENTE SAU y ACCIONA SERVICIOS URBANOS SA.*
- 4. Sociedades ESPINA OBRAS HIDRAULICAS SAU Y SETEC BUILDING SLU.*

Y acuerda la exclusión de PREZERO GESTION DE RESIDUOS Y PAPREC SERVICIOS AMBIENTALES SL por *“superar el presupuesto máximo de licitación o el plazo máximo señalado para la ejecución en el contrato”*

Asimismo se aprueba la valoración de las ofertas incluidas en el sobre C según el siguiente cuadro:

CRITERIOS	URBASER SA Y URBASER ENVIRONNEMENT SA	FFC MEDIO AMBIENTE SAU y ACCIONA SERVICIOS URBANOS SA	VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES	ESPINA OBRAS HIDRAULICAS SAU Y SETEC BUILDING SLU
Oferta económica. Hasta 30 puntos.	30	30	27,70	30
Reducción plazo Complejo Ambiental. Hasta 8 puntos.	8	8	8	8
Reducción plazo de planta envases. Hasta 3 puntos.	3	3	3	3
Reducción plazo fracción orgánica EETT. Hasta 4 puntos.	4	4	4	4
Compromiso autoconsumo energía consumida. Hasta 7 puntos.	7	7	7	7
52	52	52	49,70	52

Sin más motivación, la mesa de contratación se aparta del informe técnico de valoración de EGUESAN, no sólo admitiendo las ofertas que habían sido excluidas en la valoración de los criterios automáticos sino procediendo a la valoración de dichos criterios automáticos sin ninguna motivación.

Dos son las cuestiones a analizar en relación a la actuación de la mesa respecto a la valoración del archivo electrónico C referido a los criterios automáticos.

Una la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas a los licitadores apartándose del criterio del órgano técnico que evaluó las ofertas y otra, sobre la motivación de la valoración de las ofertas realizada por la mesa tras la presentación de las citadas aclaraciones de los programas económicos por los licitadores.

Pues bien, sobre la posibilidad de solicitar a los licitadores aclaraciones de sus ofertas, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, indicando que el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que, antes de proceder a la desestimación inmediata de la oferta -opción que siempre

tiene en última instancia el órgano de contratación o la mesa de contratación en el supuesto examinado- se dé oportunidad al licitador de confirmar la veracidad del dato dudoso, pues de este modo se consigue, de un lado, que la Administración contratante alcance seguridad jurídica acerca de los términos reales de la oferta para así poder tomar una decisión fundada en orden a su admisión o exclusión, y, de otro lado, que el propio licitador reciba la oportunidad de confirmar la validez de dichos términos o bien de reconocer el error padecido en su oferta que la hace inviable.

Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

- Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
- Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.
- El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate. El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”* Y concluye la sentencia citada que *“(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron.”*

Así las cosas, la cuestión concreta a dilucidar en el presente asunto es si existe un error material manifiesto o un dato dudoso en la proposición de URBASER que hubiera posibilitado, en su caso, un requerimiento de aclaración acordado por la mesa, o si por el contrario, el trámite habría supuesto en realidad ofrecerle la posibilidad de modificar su oferta en un momento posterior a la finalización del plazo de presentación de proposiciones y una vez conocido el contenido de las demás, conculcando así el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

En el CCP en la valoración de los criterios automáticos puntuables con 45 puntos, puntuando en 30 puntos un mayor porcentaje de baja y en 15 puntos la reducción de los plazos, en relación al criterio referente a la oferta económica, se indica que se debe presentar un programa económico con lo siguiente:

<<• PROGRAMA ECONÓMICO.

Se deberá aportar programa económico, adecuadamente elaborado, que regirá el servicio, según formato y estructura del dimensionamiento técnico-económico incluido en el Estudio de viabilidad base de licitación, con inclusión de todos los parámetros y partidas mínimas contenidos en el mismo, sin errores o tachaduras que dificulten conocer claramente lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar las ofertas, en cuyo caso la proposición será rechazada.

El programa económico ofertado ha de presentarse en formato PDF y en formato EXCEL, a fin de facilitar las comprobaciones de cálculo oportunas.

Se deberá aportar, por tanto, programa económico adecuadamente elaborado que regirá la concesión (esto es, programa económico conforme a parámetros, estructura y partidas del Estudio de Viabilidad, elaborado, sometido a información pública y aprobado por el órgano de contratación).

La información aportada en el correspondiente programa económico ha de corresponderse con variables acertadas que posibiliten una visión lo más realista posible de los aspectos económicos en los que va a realizarse la prestación, susceptible de fácil comprobación en cuanto a viabilidad y margen de actuación se refiere.

Únicamente podrá procederse a su subsanación cuando se trate de un mero error material, aritmético o de hecho, aportándose, en su caso, la documentación que estime el contratista y que sirva para evaluar el criterio evaluable mediante la aplicación de fórmulas, siempre que no suponga una modificación sustancial de la oferta o se alteren los parámetros económicos inicialmente fijados en el programa económico.

El programa económico ofertado tendrá carácter vinculante, pasando a ser parte del contrato, en todos y cada uno de los valores en él contemplados. "

En el presente caso, el programa o estudio económico de la oferta forma parte de ella a todos los efectos, esto es, es un documento de la oferta, de modo que los defectos en el programa son defectos de la propia oferta, que deberán conducir, en caso de que no sean subsanables, a la exclusión de la oferta. URBASER presentó un programa económico que no cumplía en modo alguno las exigencias de los pliegos, en la medida en que:

“(a) Existen divergencias notables entre el programa económico presentado en PDF y el programa económico presentado en EXCEL.

(b) El programa económico presentado en EXCEL no contiene fórmulas, sino que las cifras han sido incluidas a mano, lo que impide comprobar la corrección del propio programa”

La subsanación de las ofertas sólo se admite a título de excepción, en casos muy tasados, con el límite insoslayable de que subsanación debe limitarse a permitir la

aclaración de dudas y la corrección de meros errores materiales, pero no puede consistir en la modificación de la oferta, ni en la aportación de documentos que debieron ser aportados inicialmente, ni en el cumplimiento de los requisitos que debieron ser cumplidos desde el principio.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2023 [ECLI:ES:TS:2023:5134], citada por el recurrente en su recurso, en la que se establece la siguiente doctrina jurisprudencial sobre la cuestión que nos ocupa:

“En respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, formulada en el auto de admisión a trámite del recurso de casación, consideramos que la posibilidad de subsanación de la documentación presentada en el sobre 3 habrá de ser resulta de forma casuística, en atención a la naturaleza y características del documento de que se trate, si bien cabe señalar, como criterios generales:

- i) que una interpretación literalista que impida la adjudicación de un contrato por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación administrativa;*
- ii) debe considerarse no subsanable la falta de cumplimiento de un criterio en el momento del cierre del plazo de presentación de proposiciones, y como subsanables los simples defectos en la acreditación del cumplimiento en plazo de ese criterio;*
- iii) y no cabe que por la vía de subsanación se modifique o altere de alguna forma la oferta presentada”*

Y este mismo criterio restrictivo mantiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo en su sentencia de 14 de junio de 2023 [asunto T-376/21], parágrafo 147:

“A este respecto, procede señalar que la sentencia de 10 de octubre de 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), mencionada por el demandante, se refiere a la posibilidad de corregir o completar una oferta para efectuar una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos. En el presente asunto, no se trata de una aclaración o de una corrección de los documentos, sino de una nueva presentación de los documentos, que, por otra parte, podrían haber sido modificados en el ínterin. En particular, de la jurisprudencia se desprende que no está permitido con carácter

general que un licitador aporte los documentos exigidos por el pliego de condiciones y no presentados en el plazo establecido para la presentación de ofertas (sentencia de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartado 36). Por lo tanto, habida cuenta de esta jurisprudencia, la Comisión no estaba obligada a pedir al demandante que presentara de nuevo los documentos a los que se había dado acceso a través de hipervínculos”

En este sentido, ya se ha pronunciado este Tribunal en la Resolución 7/2025, de 9 de enero entre otras muchas, en la que indicábamos:

“De dicha jurisprudencia también se desprende, que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (Sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).”.

Esta Resolución reproduce lo indicado en nuestra Resolución 266/2020, de 1 de octubre fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la sala de lo contencioso en su Sentencia 74/2022, de 2 de febrero de 2022.

En el presente caso, la Mesa requirió a URBASER para que en el plazo máximo de 3 días hábiles, aclare de manera detallada el método de cálculo empleado, aportando documento en Excel con sus correspondientes fórmulas para una fácil comprobación, tal como exige el CCP en su cláusula K1 y 27 del PCAP: “El programa económico ofertado ha de presentarse en formato PDF y en formato EXCEL, a fin de facilitar las comprobaciones de cálculo oportunas”.

Las aclaraciones de la oferta solicitadas a URBASER por la mesa de contratación el 18 de octubre arriba reproducidas y que incluyen entre otras expresiones “sería necesario que **presentase** la evolución de las tarifas aplicadas en los 20 años de la concesión, para comprobar cómo se ha aplicado dicha fórmula.

-Justificar por qué no se han previsto ingresos por venta de energía a partir del año 13.

*-En el programa económico parece que se ha calculado el impuesto de sociedades a partir del año 6, a razón de un 10% y a partir del año 7 a razón de un 25% hasta el final de la concesión. **Aclarar por qué no se aplica el 25% desde el año 3 cuando el BAT ya tiene signo positivo.***

*-**Aclarar y justificar el método de cálculo** utilizado para obtener el flujo de caja libre y el flujo libre del accionista, ya que parece diferir del utilizado en el DTE base de licitación.*

*-**Aclarar y justificar el** método de cálculo de la TIR de proyecto y la TIR del accionista, ya que parece diferir del utilizado en el DTE base de licitación”*

Y posteriormente, tras las aclaraciones a su oferta presentadas por URBASER, la mesa de contratación vuelve a requerirle para que aclare de manera detallada el “*método de cálculo empleado, aportando documento en Excel con sus correspondientes fórmulas para una fácil comprobación, tal como exige el CCP en su cláusula K1 y 27 del PCAP*”.

Esta claro que son aclaraciones que van más allá de la mera corrección de un error material consistiendo las mismas en una verdadera justificación de la oferta económica presentada y por tanto contraviniendo lo indicado en el CCP que señala que “únicamente podrá procederse a su subsanación cuando se trate de un mero error material, aritmético o de hecho, aportándose, en su caso, la documentación que estime el contratista y que sirva para evaluar el criterio evaluable mediante la aplicación de fórmulas, siempre que no suponga una modificación sustancial de la oferta o se alteren los parámetros económicos inicialmente fijados en el programa económico.

El programa económico ofertado tendrá carácter vinculante, pasando a ser parte del contrato, en todos y cada uno de los valores en él contemplados. ”

Hay que destacar, que estas aclaraciones respecto al Programa Económico presentado, las solicitó la mesa a todas las empresas cuyas ofertas habían sido excluidas por la empresa EGUESAN en la valoración que hizo de los criterios

automáticos incluidos en el archivo electrónico C, incluida a la propia recurrente FCC-ACCIONA cuya oferta si había sido admitida y valorada junto a la de la empresa VALORIZA.

Pero la cuestión añadida es que tras aceptar las aclaraciones de las ofertas por los licitadores, la mesa procede a valorar las ofertas económicas y criterios sujetos a valoración automática de todas las ofertas, incluidas las que no habían sido valoradas por EGUESAN porque las había excluido, esto es la oferta de la empresa ESPINA OBRAS HIDRÁULICAS, S.A.U-SETEC BUILDING, S.L.U, PREZERO GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.-PRAPEC SERVICIO AMBIENTAL y URBASER, sin ninguna motivación al respecto.

Este actuar de la mesa es contrario a los principios de concurrencia e igualdad de trato que ha de regir todo procedimiento de contratación pública, puesto que es cierto que la mesa de contratación según el artículo 326.2 de la LCSP es un órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones entre las que se encuentran la valoración de las ofertas y la propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta.

Y en el apartado 5 de dicho precepto se establece que: *“Las Mesas de contratación podrán, asimismo, solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Dicha asistencia será autorizada por el órgano de contratación y deberá ser reflejada expresamente en el expediente, con referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional.”*

Es cierto que la mesa de contratación puede apartarse del informe realizado por los técnicos externos contratados al efecto, en este caso la empresa EGUESAN; pero la mesa hace caso omiso de lo indicado por dicha empresa en hasta en tres informes respecto a la oferta presentada por URBASER, al entender que debió ser excluida por incluir una variante no admitida por el pliego.

Pero además, y aun considerando dicha cuestión como algo puramente técnico, la cuestión está en que procedió a valorar la propia mesa las ofertas presentadas, pero sin que en el acuerdo de exclusión, admisión y calificación de la mejor oferta, se incluyera la más mínima motivación de dicha valoración.

Hay que indicar que la mesa de contratación, teniendo potestad para solicitar un informe técnico, puede no aprobar el mismo si considera que la valoración realizada no se adecuaba a los criterios de adjudicación o si el informe carece de motivación suficiente o si existe error patente o arbitrariedad en algún juicio técnico.

Ahora bien, fuera de estos casos resulta difícil que la Mesa de contratación, acudiendo a una Comisión técnica para la emisión de un informe sobre valoración de las ofertas, pueda apartarse del criterio técnico de aquel órgano especializado, cuyo juicio discrecional goza de una presunción de acierto y veracidad, como tan reiteradamente han expuesto los distintos tribunales de recursos contractuales.

Como expusimos en nuestra resolución 140/2018 de 9 de mayo, entre otras:

“Los requisitos para considerar motivada la adjudicación aparecen recogidos en el artículo 151.4 del TRLCSP. Tal como afirmaba este Tribunal en la Resolución 65/2016 “tanto la jurisprudencia como la doctrina de este Tribunal y del TACRC ha venido reiterando la necesidad de la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, lo que constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación.

La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquellos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta.

La Administración ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

El primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación. La motivación debe mostrar de modo claro e inequívoco el razonamiento del autor del acto. De modo que el candidato conozca no sólo las puntuaciones respectivas, sino también que tenga una información de la causa de la atribución de las mismas, como ya se señaló por este Tribunal, entre otras, en la Resolución 177/2014, de 15 de octubre o la 156/2015 de 30 de septiembre”.

Por todo ello, este Tribunal concluye que la mesa de contratación infringió la doctrina anteriormente citada al no efectuar la obligada valoración motivada de las ofertas sobre la base del informe técnico externo emitido, pues con tal proceder parece haberse dejado al criterio técnico de una entidad externa una decisión discrecional que es exclusiva de la Administración.

En este sentido y como se ha argumentado, no queda constancia en el expediente de la valoración de las ofertas por parte de la mesa de contratación, ni las aportaciones propias y valoraciones críticas a lo manifestado por el informante externo contratado, EGUESAN.

En este sentido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indicaba en la resolución nº 1294/2021 de la Sección 1ª de este Tribunal, de 29 de septiembre de 2021:

“Siendo incuestionable la discrecionalidad técnica de la que goza en principio el órgano de contratación, no es menos cierto que este debe en todo caso cumplir con el deber de motivación que impone el art. 151 de la LCSP. Y al respecto del deber de motivación, y como indicábamos en la Resolución de este Tribunal de 11 de diciembre de 2019, Resolución nº 1438/2019, Recurso nº 1210/2019: «Así hemos señalado en otras ocasiones, que con la motivación se trata de poner en conocimiento de los licitadores el proceso lógico seguido por el órgano de contratación para proceder a la adjudicación (Resoluciones 153/2013, 254/2013, 599/2013, 383/2014, entre otras), siendo el parámetro al que ha de atenderse para juzgar sobre si aquella es o no bastante el de si permite al destinatario interponer un recurso fundado (Resoluciones 187/2011, 287/2011, 171/2012, 198/2012, 294/2012, 282/2014, 437/2015 y 658/2015, entre otras). Por esa razón, ya en nuestra Resolución 185/2014, indicamos que no basta con consignar la puntuación obtenida si no se acompaña de la expresión de los

concretos motivos por los que la oferta ha alcanzado una puntuación y no otra (en el mismo sentido, Resoluciones 475/2014 y 718/2014)».

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 17 de diciembre de 2012 y 24 de septiembre de 2014 (recursos nos 3804/2010 y 1375/2013, respectivamente), señalan que el informe técnico debe cumplir con las siguientes exigencias:

*“a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;
b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.*

Es decir, debe reflejarse cómo, por quién y cuándo se efectúa la valoración técnica del criterio en cuestión, pues sin tales explicaciones no existe presunción de razonabilidad sobre dicha valoración, al no actuar el órgano de contratación amparado por la discrecionalidad técnica”.

De esta forma, podemos concluir que en el presente expediente existe una ausencia de justificación técnica en las puntuaciones dadas, que supera el límite de la discrecionalidad técnica.

No se trata ya en este momento, (tras una primera estimación del recurso), de una mera motivación insuficiente que, por la vía de anular la adjudicación, permitiera al órgano evaluador completar sus argumentos sin alterar la esencia de los mismos, ni las puntuaciones asignadas; en el supuesto enjuiciado, no se encuentra motivación alguna de los aspectos evaluables de forma automática más allá del cuadro donde se recogen las puntuaciones de las ofertas, que además la mesa da la misma puntuación (52 puntos) en los criterios automáticos a las tres ofertas que EGUESAN había excluido y que ahora la mesa admite y valora.

En definitiva, pues, la motivación es un elemento esencial para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad y pueda conocerse el proceso lógico seguido por la Administración en la valoración de las ofertas. En el supuesto analizado, hemos de concluir que la valoración de las ofertas hecha por la mesa de contratación apartándose de la valoración realizada por los técnicos contratados para ello, ha rebasado los límites de la discrecionalidad. La motivación de la necesidad que dio

origen a la contratación de los referidos técnicos no ha tenido la correlativa motivación en el expediente para apartarse del informe contratado.

En este sentido, este proceder inadecuado de la Administración no puede subsanarse ahora por la vía de motivar y explicitar el criterio técnico en aquellas puntuaciones donde se ha omitido pues, como ya se ha señalado, se estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser el inverso.

Los poderes adjudicadores han de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo al mismo tiempo que el no beneficiario puede contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto, y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

Por tanto, en este supuesto concreto, partiendo de la delimitación indefinida de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, y teniendo en cuenta la valoración hecha por la mesa de los criterios automáticos al margen de la propuesta técnica y sin motivación alguna, si se retrotrajere el procedimiento para una nueva valoración, difícilmente ya, una vez abiertas las propuestas económicas, puede asegurarse que con una nueva motivación de la puntuación otorgada pueda asegurarse una motivación dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica previsible en este procedimiento de contratación.

Por ello, no cabe la subsanación mediante una nueva evaluación de las ofertas, que respete los límites de la discrecionalidad técnica y contenga la motivación adecuada y suficiente, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de las entidades licitadoras, por lo que aquella nueva valoración supondría una infracción de lo establecido en los artículos 146.2 del LCSP y concordantes del RGLCAP

Ello impide a este Tribunal poder decretar la retroacción de actuaciones, dado que se vería comprometida la objetividad en la valoración, por lo que procede anular todo el procedimiento de contratación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

Primero. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de FFC MEDIO AMBIENTE , S.A.U. y ACCIONA SERVICIOS URBANOS ,S.L. contra el Acuerdo, de 23 de diciembre de 2024, de la Asamblea General de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste, por el que se aprueba *“la admisión y exclusión de ofertas y la calificación de la mejor oferta en la contratación”* en el procedimiento de licitación del *“Contrato de concesión de obras para la construcción y explotación del complejo ambiental en Colmenar Viejo, así como la explotación del conjunto de infraestructuras de tratamiento de residuos de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste”*, licitado por la Asamblea General de la Mancomunidad de Municipios del Noroeste, número de expediente CPA 5/2022, anulando todo el procedimiento de contratación.

Segundo. - Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP

Tercero. - Denegar la prueba solicitada por la representación legal FFC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. y ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.L.

Cuarto. - 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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Quinto. - De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el 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 59 de la LCSP.

EL TRIBUNAL