**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA**

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno.. 848 42 19 64 y 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 12/2015

ACUERDO 45/2019, de 21 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil "Urbaser, S.A." contra la adjudicación del contrato para la prestación de los servicios de recogida y transporte de los residuos domésticos en el ámbito de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, efectuada por "Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A."

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de mayo de 2014, "Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A. (SCPSA)" remitió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato para la prestación de los servicios de recogida y transporte de los residuos domésticos en el ámbito de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, que fue publicado en el número S-95 del Diario Oficial de la Unión Europea con fecha 17 de mayo de 2014. Dicho anuncio fue publicado igualmente en el Portal de Contratación de Navarra el día 14 de mayo de 2014.

SEGUNDO.- Con fecha 31 de octubre de 2014, don G. A. S.presenta reclamación en materia de contratación pública en nombre y representación de la mercantil "Urbaser, S.A." frente a la adjudicación del contrato para la prestación de los servicios de recogida y transporte de los residuos domésticos en el ámbito de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona.

Dicha reclamación fue resuelta por Acuerdo de este Tribunal nº 50/2014, de fecha 16 de diciembre, cuya parte dispositiva es la siguiente: "*Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don G.A.S – en nombre y representación de Urbaser, S.A. - frente al acuerdo del Consejo de Administración de Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A., en sesión celebrada en fecha 15 de octubre*

*de 2014, por el que se adjudica el contrato para la prestación del servicio de recogida de residuos domésticos en el ámbito de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, sin emitir pronunciamiento en este momento en relación con las restantes pretensiones de las partes, conforme a lo expresado en los fundamentos anteriores."*

TERCERO.- Con fecha 21 de enero de 2015 don G. A. S.presenta nuevamente reclamación en nombre y representación de la mercantil "Urbaser, S.A." contra la adjudicación del contrato para la prestación de los servicios de recogida y transporte de los residuos domésticos en el ámbito de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona a la mercantil "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." una vez examinada al completo la documentación del contrato.

En su escrito de reclamación señala que una vez comunicado el Acuerdo 50/2014, de 16 de diciembre, del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra, el Consejo de Administración de SCPSA, con fecha 30 de diciembre de 2014, acordó la retroacción del expediente al trámite de acceso a la documentación, la exclusión de la inicial declaración de confidencialidad manifestada por "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." respecto al sobre nº 3 (Oferta económica), así como del apartado relativo a las mejoras ofertadas integrado en el sobre nº 2, manteniéndose la confidencialidad respecto de los demás documentos, y que dicho acuerdo fue notificado el día 7 de enero de 2015. Tras ello, solicitó un nuevo acceso al expediente, fijándose por SCPSA la fecha de 14 de enero de 2015 para realizarlo.

Así mismo, comunica que una vez examinada la documentación del contrato se ratifica en lo señalado en su primera reclamación y que considera que se ha incurrido en arbitrariedad por parte de SCPSA a la hora de aplicar los criterios de adjudicación, especialmente en el apartado de mejoras.

Dicha reclamación se fundamenta, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) Que en el acto de apertura pública de las ofertas se leyó que "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." había ofertado la cantidad de 12.151.941,25 euros

anuales, sin embargo, al contrastar la documentación del contrato se ha comprobado que la oferta propuesta era de 48.607.765,00 euros sin especificar si dicho importe era con carácter anual o por toda la duración del contrato. No consta que SCPSA hiciera uso de la faculta de aclaración de las ofertas tal como prescribe el artículo 195.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP). Considera que la entidad adjudicadora no puede realizar una libre interpretación de la voluntad del licitador y que era procedente la solicitud de aclaración, máxime cuando se trata de una de las condiciones esenciales del contrato puesto que representaba la mitad de la puntuación (50 puntos sobre un máximo de 100). Considera que esa irregularidad comporta una clara vulneración del principio de seguridad jurídica, así como del principio de confianza legítima.

b) Que la oferta de la adjudicataria incumple las prescripciones técnicas de los servicios exigidos en las condiciones del contrato en lo relativo al número y tipología de equipos y las jornadas anuales a desarrollar por los mismos. En el Anexo III del condicionado se fijaba la composición de los equipos necesarios, sus unidades y sus jornadas anuales, de tal modo que los licitadores debían ofertar los costes de personal y de material. Esa obligatoriedad fue reiterada en las aclaraciones publicadas durante la licitación en estos términos:

*"Así, hay que respetar las unidades y los servicios, equipos, jornadas… que están incluidas en el anexo III.*

*Únicamente, en el apartado 1. Organización general, deben completarse las unidades que el anexo III no incluye. De forma que, el importe total del Apartado 1 del anexo III será idéntico al capítulo de organización general de la oferta presentada, que se incluirá en el precio anual para la totalidad del servicio ofertado (punto 4 del sobre 3)".*

Sin embargo, la oferta de la adjudicataria desglosa y valora 298, 52 y 13 jornadas respectivamente, incumpliendo el dimensionamiento de los servicios exigidos en el condicionado. Adicionalmente en el capítulo 3.6.1 modifica la adscripción nocturna por una adscripción diurna.

Estas modificaciones alteran el contenido de las condiciones que rigen la licitación que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constituyen la "*lex contractus*" y vincula a todos sin excepción alguna, pero además esa actuación tiene encaje en las causas de exclusión recogidas en el artículo 14 del Pliego: 1) Presentar proposiciones con variantes o alternativas; 2) No valorar la totalidad del objeto del contrato o contener cálculos o mediciones manifiestamente erróneos que no sean meramente aritméticos; 3) Realizar planteamientos técnicamente inviables o manifiestamente defectuosos.

Estas modificaciones le permitirían obtener ahorros pudiendo ofrecer una propuesta económica inferior y obtener mayor puntuación ya que el cambio de horario de nocturno a diurno del equipo portacontenedor implica, conforme al convenio laboral aplicable, que no se aplique el plus de nocturnidad.

c) El informe técnico adolece de errores y deficiencias que justifican su falta de racionalidad. En primer lugar, la alteración de la propuesta de "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." impide una comparación homogénea de las ofertas. En segundo lugar, señala que el juicio del informe técnico que considera que "Urbaser, S.A." sobredimensiona el servicio de recogida de fracción resto no resulta lógico por cuanto ajustándose a la obligación del Anexo III del condicionado de asignar y valorar 51 equipos recibe una menor puntuación respecto de la oferta ganadora que asigna 43 equipos e incumple los mínimos señalados en aquel. En tercer lugar, que en el plan de recogida separada de materia orgánica, en la que oferta 1.452 jornadas, se le asignan 3 puntos mientras que la oferta ganadora con un total de 1.058,8 horas/año se valora con 6 puntos. Y, por último, en aplicación del criterio de adjudicación "Gestión medioabiental" "Urbaser, S.A." ha sido valorada con 0 puntos sin que el informe técnico justifique esa puntuación.

Considera que aunque la valoración por las entidades adjudicadoras de contratos públicos gozan de la denominada "discrecionalidad técnica" esta facultad se encuentra limitada por la obligación de no incurrir en arbitrariedad, no aplicar criterios

discriminatorios o no incurrir en errores materiales al valorar las ofertas, por lo que considera que el informe técnico incurre en una absoluta falta de racionalidad técnica que conlleva un proceso valorativo arbitrario.

d) Considera que el sistema de valoración del criterio de adjudicación de las mejoras es a todas luces pernicioso para la vigencia del principio de transparencia porque se prohíbe a los licitadores la inclusión de cuantificaciones económicas, ya que éstas deben ser valoradas por la Mesa de Contratación aplicando los precios que hubieran servido de base al cálculo del presupuesto de licitación. Es decir, que la Mesa de Contratación es la que evalúa económicamente las ofertas sobre la base de un esquema de precios desconocido por los propios licitadores y que determina, por ejemplo, que se desconozca el razonamiento lógico seguido para admitir y valorar la oferta realizada por la adjudicataria sobre la gestión de la madera industrial.

Considera que no está justificada la falta de valoración de la mejora que ha propuesto la reclamante sobre la recogida diferenciada de la materia orgánica por cuanto el único motivo para la inadmisión es la insuficiencia de la definición de las mejoras y, en segundo lugar, que SCPSA sí dispone de las referencias necesarias ya que esa prestación forma parte del objeto del contrato y, por tanto, sirve para calcular el presupuesto del contrato. Señala, además, que dispone de la experiencia de Barañáin en ese tipo de recogida.

e) Afirma la infracción del principio de igualdad de trato en la valoración de las mejoras en eficacia energética por cuanto la oferta de “Urbaser, S.A.” ha tenido una valoración “*nula*” por no poderse realizar ninguna cuantificación económica de las medidas que se deben adoptar y, sin embargo, las propuestas de “Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.” y de “Valoriza Servicios Medioambientales, S.A.” han obtenido 4 puntos cuando el informe técnico señala: “*No obstante el licitador no cumple con el requisito del Pliego de detallar de forma objetiva y suficiente esta propuesta para que sea factible su valoración*”.

f) La valoración técnica efectuada por SCPSA, pilar de la motivación del acto recurrido, por todo lo expuesto se encuentra teñida de un importante e indebido matiz de subjetividad que la reviste de arbitrariedad y, por ende, contrario a la prohibición de arbitrariedad administrativa (artículo 9.3 de la Constitución), además de constituir una verdadera desviación de poder. Por tanto, considera que esa falta de justificación de la decisión de SCPSA conduce a que la misma deba considerarse arbitraria y nulo el acto de adjudicación.

g) Con carácter subsidiario a los anteriores argumentos, nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación denominado "*propuesta de inversiones*" contenido en el artículo 15 del condicionado, que señala que la valoración de la amortización anual de cada una de las inversiones se haría conforme al precio de adquisición de las ultimas adquisiciones de SCPSA y de acuerdo con los criterios de amortización aplicados por SCPSA (7 años). Señala la reclamante que se consultó a la entidad adjudicadora sin que aclarase cuáles eran esos criterios de amortización, por lo que únicamente serían conocidos por SCPSA y por "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.", anterior prestataria del servicio.

En consecuencia, solicita, con carácter principal, la exclusión de la mercantil "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.", con la consecuente retroacción del procedimiento al objeto de corregir las infracciones cometidas en la valoración de ofertas y posteriormente se proceda a una nueva adjudicación del contrato y, subsidiariamente, la nulidad del procedimiento de licitación, debiendo iniciarse un procedimiento de licitación con unos pliegos ajustados a la legalidad vigente.

CUARTO.- Con fecha 30 de enero de 2015, "Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A." aporta la documentación del contrato y contesta a la reclamación con las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Que no existe la supuesta irregularidad denunciada por cuanto de acuerdo con el punto 11 del condicionado del contrato la proposición económica no la forma únicamente el Anexo II –en el que "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A."

introdujo la cifra de 48.607.765 euros, en lugar de los 12.151.941,25 euros del precio anual ofertado– sino también el Anexo III, donde consta claramente que los 48.607.765 euros corresponden al precio ofertado por los 4 años y, de acuerdo con el propio condicionado, *sensu contrario*, los simples errores administrativos no conllevan la inadmisión de ofertas.

b) Que no existe incumplimiento de las prescripciones técnicas en la oferta ganadora, por cuanto el Anexo III no contiene prescripciones técnicas sino que es parte del modelo para la presentación de la oferta económica por lo que nunca puede suponer un incumplimiento de las prescripciones técnicas. El Anexo III no es una definición de los servicios que se van a desarrollar ya que la oferta técnica es distinta a la descrita en el Anexo III por cada licitador y se presenta en el sobre 2, siendo la oferta ganadora la que se convertirá en el modelo de gestión.

En cuanto a que "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." modifica y altera el conjunto de las jornadas señala que dicha oferta incluye el precio de las 363 jornadas solicitadas, desglosado en 298 jornadas laborales, 52 domingos, 13 festivos intersemanales.

Respecto a que "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." cambia una adscripción nocturna por una diurna, SCPSA señala que ha comprobado la existencia de un error, al haberse duplicado el punto 3.6 Equipo portacontenedores noche, cuando al igual que en el resto de los servicios del citado Anexo III debiera haber incluido un punto diurno y otro nocturno. Por tanto, lo consignado por ésta parece responder más bien a que detectó el error y cumplimentó esa parte de la oferta y lo corrigió.

c) Respecto a la imposibilidad de homogeneizar las ofertas señala que el Anexo III es un desglose de la proposición económica, por tanto la denominada alteración de la oferta de "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." no constituye una alteración de la oferta técnica por lo que no puede existir ni arbitrariedad, subjetividad o incoherencia alguna porque no nos encontramos ante una valoración técnica.

d) La reclamante se muestra en desacuerdo con la puntuación obtenida por el dimensionamiento del servicio ya que reitera el error de considerar que el dimensionamiento debe ser el señalado en el Anexo III del Pliego, cuando describe el servicio, ni siquiera en el caso de las fracciones a recoger. La oferta presentada por la reclamante supera con creces los medios necesarios para la recogida, resultando menos eficiente y obteniendo menor puntuación. Ninguna de las otras dos ofertas presentadas es semejante al Anexo III, tal como se desprende del Pliego y se aclaró a las licitadoras en la reunión habida el día 29 de mayo de 2014.

e) Respecto a la discrepancia en la valoración del plan de recogida separada de materia orgánica señala que dedicar más jornadas que las necesarias a un servicio de recogida lo encarece en todos los aspectos, económico, emisiones, ruidos, etc. Un menor número de jornadas, si son adecuadas, suponen un servicio más eficiente y, por tanto, obtiene una puntuación más elevada. El artículo 15 del condicionado exige valorar la eficacia del sistema de recogida separada de materia orgánica y ha sido la eficacia la valorada.

f) Respecto a la falta de valoración de la gestión medioambiental considera que la referencia a la aplicación del denominado método BREAM no justifica por si solo que vayan a derivarse medidas específicas para el desarrollo del contrato que deban ser objeto de valoración. El resto de medidas no se han considerado significativas. En definitiva, la oferta de la reclamante en este punto es claramente insuficiente, inconcreta y poco ambiciosa, por lo que ha sido valorada con cero puntos.

g) Respecto a la impugnación de la valoración referida al criterio mejoras, en cuanto que la reclamante lo tacha de "*pernicioso para principio de transparencia*" señala su carácter extemporáneo ya que es una determinación del condicionado, lo que implica su aceptación por el mero hecho de participar en la licitación como Ley del contrato.

Señala que la cláusula 15.4 que regula la cuestión, lo que hace es tasar el valor económico de las mejoras sobre bases concretas y explícitas (valor económico, coste

estimado de ejecución, beneficio esperado, horizonte temporal, etc.). No se trata de una valoración, por tanto, basada en un esquema de precios desconocido por los propios licitadores, sino de precios conocidos por los propios licitadores ya que la Mesa aplica, en todo caso, los precios que han servido de base al cálculo del presupuesto de licitación del contrato y, en cualquier caso, el valor asignado viene señalado por el valor de mercado (contrastado por los proveedores) o "*por la cantidad económica cierta que SCPSA ahorra por la inclusión de la mejora ofertada en la gestión de residuos domésticos, resultando unas valoraciones totalmente ajustadas a la realidad.*"

Respecto de las impugnaciones de valoraciones concretas, señala que no se ha valorado como mejora la recogida separada de materia orgánica por ser objeto del contrato y un servicio obligatorio. No supone una ventaja añadida sobre las obligaciones del condicionado.

Respecto de la valoración de la eficiencia energética, en la que todas las ofertas se han calificado como faltas de precisión, no significa que sean todas iguales ni acreedoras del mismo trato ya que las medidas planteadas por Valoriza y por FCC suponían con seguridad un ahorro en 4 años de más de 320.000 euros mientras que la reclamante únicamente alcanzaban un ahorro de 9.170 euros.

h) Que en la alegación de falta de motivación por basarse en una valoración técnica subjetiva señala que mezcla cuestiones diferentes pues una cosa es la falta de motivación y otra la subjetividad. Por tanto, carece de fundamento la alegación de que no existe motivación y la referida a su supuesta arbitrariedad o subjetividad se remite a alegaciones ya formuladas.

i) Respecto a la falta de información sobre qué criterio de amortización se iba a seguir para valorar la propuesta de inversiones, señala que la pregunta formulada por la reclamante durante el proceso de licitación no plantea cuáles son los criterios de amortización sino quien los va a aplicar, es más, de la forma de redactar la pregunta sugiere que comprendía perfectamente los criterios de amortización. Y que la respuesta aunque escueta es razonablemente completa, adecuada y pertinente.

Por otra parte, la pretendida oscuridad del criterio queda desvirtuada por la redacción del condicionado que aunque sintética ofrece todos los datos necesarios para un lector mínimamente conocedor de esos conceptos: importe de las inversiones según el Anexo VIII, 7 años de amortización, es decir, una simple división entre los 7 años y el valor de adquisición, que es el criterio aplicado en la contabilidad de SCPSA, o amortización lineal, que es el método mas extendido y habitual.

En consecuencia, solicita la desestimación de la reclamación.

QUINTO.- Con fecha 9 de febrero de 2015, previo requerimiento del Tribunal, "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." presenta sus alegaciones que, expuestas en síntesis, son las siguientes:

a) Que si comparamos la reclamación presentada el 15 de octubre de 2014 con la presentada ahora se observa que: a) reduce los motivos de impugnación, b) amplía la alegación referida a la valoración y puntuación de las mejoras con base exclusivamente al informe de valoración, documento del que ya disponía en su momento.

Considera que no pueden interponerse nuevos motivos de recurso que no fueron alegados en la primera reclamación con cita del Acuerdo 8/2014 de este Tribunal

b) Que la supuesta irregularidad de la Mesa en la lectura de la propuesta de "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." resulta infundada puesto que en la primera reclamación se reclamaba que se había excedido el presupuesto de licitación y en esta reclamación ya no lo argumenta, por lo que carece de sentido que insista en una irregularidad que no considera como tal.

c) Respecto al posible incumplimiento de las prescripciones técnicas señala que en lo referido a las jornadas laborales, el Anexo III prevé la valoración de 363 jornadas y que la reclamación señala que en lugar de 363 jornadas se han ofertado 298, 52 y 13

respectivamente, lo que revela lo inconsistente de su alegación puesto que esas cifras suman las 363 jornadas.

Respecto al incumplimiento consistente en modificar la adscripción del equipo portacontenedores de nocturno a diurno, señala que existe un error en el apartado 3.6 del Anexo III. Lo que "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." ha hecho en su propuesta económica es corregir el error material –fácilmente detectable– y ajustarlo a la prestación del servicio, esto es, dos unidades de día y dos unidades de noche. Considera que eso es algo que se deriva directamente de los pliegos, haciéndolo así el Anexo III para los equipos de lavado de contenedores de carga lateral (día y noche) y los equipos de hidrolimpiadora (día y noche). La existencia de error en el Anexo III fue reconocida por la propia SCPSA en sus alegaciones a la reclamación de octubre de 2014, por lo que nada se ha inventado "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." con el cambio de adscripción. El error del Anexo III es obvio y salta a la vista, pues de cumplirse al pie de la letra se hubiese desprovisto de servicio diurno a los ciudadanos, lo que es contrario a la lógica y espíritu del contrato ofertado.

d) La alegación de la falta de racionalidad en el informe técnico no es más que un intento de sortear la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración. Frente a su alegación de que no se pueden homogeneizar las ofertas, debe tenerse en cuenta que el Anexo III es precisamente lo que emplea SCPSA para esa homogeneización ya que las ofertas se redactan según el mismo esquema y que homogeneización no es identidad absoluta por lo que el apartado 1 prevé que cada licitadora ajuste su oferta a las necesidades del servicio ajustando personal y materiales, por los apartados 1 de cada Anexo III serán diferentes.

Respecto a la crítica efectuada al informe sobre que se ha considerado sobredimensionado el servicio cuando ha ofertado los equipos que exige el Anexo III (51 para el servicio fracción resto y 4 para el lavado de contenedores) y al haber ofertado "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." 43 habría incumplido el Pliego, considera esa argumentación como insostenible. En primer lugar, el Anexo III es parte de la oferta económica no de la técnica. En segundo lugar, la vinculación que la

reclamante atribuye al Anexo III es totalmente incompatible con las previsiones del Pliego que dan margen a los licitadores para configurar el servicio con las medidas y mejoras que consideren necesarias.

Respecto al Plan de recogida separada de materia orgánica que la reclamante considera injustificado que con una oferta de 1452 jornadas haya obtenido 3 puntos y que la de "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." con 1058,0 horas/año haya obtenido 6 puntos, entiende que dicha puntuación se encuentra justificada ya que obedece a una mejor optimización del servicio. Recuerda que el artículo 15 del Pliego establece un máximo de 6 puntos para este Plan, con 3 subapartados, con dos puntos cada uno, llamados Planificación del cambio, calidad del estudio, medios necesarios; Eficacia del sistema de recogida y Tipo de contenedores propuestos. Pues en él informa de valoración que el sistema de recogida separada propuesto por "Urbaser, S.A." es totalmente contrario a la filosofía de la recogida separada y consta que se ha valorado negativamente que en el Casco Viejo y Ripagaina no se establezcan contenedores para recogida separada de materia orgánica, lo que dejaría a un 6% de la población sin el servicio, lo que incumpliría el Pliego.

Igualmente señala que se encuentra justificada en el informe el motivo de la baja puntuación de "Urbaser, S.A." en el apartado de gestión medioambiental, ya que carece de medidas que reduzcan el consumo de la flota móvil.

e) En lo que respecta a la valoración de las mejoras considera que se trata de una ampliación de la reclamación presentada en octubre de 2014, por cuanto no se probó que existiese un error en la valoración sino una acusación genérica con una apelación al Tribunal para que determinase si eran económicamente valorables, ampliación de la reclamación que este Tribunal ya ha considerado procesalmente inadecuada en el Acuerdo 8/2014.

Respecto de las infracciones concretas en la valoración de las mejoras que alega la reclamación, en primer lugar, está las referidas a las medidas que fomenten el incremento del reciclaje, que señala que solo se pueden rechazar o dejar de valorar

únicamente en el caso de no estar bien definidas. Sin embargo, lo que “Urbaser, S.A.” ha presentado como mejora es una propuesta que coincide sustancialmente con un servicio de recogida separada de materia que es parte del objeto del contrato y que ya ha sido valorada en el apartado correspondiente lo que supondría una doble puntuación por un mismo servicio.

En lo que respecta a la impugnación de la valoración sobre las medidas de eficacia energética esta se basa en una copia parcial e interesada del contenido del informe omitiendo el párrafo que contradice sus valoraciones. Frente a lo que señala la reclamante “Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.” ha realizado su oferta en la forma establecida en el artículo 15.4 de los Pliegos de tal forma que ha permitido al técnico valorar económicamente las medidas ofertadas. La única insuficiencia informativa lo es única y exclusivamente en relación con una de las múltiples medidas propuestas no de la totalidad de la mejora.

En definitiva entiende que el informe técnico no ha incurrido en la vulneración alegada por la reclamante.

f) Frente a la alegación de la reclamante de que la adjudicación no se encuentra motivada señala que, al contrario, la decisión de adjudicación se encuentra plenamente motivada y avalada por un extenso informe técnico que no es arbitrario y no extralimita la discrecionalidad técnica.

g) Respecto a la nulidad del criterio de adjudicación “propuesta de inversiones” que la reclamante solicita por considerar que conculca el principio de igualdad de los licitadores y por ser un criterio oscuro ya que la entidad adjudicadora habría utilizado informaciones o datos que no habían sido puestos previamente en conocimiento de los licitadores. Sin embargo, se ha informado que las inversiones serán realizadas por SCPSA, que serán valoradas por la propia Mesa de Contratación, que el plazo de amortización serán 7 años y los valores los establecidos en el Anexo VIII. No puede afirmarse, por tanto, la vulneración del principio de transparencia o del principio de igualdad, porque la información estaba plenamente determinada en los pliegos, era

previa y anterior a la adjudicación y ha sido igual para todos los licitadores. Considera que la puntuación otorgada a la reclamante es coherente con la propuesta de inversión desproporcionada. El problema considera no es tanto la discriminación sino el deficiente estudio realizado por la reclamante.

En consecuencia solicita la desestimación de la reclamación.

SEXTO.- Mediante Acuerdo 10/2015, de 18 de febrero de 2015, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil "URBASER, S.A." contra la adjudicación del contrato para la prestación de los servicios de recogida y transporte de los residuos domésticos en el ámbito de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona efectuada por "Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.", declarando la nulidad de pleno derecho del Pliego de Condiciones y de todo el procedimiento de contratación.

Frente al citado Acuerdo "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." interpone recurso contencioso-administrativo, procedimiento ordinario 130/2015, ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Igualmente "Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A." interpone recurso contencioso-administrativo, procedimiento ordinario 144/2015, frente al mismo acto. La mercantil "URBASER, S.A." se personó en los autos tras el correspondiente emplazamiento.

Solicitada la suspensión del acto recurrido tanto por "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." como por "Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.", las solicitudes fueron desestimadas mediante autos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 27 de octubre de 2015 y 6 de junio de 2016, confirmado por auto de 13 de septiembre de 2016, respectivamente.

Mediante auto de 25 de noviembre de 2015, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra acordó la acumulación de ambos procedimientos.

SÉPTIMO.- Mediante Sentencia nº 268/2018, de 10 de julio de 2018, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra falla:

"*Que Estimamos parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Hermida Santos, en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., y por el Procurador de los Tribunales D. José Miguel Leache Resano, en nombre y representación de SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA S.A. (SCPSA), contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra 10/2015, de 18 de febrero de 2015, por el que se estima reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil URBASER S.A. contra la adjudicación del contrato para la prestación de los servicios de recogida y transporte de los residuos domésticos en el ámbito de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona efectuada por "Servicios de la Comarca de Pamplona S.A.; al ser el Acuerdo recurrido contrario al Ordenamiento Jurídico, anulándolo y dejándolo sin efecto; retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la infracción del procedimiento a fin de que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra conceda el trámite de alegaciones sobre la nulidad de pleno derecho respecto a criterio de mejoras a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., y SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA S.A. (SCPSA), continuando la tramitación de la reclamación interpuesta por URBASER S.A. en legal forma.*"

Tras la Sentencia, "Servicios de la Comarca de Pamplona S.A. (SCPSA)" y "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." solicitan a la Sala el complemento de la misma al entender, la primera, que planteó cinco cuestiones cuyo conocimiento y decisión son trascendentales para el fallo y la sentencia no dio respuesta razonada alguna a cuatro de las cinco. En el caso de la segunda, se solicita el complemento aduciendo que la sentencia omite cualquier pronunciamiento sobre el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra acerca de su exclusión del procedimiento por incumplir el modelo del condicionado o pliego.

En contestación a las solicitudes, la Sala dicta el Auto de 31 de octubre de 2018, donde manifiesta:

"*Vistas las alegaciones de las demandantes, debe desestimarse la solicitud de complemento de sentencia, puesto que, como se motiva en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, debe analizarse en primer término, por ser una cuestión procedimental, la posible nulidad del Acuerdo recurrido alegada por las demandantes en cuanto resuelve la nulidad del Pliego de Condiciones y de todo el procedimiento de contratación por la indefinición del concepto de mejoras, apreciada de oficio por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, sin audiencia de las partes. Se trata de una cuestión planteada por ambas demandantes para solicitar la declaración de nulidad del Acuerdo recurrido por indefensión que, por afectar al procedimiento seguido ante el Tribunal Administrativo de Contratos, constituye un prius respecto de las demás cuestiones debatidas y, al estimar la Sala que se ha causado indefensión por el Tribunal Administrativo de Contratos a las demandantes, lo procedente es la retroacción de actuaciones para que Tribunal Administrativo subsane la omisión por la que las dos demandantes alegan indefensión y posteriormente continúe la tramitación de la reclamación interpuesta por URBASER S.A. en legal forma. Por ello, no procede analizar el resto de las cuestiones planteadas en la demanda, que afectan al fondo de la reclamación, toda vez que el Tribunal Administrativo de Contratos deberá dictar nueva resolución sobre la legalidad o no del procedimiento de contratación.*"

Por ello, acuerda que no ha lugar a la solicitud de complemento de la sentencia dictada.

OCTAVO.- Mediante Acuerdo 17/2019, 26 de febrero el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra ejecuta la Sentencia citada, poniendo en conocimiento de los interesados la existencia en la licitación del contrato para la prestación de los servicios de recogida y transporte de los residuos domésticos en el ámbito de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, promovida por "Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A. (SCPSA)", de causa de nulidad de pleno derecho en el

criterio de mejoras contenido en el condicionado, advertida por el Tribunal y no alegada por la parte reclamante, exponiendo los motivos para entender la existencia de tal nulidad y otorgando el improrrogable plazo de 3 días naturales para que las partes puedan realizar las alegaciones al respecto que tengan por conveniente.

NOVENO.- El 1 de marzo de 2019 SCPSA presenta sus alegaciones, en las que afirma que en el Pliego no hay indefinición alguna de las mejoras, sino una clara delimitación de su contenido, aportando extensas consideraciones al respecto. Además de ello manifiesta lo siguiente:

”*… la Sentencia exige la retroacción del procedimiento al momento de evaluación de la nulidad del pliego, por el régimen de mejoras, para, a partir de ese momento, y si no se determina directamente la nulidad del Pliego, estudiar el resto de las cuestiones planteadas y dictar un nuevo acuerdo sobre la legalidad o no de todo el procedimiento de contratación.*
*Por ello, debiendo ese Tribunal Administrativo dictar un nuevo acuerdo sobre todas las cuestiones planteadas en la demanda, se acompañan las siguientes alegaciones sobre todas y cada una de aquellas.*
*A mayor abundamiento, y en cuanto a las alegaciones añadidas a las del incidente de nulidad se hace expresa mención a la habilitación conferida por el artículo 82 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, que faculta para interponerlas con carácter previo a la propuesta de resolución, cual es este caso.*”

Por ello, aporta nuevas alegaciones que responden a los fundamentos de la reclamación en el mismo orden planteado en ésta. En especial, sobre la oferta económica presentada por “Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.” manifiesta que no alteró sustancialmente el modelo, por lo que no debió ser excluida, y en apoyo de su afirmación adjunta dos informes periciales que, según dice, acreditan indubitablemente que tales afirmaciones de “URBASER, S.A.” no se corresponden con la realidad de los hechos. Uno de los informes es el emitido por el Interventor de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, entidad a la que le corresponde el control de la actividad de SCPSA y el otro informe es obra de un perito judicial independiente,

designado mediante insaculación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Según indica, ambos informes fueron ratificados en sede judicial.

DÉCIMO.- El mismo día 1 de marzo de 2019 “Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.” presenta también sus alegaciones en el marco del incidente de nulidad.

En primer lugar manifiesta que entiende que al haberse anulado el acuerdo originario, este Tribunal puede y debe pronunciarse de nuevo sobre otras cuestiones suscitadas en la reclamación en su día y que analizó también originariamente (su exclusión y confusión de anexo II), además de la nulidad del criterio de mejoras, y que al haber existido prueba en vía judicial sobre dichos extremos, formula alegaciones también sobre dichas cuestiones.

Así comienza por señalar y justificar la improcedencia de su exclusión de la licitación por incumplir el modelo de condicionado o pliego, pareciéndole relevante y determinante la prueba practicada (dos periciales) en sede judicial, que entiende ha demostrado, sin género de dudas, que no existió innovación alguna en el modelo de oferta económica y mucho menos motivadora de su exclusión. Igualmente muestra su oposición a la declaración de nulidad del criterio “mejoras”.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como se ha expuesto en el apartado correspondiente a los antecedentes de hecho, el presente Acuerdo trae causa de la Sentencia 268/2018, de 10 de julio, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en cuya virtud se estiman sendos recursos interpuestos frente al Acuerdo de este Tribunal 10/2015, de 18 de febrero, anulándolo y dejándolo sin efecto, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno en orden a sustanciar trámite de audiencia a las partes en relación con una causa de nulidad apreciada de oficio por este Tribunal que motivó la estimación de la reclamación

interpuesta por apreciarse la nulidad del pliego de cláusulas administrativas regulador del contrato y, por ende, la del procedimiento de contratación.

Así, resultando que en el trámite de ejecución de sentencia de lo que se trata es de que lo acordado en el fallo de la resolución judicial dictada se lleve a término en la forma indicada en la misma, respetando íntegramente sus mandatos sin que en trámite de ejecución puedan efectuarse pronunciamientos que contradigan los contenidos en éstas, por Acuerdo de este Tribunal 17/2019, de 26 de febrero, se puso de manifiesto a las partes la causa de nulidad de pleno derecho apreciada de oficio; procediendo, en este momento del procedimiento, la resolución en legal forma de la reclamación cuya estimación es revocada por virtud de la resolución judicial de referencia.

Siendo esto así, y partiendo de la concurrencia de los requisitos procedimentales relativos al objeto y plazo en que se ejercita la acción, debemos advertir que de ello derivan sendas consecuencias de carácter sustantivo y procedimental con especial relevancia para la resolución de la reclamación que nos ocupa. Por un lado, el marco legal aplicable a la resolución de las cuestiones de fondo planteadas es el correspondiente al momento de aprobación del expediente de contratación al que la misma se contrae, es decir, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

Desde la perspectiva del procedimiento de reclamación especial en materia de contratación pública, y a la vista del contenido de los escritos de alegaciones presentados durante el trámite sustanciado en virtud del Acuerdo 17/2019, de 26 de febrero, debemos recordar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 268/2018, de 10 de julio, determina o concreta en su fallo los efectos de la anulación del Acuerdo de este Tribunal que constituyó el objeto del recurso contencioso – administrativo. Estos efectos, como se ha indicado, no son otros que la retroacción de actuaciones en el propio procedimiento de reclamación y ello, según concreta la citada resolución judicial, exclusivamente a los efectos de que este Tribunal concediera el trámite de alegaciones sobre la nulidad de pleno derecho respecto a criterio de mejoras continuando la tramitación de la reclamación interpuesta, como así se ha llevado a efecto; concreción que, tal y como se ha expuesto, resulta determinante en la fase de la

obligada ejecución de lo dispuesto en la Sentencia identificada y debe ser respetada, puesto que, como reza el artículo 103.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa "*Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen*".

Así las cosas, lo cierto es que tanto SCPSA como "FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A." en los escritos de alegaciones formulados aducen cuestiones ajenas a la nulidad del criterio de adjudicación correspondiente a las mejoras, que se corresponden con los motivos de oposición inicialmente alegados y que, por tal motivo, no pueden ser tenidos en cuenta por este Tribunal al resolver la presente reclamación; debiéndonos ceñir, en este sentido, a lo expuesto en el escrito de interposición de la misma y en las alegaciones inicialmente presentadas, así como a lo argumentado sobre tal criterio de adjudicación en el trámite sustanciado en ejecución de la Sentencia de referencia, y ello por elementales exigencias del derecho de defensa de las partes que, en caso contrario, la reclamante podría ver lesionado al no haber dispuesto de un trámite adicional donde defender y argumentar sobre los motivos de impugnación indicados en el escrito de interposición de la reclamación.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, la cuestión más trascendente que se plantea en esta reclamación es la existencia o no de causa de nulidad de pleno derecho en el Pliego de cláusulas administrativas regulador del contrato de referencia, advertida a las partes interesadas por este Tribunal mediante el Acuerdo 17/2019, de 26 de febrero, derivada de la posible nulidad del criterio de adjudicación "mejoras".

Por ello, entraremos en primer lugar en el análisis de esta cuestión en la medida en que el resultado del mismo incide en el objeto de la reclamación presentada, habida cuenta que una eventual declaración de nulidad del citado criterio de adjudicación determinará la del Pliego y, por ende, del procedimiento de adjudicación; y, por ello, la innecesaridad de analizar el resto de los motivos de impugnación, salvedad hecha de la conveniencia de efectuar tal análisis en aplicación del principio de congruencia al que, en su actividad, está sujeto este Tribunal.

Centrados así los términos de la controversia suscitada, su resolución impone, en primer término, el examen de la regulación que sobre el criterio de adjudicación correspondiente a las mejoras contiene el Pliego regulador del procedimiento de contratación que nos ocupa, cuyo apartado 15.4 dispone que *"Las ofertas incluirán mejoras relacionadas con el objeto del contrato que supongan ventajas cuantitativas o cualitativas respecto a las obligaciones que se recogen en los pliegos, serán valorados los siguientes aspectos:*

*• Eficacia energética……..……hasta 4 puntos*

*• Medios que fomenten el Incremento de reciclaje…..……hasta 4 puntos*

*• Medios en campañas de sensibilización…….....…...hasta 2 puntos*

*La Mesa de Contratación realizará una valoración en términos económicos de cada una de las mejoras, en base al coste estimado de su ejecución y/o del beneficio esperado, tomando como horizonte temporal, para el caso de actuaciones periódicas y repetitivas, los cuatro años de vigencia prevista del contrato. A partir de esta valoración en términos económicos se procederá a la asignación de la puntuación a efectos de selección del adjudicatario de acuerdo con la siguiente fórmula:*

*Pmi= Veconi/320.000*

*Pmi : Puntuación a otorgar a la mejora "i"*

*Veconi : Valoración en términos económicos dada a la mejora "i" por la Mesa de Contratación Con el máximo señalado al comienzo de este apartado, de forma que la suma de la valoración de todas las mejoras presentadas por cada licitador no podrán superar, en su conjunto, lo máximos asignados para cada uno de los aspectos ni, consiguientemente, el máximo de 10 puntos atribuido a este capítulo de mejoras.*

*Para poder llevar a cabo este proceso de valoración es imprescindible que las ofertas incluyan una descripción de las mejoras con un nivel de detalle, en cuanto a medios y objetivos, suficiente como para facilitar una valoración en términos económicos razonablemente objetiva, pudiendo la Mesa rechazar aquellas propuestas que considere insuficientemente precisas a estos efectos. No obstante, en ningún caso las ofertas incluirán en este apartado precios o valoraciones económicas de medios, equipos, etc… que pudieran resultar asimilables a los que son objeto de valoración en*

*la oferta económica, limitándose a una adecuada descripción y cuantificación de las unidades necesarias; sobre estas unidades la Mesa de Contratación aplicará en todos los casos los precios que han servido de base al cálculo de presupuesto de licitación del contrato".*

Sin perjuicio de lo alegado en el escrito de interposición de la reclamación, en nuestro Acuerdo 17/2019, de 26 de febrero, indicamos que el problema de la legalidad del criterio de adjudicación de mejoras radica en su propia indefinición, que determina la imposibilidad de que los licitadores, razonablemente informados, conozcan qué mejoras son admisibles y cuál será su valoración, circunstancia susceptible de vulnerar lo dispuesto en el artículo 51.1.b) LFCP que, para los supuestos en que las mejoras se contemplen como criterio de valoración, exige no sólo que éstas guarden relación directa con el objeto del contrato sino también que puedan ser identificadas de manera suficiente, a cuyos efectos impone la indicación en el Pliego de sus requisitos, límites, modalidades y características.

Así, este Tribunal ha puesto de manifiesto a las partes que existen dos claros problemas con dicha regulación. El primero, el desconocimiento de qué mejoras pueden ser admitidas por el carácter abstracto de la formulación de la definición de las mejoras admisibles, cuya oferta queda al libre arbitrio del licitador y cuya admisión a la libertad del poder adjudicador y, el segundo, con qué criterios se realizará la valoración de las mismas.

En este sentido, hemos advertido que respecto de qué mejoras resultan admisibles el grado de indefinición es relevante, habida cuenta que se ha pretendido definir el ámbito de las mejoras, detallando en qué aspectos, genéricos, pueden admitirse, pero con tanta amplitud que deja un grado de abstracción excesivo para que sea posible conocer de antemano qué mejoras podrán admitirse; y ello toda vez que bajo el epígrafe eficacia energética, incremento de reciclaje o campañas de sensibilización pueden tener cabida multitud de acciones cuya indeterminación ocasiona la nulidad del criterio.

La entidad contratante, en el escrito de alegaciones presentado en el seno del incidente de nulidad sustanciado al efecto, opone que la regulación de las mejoras contenida en el artículo 15.4 del Pliego cumple sobradamente con los requisitos establecidos en el artículo 51.1.b) LFCP, puesto que en todas ellas están suficientemente delimitados sus requisitos, límites, modalidades y características.

Así, respecto a todas ellas señala que las modalidades de mejora admisibles se circunscriben, de conformidad con lo dispuesto en el citado apartado 15.4, a aquellas que supongan ventajas cuantitativas o cualitativas respecto a las obligaciones que se contienen en los pliegos.

Partiendo de lo anterior, respecto del criterio de mejoras de eficiencia energética sostiene que no existe indefinición alguna por cuanto resulta obligado conjugar el Pliego administrativo con la cláusula 9.8 del Pliego técnico que define la estrategia energética de SCPSA vinculada a la reducción de emisiones en el marco de la lucha contra el cambio climático y la sustitución de combustible diésel; justificando así que las mejoras a plantear deben ir referidas, exclusivamente, a la consecución de tales objetivos.

Del mismo modo, en relación con la mejora relativa a los medios que fomenten en el incremento del reciclaje, justifica su definición en la circunstancia de que tales medios son los que, como adscritos al contrato, se enumeran en la cláusula 9 del Pliego técnico.

Finalmente, sobre los medios en campañas de sensibilización apunta la estricta definición del requisito, puesto que únicamente pueden ofertarse campañas de sensibilización, y justifica su suficiente definición en que, conforme a la cláusula 4 las citadas campañas deberán estar orientadas a las finalidades del contrato que propugnan una recogida separada creciente acorde con el plan de residuos.

Manifiesta, asimismo, la imposibilidad de otorgar mayor concreción a las citadas mejoras, cuya suficiente definición queda acreditada por el hecho de que las

proposiciones presentadas se han ajustado a las consideraciones expuestas en relación con la delimitación de cada una de las mejoras previstas en el Pliego.

Por su parte, "FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.", sobre este particular, opone la imposibilidad de revisar el Pliego con ocasión de los actos de aplicación, anulando todo el procedimiento de contratación, cuando éste no ha sido objeto de impugnación en su día. Limitándose, en cuanto al fondo de la cuestión planteada, a negar la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho, apuntando la legalidad del criterio de adjudicación de las mejoras por cuanto la regulación contenida en el Pliego las identifica y define de manera suficiente, por referencia a ventajas cuantitativas o cualitativas de las obligaciones establecidas en los pliegos en relación a los aspectos indicados; tal y como acredita el hecho de que ninguno de los licitadores solicitó aclaración sobre tales extremos.

TERCERO.- Por razones de orden sistemático, comenzaremos analizando las alegaciones que versan sobre objeciones de carácter procedimental – las relativas a la improcedencia de revisar la legalidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras con ocasión de un acto de aplicación -, para, a continuación, resolver las cuestiones materiales planteadas a la vista de las alegaciones formuladas en atención a las consideraciones que este Tribunal ha puesto de manifiesto a las partes sobre este concreto extremo.

Para ello, debemos traer a colación la doctrina relativa a la consideración de los pliegos como ley del contrato; cuestión pacífica en nuestra Jurisprudencia, y que este Tribunal ha puesto de relieve, entre otros, en el Acuerdo 43/2013, de 22 de noviembre, cuyo fundamento 7 de derecho segundo dice: "*Como ya hemos dicho en acuerdos anteriores (véase el Acuerdo 33/2013, de 10 de octubre, expediente 33/2013), es bien conocido que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que a lo previsto en él ha de estarse para la adjudicación, la ejecución y los efectos del mismo. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999 "Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (Sentencias de 10 de marzo de 1982, 23 de enero de 1985, 18 de noviembre de 1987, 6 de febrero*

*de 1988 y 20 de julio de 1988, entre otras) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo."*

De esta consideración de los pliegos como ley del contrato deriva su carácter vinculante – tanto para la entidad contratante como para los licitadores – la imposibilidad de apartarse del mismo y de, una vez aprobados por el órgano de contratación, proceder a su modificación si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello y que serían, en principio, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 56/2016, de 11 de noviembre: a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 106 del mismo texto legal; c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables previsto en el artículo 107 del citado cuerpo normativo. Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el órgano de contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto.

Así pues, el pliego si, como en el caso que nos ocupa, no es impugnado en el momento procedimental normativamente establecido para ello, queda consentido y firme y en consecuencia vincula a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tal Pliego; lo que significa, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 64/2016, de 28 de diciembre, que de no haber sido impugnado en tiempo y forma y declaradas nulas algunas de sus cláusulas deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto en todo momento las que sean nulas de pleno derecho.

Tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 43/2018, de 21 de junio, la ausencia de impugnación del Pliego no subsana los vicios en los que se haya podido incurrir, restringiendo sus efectos a que éste haya devenido consentido y firme para los licitadores que hayan participado en el procedimiento sin haberlo recurrido, no pudiendo, conforme a los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades como el denominado "pacta sunt servanda", con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios, cuestionarlo con ocasión de la impugnación de un acto de aplicación como es el de adjudicación del contrato, salvedad hecha de la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho.

Pues bien, resulta que en el caso concreto que nos ocupa se aprecia, precisamente, la posible concurrencia de la salvedad indicada que posibilita la anulación del criterio de adjudicación controvertido a pesar de no haberse impugnado el Pliego en el momento procedimental oportuno, a saber, la posible concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho; tal y como expusimos en nuestro Acuerdo 6/2013, de 16 de mayo, donde razonamos que *"(…) es indudable que, como tal y como ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones (entre otras la 5/2012, de 5 de enero y la 69/2012, de 21 de marzo) "la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de igualdad que debe ser conocida por este Tribunal sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras, afirmación esta última que no puede entenderse como una contradicción de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con la impugnación de los pliegos pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho. Y no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio. En efecto dicho precepto declara nulos de pleno*

*derecho los actos administrativos "que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional", entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley.*

*Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta.*

*Todo ello nos lleva a considerar que el criterio de "mejoras" ha incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación exigidos por la normativa comunitaria y recogidos en el artículo 21 de la LFCP".*

En atención a lo razonado no cabe acoger el motivo de oposición en tal sentido alegado; conclusión, por otro lado, confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 268/2018, de 10 de julio, en la medida en que ordena la retroacción del procedimiento para la sustanciación del trámite previsto en el artículo 213.2 in fine LFCP que expresamente señala que *"Si el tribunal advirtiera la existencia de nulidad de pleno derecho se pronunciará sobre la misma aun sin alegación por las partes previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días naturales a los interesados"*; precepto que restringe la tramitación del incidente ordenado por la resolución judicial citada a aquellos supuestos en que se advierta una posible causa de nulidad de pleno de derecho; como, reiteramos, así ha sucedido.

CUARTO.- Entrando en las cuestiones de fondo planteadas sobre la nulidad del controvertido criterio de adjudicación, debemos partir de la regulación contenida en el artículo 51.1.b) LFCP, cuyo segundo párrafo inciso final dice"… *En caso de valorarse la posibilidad de presentar mejoras, deberán expresarse sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato".*

Por su parte, el artículo 56 de la LFCP, que es la norma de transposición del artículo 24 de la Directiva 2004/18/CE, regula los requisitos de transparencia en los casos en que los licitadores deben integrar el contenido del contrato con su oferta y señalando que *"Los licitadores únicamente podrán presentar variantes o alternativas cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo haya previsto expresamente, haya regulado las condiciones para su admisión y especificado los elementos susceptibles de variación o alternativa."*

Tal y como expone el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 679/2017, de 27 de julio, las "*mejoras son por tanto, prestaciones adicionales a las propias del contrato licitado según los pliegos, que se pueden incluir en la única oferta a realizar para ser apreciadas como criterio de adjudicación de tipo residual, normalmente, y que tienen mero carácter accesorio o complementario de las prestaciones que integran el objeto del contrato licitado. (...) Basta que figuren como criterio de adjudicación con la ponderación que se les atribuye como cualquier otro criterio de adjudicación. Y por ello, como meras mejoras, en el caso de que no consten como criterio de adjudicación en los pliegos, si se presentan, simplemente no serán evaluadas las mejoras ofertadas, pero las proposiciones no serán rechazadas, ya que no son variante, es decir, ofertas adicionales a la básica, que alteran, cambian o modifican el objeto de las prestaciones del contrato, tal, y como es licitado"*.

En este sentido, nuestro Tribunal en varios Acuerdos (entre otros muchos, 5/2013, de 16 de mayo, 6 /2013, de 16 de mayo, 34/2013, de 16 de octubre) ya puso de manifiesto al respecto de los criterios de adjudicación que la discrecionalidad no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, y, en este sentido, en aquellos supuestos en que, como el que nos ocupa, las mejoras se configuren como criterio de valoración, resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse las mismas por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas. Estas exigencias derivan de la necesidad de que los licitadores concurran en condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones propias del contrato a ejecutar; lo que exige que el Pliego identifique la prestación en todos sus

elementos, indicando si se admite la presentación de variantes o mejoras y, en caso de ser así, sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admisibles.

Así pues, las mejoras deben de guardar relación directa con el objeto del contrato y deberán estar suficientemente definidas en los pliegos y perfectamente determinado el modo de cuantificarlas a efectos de que los licitadores puedan conocer en el momento de elaborar sus ofertas cómo van a ser baremadas, pues de lo contrario la discrecionalidad sería exorbitante.

Y no sólo eso, sino que de la exégesis del artículo 51.1.b) LFCP se deduce con absoluta claridad que la finalidad que persigue la norma al exigir que los pliegos concreten tales extremos en relación con las mejoras no es otra que garantizar que los licitadores puedan identificar de manera suficiente y conocer qué concretas prestaciones son, a juicio del órgano de contratación, susceptibles de mejora, posibilitando así la presentación de una oferta susceptible de ser objeto de valoración; lo que no hace sino repercutir, además, en la selección de la oferta más ventajosa que es la finalidad en sí misma de todo procedimiento de contratación.

En este sentido, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1042/2018, de 16 de noviembre, nos recuerda que como exigencia derivada del principio de igualdad, los licitadores deben estar suficientemente orientados a la hora de realizar sus ofertas, lo que hace que los pliegos deban redactarse en términos que vinculen a los órganos de contratación en cuanto a los criterios de adjudicación y a la ponderación que debe corresponder a cada uno de ellos, de forma que resulte suficientemente orientativa para los posibles licitadores a la hora de formular sus ofertas.

Sobre la admisibilidad, límites y requisitos de las mejoras - distintas de las variantes - como criterio de adjudicación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 20/2012, de 14 de junio, señala que su posible introducción debe permitir, sin alterar el objeto del contrato, favorecer la

adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, garantizando en todo caso, la igualdad de trato.

Añade el citado Acuerdo que su configuración como criterio de adjudicación *"exige, por tanto, una adecuada motivación y previa delimitación de las mejoras a tener en cuenta y su eventual ponderación, que deberá garantizar que no se altere la ponderación de los otros criterios de adjudicación. La previa concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.*

*Para aclarar el alcance de este criterio resulta de interés la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, que se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación —posibilidad expresamente recogida en los pliegos aportados en la documentación— siempre que se 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.*

*En sentido similar conviene reseñar el Informe 1/2011, de 12 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se recuerda que los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas y otras, cuales son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre el que son admitidas. En todo caso, es imprescindible expresar en los informes técnicos de valoración las razones por las que determinadas*

*variantes o mejoras se aceptan y valoran, o no, pues lo contrario no puede ser admitido por resultar imposible de revisar, pudiendo incurrir igualmente en causa de anulación por falta de la debida y explicitada ponderación de los criterios de adjudicación del procedimiento indicados en el pliego, exigida por el artículo 150 TRLCSP.*

*Como ya se dijera en nuestro Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero de 2012, por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado, en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. La valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación.*

*Y como bien ha indicado la Resolución número 43, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 28 de julio de 2011, dictada en el recurso número 40 de 2011, los requisitos para que se puedan admitir las mejoras son:*

*a) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación*

*b) que guarden relación con el objeto del contrato*

*c) que deberán mencionarlos en el pliego y en los anuncios*

*d) que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación.*

*Estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurran 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 cual es la económicamente más ventajosa".*

En el mismo sentido, en el citado Acuerdo 6 /2013, de 16 de mayo, pusimos de manifiesto sobre una cláusula de mejoras ("Mejoras u otros servicios, que puedan interesar a la Universidad, referentes al mantenimiento objeto del contrato: 15 puntos. Se valorarán especialmente las referidas a la mejora de la centralización y automatización del riego automático") que: *"la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, y, en este sentido, resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas. La previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues, como ha recordado la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores"*. Concluyendo que la infracción de tal determinación y concreción previa supone la concurrencia en la correspondiente cláusula de un vicio de nulidad de pleno derecho por vulneración del principio de igualdad; infracción que, como se ha señalado anteriormente debe ser conocida por este Tribunal aún en aquellos supuestos en que la impugnación del pliego no ha tenido lugar.

En este sentido se pronuncia el Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón al señalar que *la " valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación. Pese a reiterar la imposibilidad de impugnar el PCAP, aclara que éste se limita a atribuir una puntuación en función de cada tipo de mejora sin establecer de forma clara, ni las características de cada mejora que hayan de tenerse en cuenta, ni unas normas de valoración para la aplicación de la puntuación de cada mejora, pero a*

*la vista de que la valoración del informe técnico de la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales de la Universidad de Zaragoza, en cuanto a las mejoras se refiere, carece de la motivación exigible determina la anulación de la adjudicación".*

Sentado lo anterior, de lo que se trata es de determinar si las mejoras previstas en el Pliego lo son con los requisitos mínimos exigibles por la LFCP, es decir, con suficiente concreción y determinación, delimitando de manera suficiente sus requisitos, límites, modalidades y características; y ello partiendo de la necesidad de que las mejoras previstas como criterios de adjudicación estén fijadas en los pliegos con absoluta precisión, a riesgo de incurrir en una infracción del principio de transparencia que puede determinar la nulidad del propio pliego regulador.

Al igual que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 509/2018, de 25 de mayo, comenzaremos el análisis reflejando lo que, conforme al Diccionario de la RAE, significan las expresiones utilizadas por la LFCP, en las acepciones procedentes: - Requisito: circunstancia o condición necesaria para algo, - Límite: poner límites a algo; acotar, ceñir; fijar la extensión, - Modalidad: modo de ser o de manifestarse algo, y - Característica: dicho de una cualidad: que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes.

Parece claro que la cláusula en cuestión cumple con el requisito de fijar las modalidades, al establecer tres categorías de mejoras – las dos primeras más significativas (eficiencia energética y fomento del incremento del reciclaje) valoradas con 4 puntos cada una, y la tercera, valorada con dos puntos, relativa a las campañas de sensibilización.

En cuanto a la mención del Pliego de que las mejoras en cuestión supongan ventajas cuantitativas o cualitativas a las obligaciones que se recogen en los pliegos, si bien se configura como requisito que debe tener la mejora para ser valorada, lo cierto es que su formulación resulta excesivamente genérica, puesto que se antoja imprescindible un mínimo de concreción de a qué obligaciones se refiere; de donde cabe concluir que tampoco se definen adecuadamente las características de las mejoras a proponer para

resultar admisibles. Asimismo, se echa de menos la debida fijación de los límites de las mejoras, sea en forma positiva sea en forma negativa. En la descripción de este criterio de valoración no encontramos más elementos especificativos, por lo que, teniendo en cuenta que la ley exige una especificación o concreción suficiente que permita identificarlas, debemos entender que este criterio se halla insuficientemente regulado en los pliegos en aspectos tales como los requisitos, características y límites. Al no indicarse en los aspectos referidos cuáles son las concretas mejoras admisibles no podemos afirmar que sean legalmente admisibles por su insuficiente especificación en lo relativo a sus características y a sus límites cuantitativos.

Del mismo modo, y sin perjuicio del esfuerzo realizado por la entidad contratante en justificar la definición de las mejoras previstas en el Pliego, debemos rechazar las argumentaciones en tal sentido realizadas toda vez que el cumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 51.1.b) LFCP en relación con la definición de las mejoras debe verificarse en la formulación del propio criterio de adjudicación; y ello por cuanto el precepto citado exige que todos los criterios de adjudicación – también las mejoras así contempladas – se definan de forma precisa. Exigencia que, además, tal y como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 28 de noviembre de 2008, obedece a que también para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego.

Así las cosas, es en la propia descripción del criterio de mejoras – apartado 15.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas – donde se deben cumplimentar tales aspectos, y no en otras clausulas o apartados del Pliego a los que, por otro lado, ni siquiera se remite la regulación del criterio de adjudicación. Esta exigencia no se satisface en nuestro caso, tal y como pone de relieve no sólo el propio tenor literal de la cláusula 15.4 anteriormente transcrita sino las propias alegaciones formuladas por la entidad contratante, que no hace sino justificar la suficiente definición de las mejoras por referencia a otras cláusulas del Pliego Técnico regulador del contrato.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2010 Comisión contra Reino de España, entre otras, afirma sobre la redacción de las mejoras que *"deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta";* indicando que en el anuncio de licitación debe figurar tanto el objeto principal como los objetos adicionales del contrato, la descripción y el lugar de las obras de la concesión, y la cantidad o extensión global de éstas. Esta obligación de publicidad, debido a que conlleva la posibilidad de comparar las ofertas, garantiza la existencia de un nivel adecuado de concurrencia. Concluye el Tribunal que el contrato que se adjudicó comprendía actuaciones (mejoras) a pesar de que no estaban comprendidas en el objeto de la concesión de que se trata, estimando el recurso por la necesidad de una publicidad apropiada de las mismas como expresión de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Por otro lado, no puede sostenerse la suficiencia de tal definición por referencia a las obligaciones y objetivos indicados en el Pliego Técnico sin especificación alguna sobre a qué obligaciones se refiere, máxime cuando al propio tiempo el articulo 15.4 indica claramente que caben mejoras cualitativas respecto de tales obligaciones, previsión que únicamente cabe interpretar en el sentido de admitirse propuestas sobre obligaciones distintas a las concretas indicadas en el Pliego técnico y que no hace sino evidenciar que su formulación se ha realizado de forma genérica, siendo lo cierto que admitir una formulación como la que nos ocupa por referencia a los genéricos objetivos a satisfacer a través del contrato vaciaría de contenido el requisito de concreción y justificación casuística de las mejoras que son susceptibles de valoración que permiten a los licitadores su identificación y, por ende, su propuesta.

Es más, no es posible entender que este criterio esté suficiente determinado para los licitadores que tengan que preparar su oferta cuando la propia formulación del

criterio de valoración no contiene especificación alguna sobre las medidas de eficacia energética que interesan a la entidad contratante, los métodos de reciclaje o los concretos aspectos sobre los que considera necesario sensibilizar a la ciudadanía.

Lo cierto es que tampoco las cláusulas del Pliego Técnico alegadas de contrario como justificación de las mejoras previstas desarrollan de forma adecuada los mínimos exigidos a los licitadores en los aspectos indicados como susceptibles de mejora. Así, el propio Pliego Técnico en relación con la sustitución de combustible indica que en el caso de que la entidad contratante adopte tal decisión compensará al contratista; previsión que en modo alguno se compadece con la regulación tal extremo como uno de los aspectos susceptibles de mejora. Asimismo, por lo que respecta a los medios a proponer para el fomento del incremento del reciclaje, nada se indica que pueda inducir a entender que tales medios se deben circunscribir a los medios que el Pliego señala como adscritos al contrato; al igual que sucede con las campañas de sensibilización, toda vez que nada se prevé como para sostener que dicha sensibilización se restrinja al modelo de recogida separada.

En consecuencia, la definición de las mejoras contenida en la cláusula 15.4 del Pliego regulador del contrato no se ajusta a lo determinado en el artículo 51.1.b) LFCP, no expresando adecuadamente los requisitos, límites, modalidades y características exigibles, y puede comportar discriminación entre los licitadores; motivo por el cual, apreciándose una vulneración del principio de transparencia, la misma se considera afectada de vicio de nulidad de pleno derecho, estimándose, con ello, el motivo de impugnación en tal sentido apreciado por este Tribunal. Dicha conclusión en modo alguno resulta enervada por el hecho de que las licitadoras que concurrieron al procedimiento presentaron mejoras relacionadas con las concretos aspectos ahora alegados por la entidad contratante, y ello porque se desconoce cuántas habrían sido las ofertas y con qué contenido si, desde un primer momento, el criterio anulado hubiera sido formulado de manera ajustada a Derecho.

Cumple indicar que la anulación de un criterio de adjudicación conlleva la de la propia licitación, tal y como pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia de 4 de

diciembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-448/01, EVN and Wienstrom contra República de Austria): *"91. Ahora bien, de las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente se deduce que la cuarta cuestión se refiere a la hipótesis de que la declaración de la ilegalidad de una decisión relativa a un criterio de adjudicación traiga como consecuencia su anulación. Debe pues entenderse en el sentido de que pregunta si la normativa comunitaria en materia de contratación pública obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación, y por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.*

*92. Para responder a la cuestión así reformulada, procede señalar que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia, los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43).*

*93. Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. (…)*

*95. Por lo tanto, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665, se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso".*

QUINTO.- Sin perjuicio de que la nulidad del criterio de adjudicación, y con ello del procedimiento de contratación, queda ya acreditada por la indefinición del concepto de mejoras, lo cierto es que la aplicación de la forma de valoración no ha sido acertada.

A este respecto, el reclamante cuestiona que sea la Mesa quien admita o no las ofertas para luego otorgar las valoraciones económicas a cada mejora (prohibiendo el condicionado la introducción de toda valoración económica por los licitadores de las mejoras) y en función de ellas otorgar una puntuación y afirma que este sistema no respeta los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Por más que se establece la valoración según una fórmula, el problema es que la valoración en términos económicos dada a la mejora "i" la realiza la Mesa de Contratación en función del coste estimado y/o beneficio esperado. No figuran en el informe de valoración ni en los anexos a éste, pudiendo afirmarse que además de la indefinición de la fórmula, la aplicación no posee la motivación debida.

En el acta de valoración técnica se comprende un cuadro en que se asignan las puntuaciones a las mejoras propuestas por los tres licitadores.

En la tabla que figura en la página 30 del informe de valoración sí se realiza una valoración de diversas mejoras, desconociéndose cómo se llega a las cifras que allí se mencionan de 6.000 €/Ud, 3.600 €/Ud, 55 €/Ud, 1.500 €/Ud, 18.500 €/Ud, 300.000 €/Ud y la consecuente puntuación de 4, 0,55, y 0,25 puntos que se otorgan respectivamente a FCC, URBASER y VALORIZA, no constando en el informe del Departamento de Innovación y Departamento de Explotación CIA e Ingeniería, de 29 de agosto de 2014, cómo se obtienen dichos valores.

La vaguedad y el carácter inadecuado de la fórmula de valoración de las mejoras queda patente, pues lejos de realizar un estudio económico se introducen en el informe afirmaciones como "*lo que vendría a suponer un ahorro superior a 250.000 € euros/año y de más de 1.000.000 de euros en el periodo de 4 años. No obstante el licitador no cumple con el requisito del Pliego de detallar de forma objetiva y suficiente esta propuesta…*" a pesar de que termina por aseverar que "*realizando un cálculo conjunto y estimativo del conjunto de medidas ofertadas (incluido el craking) excede en coste/beneficio económico superior a 320.000 euros para los 4 años de vigencia de este contrato por lo que en aplicación de la fórmula, le corresponde la puntuación máxima*"

para FCC; mientras que para URBASER se cuestiona que de la documentación y propuesta "*no es posible realizar ninguna cuantificación económica de las medidas a adoptar*", o de VALORIZA se afirma que "*las mejoras que propone no están valoradas económicamente*" (cuestión que estaba prohibida expresamente por el condicionado) y se valoraran sus mejoras en 320.000 euros pese a afirmar que "*no cumple con el requisito del pliego de detallar de forma objetiva y suficiente su propuesta para que sea factible su valoración*".

Pero es que, además, insistimos en que mientras que la falta de detalle objetivo y suficiente motiva la escasa valoración de URBASER ello no ocurre con FCC o VALORIZA a quienes se le calculan sus mejoras en más de 1.000.000 euros o 320.000 euros; y ello a pesar de que el informe indica, respecto de estas últimas, que no cumplen con el requisito del Pliego de detallar de forma objetiva y suficiente esta propuesta para que sea factible su valoración, sin perjuicio de lo cual asegura que realizando un cálculo estimativo de las medidas ofertadas, éstas exceden en coste/beneficio económico de los importes citados otorgándoles, por ello, la puntuación máxima.

De lo anterior se desprende el carácter inapropiado de la fórmula señalada en el condicionado y, además, la falta de motivación adecuada – como también señala la reclamante – y la improcedencia del otorgamiento de las valoraciones a los licitadores en el apartado de mejoras, por violación del principio de igualdad de trato y transparencia.

Por otra parte, resulta inapropiada la existencia de valoración económica de las mejoras por infringir lo prevenido en el artículo 52.2 de la LFCP, tal y como señalamos, entre otros, en nuestro Acuerdo de 23 de diciembre de 2014: "*Y, por la misma razón, como también añade la mercantil reclamante, el hecho de que el Pliego de Condiciones exigiera, igualmente, la presentación en el sobre 2 del Plan de Inversiones, cumplimentado tanto por ella como por la adjudicataria, resulta, asimismo, contradictorio toda vez que no se establece como criterio de adjudicación la naturaleza de las inversiones que pueden ofrecer las licitadoras, conforme a criterios de prioridad preestablecidos en el Pliego de Condiciones, sino únicamente el compromiso de*

*inversiones con un importe determinado, lo que no constituye sino una parte de la oferta económica, constituida por el importe a invertir por el licitador y por el importe de la aportación municipal que va a compensar la totalidad o parte del déficit generado en la gestión del servicio, de modo que una parte de la oferta económica se está anticipando al momento de valoración de la oferta técnica, con infracción del artículo 52.2 LFCP".*

Todo lo anterior hace necesario estimar la reclamación por este motivo, con determinación de la imposibilidad de continuación del procedimiento por nulidad de la formulación en el condicionado del criterio de mejoras.

SEXTO.- Sin perjuicio de la estimación de la reclamación conforme a lo razonado en los fundamentos de derecho precedentes, procederemos a continuación al análisis del resto de motivos de impugnación alegados; y ello, como se ha dicho, en aplicación del principio de congruencia exigible a las resoluciones de este Tribunal.

En este sentido, aduce la reclamante, como motivo de impugnación, la existencia de un vicio procedimental consistente en que pese a haberse leído en el acto público de apertura de la oferta económica que la oferta de FCC de 12.151.941,25 €, en el documento correspondiente al Anexo II de su oferta la cifra que figura es la de 48.607.765,00 €, *"sin especificar si este montante económico era anual o para la duración total del contrato";* cuestionando tal proceder por parte de la Mesa de Contratación sin haber requerido a dicha empresa para clarificar cuál era su oferta.

Al respecto, opone SCPSA que no existe discrepancia en la oferta, ni necesidad de aclaración, puesto que la proposición económica no se integra exclusivamente por el Anexo II (en que FCC introdujo la proposición económica por valor de 48.607,765 €, en lugar de los 12.151.941,25 € correspondientes al precio anual ofertado) e indica que en un documento de la oferta de la adjudicataria se observa que 48.607.765,00 € es el precio por los 4 años de contrato y que 12.151.941,25 € es el precio sin IVA correspondiente al precio anual del servicio.

Para dar respuesta a esta cuestión debemos acudir a la previsión que realiza el condicionado al respecto de cuál debe ser el modo de presentación de la oferta económica y cuál es el correspondiente criterio de adjudicación.

En este sentido, el artículo 11 del condicionado señala que el sobre 3 "proposición económica" contendrá:

*"1. El Anexo II cumplimentado y firmado por persona debidamente apoderada. En el caso de empresas que concurran conjuntamente, la proposición económica será única a nombre de todas las empresas.*

*2. El precio anual ofertado para el total de los servicios detallados en el Anexo III, en base a los precios unitarios ofertados para 2015.*

*3. Los precios unitarios ofertados para 2015 para cada uno de los servicios, que figuran en el Anexo IV.*

*Se detallaran todos los precios unitarios (sin IVA), indicando costes anuales, por jornada, en festivo, etc.*

*El desglose de los precios unitarios para cada servicio contendrá al menos, debidamente detallados:*

*A. El coste de Ejecución Material (EM), excluido IVA, constituido por la suma de:*

*a) Costes de personal, relativos a la mano de obra que interviene directa o indirectamente en la ejecución de los servicios objeto del contrato. Se incluirá el coste para cada una de las categorías (retribuciones, complementos, seguros sociales, etc.) sustituciones de personal (por vacaciones, bajas, absentismo, etc.).*

*b) Costes de material, relativos a la conservación y mantenimiento de la maquinaria, vehículos, contenedores e instalaciones que sean necesarios para la realización de los trabajos contratados, mantenimiento, vestuario del personal, gastos corrientes de las instalaciones fijas, etc.*

*c) Costes de combustibles.*

*B. Porcentaje de Gastos Generales y Beneficio industrial (GG y BI), aplicados sobre el coste de Ejecución Material.*

*4. El precio anual para la totalidad del servicio ofertado, descrito en la documentación técnica por cada licitador, en base a los precios unitarios ofertados*

*para el 2015. Este precio anual para el 2015, no podrá en ningún caso ser superior al precio de licitación anual.*

*En el caso que alguno de los importes totales ofertados no concuerde con la aplicación de los precios unitarios, la mesa de contratación rechazará la proposición, salvo que resulte evidente que se trata de un error administrativo.*

*El precio ofertado será válido e inalterable, hasta el 1 de enero de 2017, en que será revisado según el Art. 23 de este condicionado.*

*La inclusión de cualquier referencia al importe de la oferta económica en los sobres 1 o 2 dará lugar a la exclusión de la empresa en esta licitación".*

El artículo 15 del condicionado recoge los criterios de adjudicación, señalando respecto de la oferta económica que: *"Los licitadores deberán aportar los costes de los precios unitarios, debidamente desglosados, de todos los servicios incluidos en el Condicionado Técnico.*

*Con el único fin de comparar las diferentes ofertas de forma homogénea, los ofertantes calcularán, en base a los precios unitarios ofertados para el 2015, el importe anual del servicio que figura en el Anexo III.*

*La puntuación económica se obtendrá sobre el precio anual del servicio (Presupuesto de licitación anual IVA excluido).*

*La puntuación de la oferta económica se obtendrá en base a la siguiente fórmula. De obtenerse puntuaciones negativas se transformarán en 0.*

*Pe= 50*(1-0,85b)*

*Pe= Puntuación Oferta Económica*

*b= Baja*

*b= 100* (Plic – O)/ Plic*

*Plic: Presupuesto de licitación anual IVA excluido*

*O: Oferta económica IVA excluido*

*OFERTA ANORMALMENTE BAJA*

*(….)*

Así pues, conforme a la regulación contenida en el Pliego regulador, asiste razón a la entidad contratante cuando afirma que la proposición económica a presentar por los

licitadores está conformada por más documentos que el correspondiente al Anexo II citado; resultando además que del artículo 15 del Pliego se desprende, en lo que aquí interesa, que el precio que se debe tomar como base para comparar las ofertas y otorgar los puntos correspondientes a este criterio es "*el importe anual del servicio que figura en el Anexo III*"; razón por la cual el Anexo II del condicionado refleja como importe de la oferta económica *"Total ejecución Anexo III"*.

Así las cosas, lo cierto es que si acudimos al Anexo II de la oferta de FCC observamos como, efectivamente, la cifra que allí figura es de 48.607.765,00 €.

Sin perjuicio de ello, como bien señala la SCPSA, el folio número 9 de la oferta económica que incluye el resumen en base en cual está calculado la oferta económica aclara sin género de duda que el precio anual es de 12.151.941,25 €. Ciertamente, como hizo la SCPSA, éste es el importe que debe tomarse en cuenta; y ello sin necesidad de formular solicitud de aclaración alguna. Nada hay que aclarar si la propia oferta explica la procedencia de la cifra.

Es más, el propio Anexo III cumplimentado por la licitadora indica expresamente que *"Precio Total del contrato (4 años) 48.607.765,00 euros"*. Siendo esto así, lo cierto es que con una simple operación matemática se obtiene el precio anual ofertado que debía indicarse; efectivamente sólo con dividir el precio total del contrato entre los 4 años indicados se obtiene el precio anual que asciende a 12.151.941,2 euros/año.

Ante tal circunstancia, lo procedente no sería la solicitud de la aclaración de la oferta, sino plantearse si el error en que ha incurrido la oferta de FCC es merecedor de su exclusión del procedimiento.

Cabe traer a colación, a este respecto, el criterio antiformalista a la hora de apreciar el carácter subsanable o no de los requisitos exigidos a los licitadores, y ello en la medida en que la exclusión de los mismos por defectos subsanables en su documentación puede resultar contraria al principio de concurrencia. Este criterio

antiformalista se expone con claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 que declara lo siguiente: *"El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia...., así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972 , 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995".* En virtud de ello, no cabe el rechazo de la oferta en aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el Pliego, la acompañe; si bien dicha exclusión resultará procedente, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas.

Así las cosas, debemos tener en cuenta, en este sentido, que la doctrina señala la procedencia de la admisión de las ofertas económicas que no se ajusten al modelo de proposición pero que no alteran el sentido de la oferta y permiten comparar las ofertas.

Así lo razona, entre otras, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 283/2014: *"Habida cuenta de que fijado el precio unitario, el precio del millar se determina automáticamente, la omisión de este valor no puede considerarse como una variación sustancial del modelo establecido. Mucho menos puede apreciarse que comporte error manifiesto en el importe de la proposición, pues tanto licitador como órgano de contratación tienen pleno conocimiento del importe del millar de productos. Por último, no ha existido reconocimiento por parte del licitador, a pesar de que ha tenido la posibilidad de realizarlo (con ocasión de las aclaraciones solicitadas por el órgano de contratación en orden a justificar la oferta presentada) de que la oferta adolezca de error o inconsistencia que la hagan inviable* (…)".

*A la exclusión de la oferta económica se refiere el artículo 84 RLCAP. Este precepto establece:*

*"Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición."*

*En consecuencia, la presentación de la oferta económica viene sujeta a un doble requisito: i) un requisito material, consistente en que el importe de la oferta no puede exceder el presupuesto base de licitación; ii) un requisito formal, consistente en la adecuación de la oferta al modelo establecido en los propios Pliegos. No obstante, el incumplimiento de ambos requisitos es contemplado de forma diferente. Mientras que el incumplimiento del requisito material determina la exclusión automática del licitador, el incumplimiento del requisito formal sólo determinará ese efecto radical cuando supone una alteración sustancial del modelo o se ha producido un error manifiesto en el importe o la oferta resulta inviable como consecuencia de algún error o inconsistencia en la misma, reconocido por el licitador.*

*Examinada la oferta económica presentada por la adjudicataria, se observa que efectivamente, la adjudicataria presentó su oferta determinando el precio unitario (IVA excluido) de cada producto, así como el precio unitario final (incluyendo IVA), ratificando y justificando esta oferta en su escrito de 16 de septiembre de 2013, firmado por Don Jx.*

*No obstante lo anterior, el precio de las mil unidades se obtiene de manera sencilla mediante una simple operación aritmética. Por tanto, determinado el precio unitario del producto, el precio del millar resulta de forma automática.*

*Habida cuenta de que fijado el precio unitario, el precio del millar se determina automáticamente, la omisión de este valor no puede considerarse como una variación sustancial del modelo establecido. Mucho menos puede apreciarse que comporte error manifiesto en el importe de la proposición, pues tanto licitador como órgano de*

*contratación tienen pleno conocimiento del importe del millar de productos. Por último, no ha existido reconocimiento por parte del licitador, a pesar de que ha tenido la posibilidad de realizarlo (con ocasión de las aclaraciones solicitadas por el órgano de contratación en orden a justificar la oferta presentada) de que la oferta adolezca de error o inconsistencia que la hagan inviable".*

Asimismo, el Acuerdo 43/2013, de 7 de agosto de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón estima conforme a Derecho la no exclusión de una oferta que erró en su modelo de proposición económica pero del que sí podía conocerse claramente la oferta: *"(…) Ahora bien, la Mesa, pese a la diferencia de forma, consideró que el licitador había incluido el precio de manera suficiente, y entendió que no le ofrecía duda razonable alguna, la certeza y suficiencia de la proposición económica del licitador. De manera que la oferta de MASQUATRO, si bien no se ajustaba al modelo establecido en el PCAP, sí reunía la información clara y suficientemente precisa para que la Mesa conociera, de forma indubitada, cual era la propuesta de la empresa.*

*En este sentido (….) la «Mesa de Contratación no realizó ninguna "estimación" sobre el precio sino que en la documentación adjunta al modelo de proposición constaba el desglose con la expresión anual». Además, hay que tener en cuenta, que el sistema de determinación del precio de la licitación lo es por precios unitarios de cada actividad deportiva, como se recoge en la cláusula IV del PCAP y en el modelo de proposición económica contenido en la cláusula V.2.4 del mismo. Son estos precios unitarios los que se consideran para la valoración de la oferta económica (cláusula VI del PCAP) y los que desglosan adecuadamente todos los licitadores en sus propuestas, lo que hace irrelevante jurídicamente la diferencia de forma de la proposición de MASQUATRO.*

*(…) es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, y de los órganos encargados de la resolución de recurso especiales en materia de contratación, considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGCAP determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas,*

*centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta."*

Es innegable que ha existido un incumplimiento formal, pero no un incumplimiento de fondo o material, pues la oferta no sólo no excede del presupuesto fijado por la SCPSA sino que contiene en la propia oferta el origen del error y la cuantía que debe ser tomada en cuenta, contando con los elementos suficientes para que la Mesa conozca cuál es la oferta económica de FCC.

Así pues, no puede afirmarse que la variación del modelo haya sido sustancial. La falta de aclaración es irrelevante e innecesaria pues no sólo se da la circunstancia de que en caso de haber solicitado tal aclaración FCC sólo podría haber señalado como cifra la de 12.151.941,25 € pues en otro caso, constituiría una novación de su oferta que excede de la naturaleza de la aclaración y sería contraria al principio de igualdad de trato, sino que resulta especialmente relevante que la propia proposición indica que el precio indicado lo es por el total de los años de duración del contrato; mención que pone de relieve la concurrencia de un mero error formal al redactar el Anexo II y que puede y debe ser salvada directamente mediante el cálculo del importe anual sin necesidad de que aclaración alguna pues dicha indicación excluye cualquier atisbo de confusión, Dicho en otros términos, indicando que el importe ofertado es por la totalidad de duración del contrato no puede sostenerse que tal cantidad constituya el precio anual; precio que, puede calcularse a través de una simple operación matemática de división, pues así lo evidencia el propio contenido de la oferta formulada.

En definitiva, a nuestro entender, la actuación de la SCPSA de tomar como oferta económica de FCC 12.151.941,25 € a efectos de cálculo de la puntuación económica fue conforme a Derecho.

En consecuencia no procede admitir este motivo de reclamación.

SEPTIMO.- Alega la reclamante la procedencia de la exclusión de FCC de la licitación sobre la base del incumplimiento de las prescripciones técnicas de los servicios exigidos como mínimos por el Pliego de condiciones.

Afirma, en este sentido, que, según su parecer, *"el Anexo III definía claramente la composición obligatoria de los servicios a desarrollar para la prestación del servicio (…). El pliego de condiciones fijaba obligatoriamente la composición de los equipos necesarios, sus unidades y jornadas anuales, debiendo únicamente ofertar los licitadores los costes de personal"*, obligatoriedad que, según apunta, ratificó la entidad contratante en fase consultas mediante la siguiente aclaración:

*PREGUNTA 11: En el anexo III "precio anual del servicio", hay que respetar el número de jornadas al año, número de unidades y el tipo de equipos que se refleja en los cuadros? Por otra parte en este mismo anexo en cada una de las partidas que forman el precio anual (organización general, Equipos de recogida, Lavado y mantenimiento de contenedores), se pueden incluir otros equipos diferentes a los que se reflejan?*

*Tal y como se recoge en el art. 15.3 del PCA, Criterios de adjudicación, Oferta económica,*

*"Con el único fin de computar las diferentes ofertas de forma homogénea, los ofertantes calcularán, en base a los precios unitarios ofertados para el 2015, el importe anual del servicio que figura en el anexo IIII.*

*Así, hay que respetar las unidades y los servicios, equipos, jornadas ... que están incluidas en el anexo III.*

*Únicamente, en el apartado 1. Organización general, deben completarse las unidades que el anexo III no incluye. De forma que, el importe total del Apartado 1 del anexo III será idéntico al capítulo de organización general de la oferta presentada, que se incluirá en el precio anual para la totalidad del servicio ofertado (punto 4 del sobre 3)".*

La reclamante pone de relieve que FCC alteró y modificó las jornadas indicadas en el Anexo III, ya que en lugar de computar y valorar las jornadas exigidas al respecto, desglosa y valora económicamente, en varios apartados, 298, 52 y 13 jornadas

respectivamente, incumpliendo con ello el dimensionamiento de los servicios exigidos en el Pliego como mínimos de obligado cumplimiento por los licitadores, modificación unilateral de las jornadas que se realiza en la práctica totalidad de los servicios que repercute en los costes unitarios asociados y en el coste de ejecución material, determinante de la propuesta final ofertada. Añadiendo que en el capítulo 3.6.1 del citado Anexo correspondiente al Equipo Portacontenedor modifica la adscripción nocturna exigida por el Pliego por una adscripción diurna. Estas modificaciones alteran sustancialmente el contenido del contrato exigido por el Pliego y son determinantes de la exclusión de la licitadora, en atención a la obligación de los licitadores de ajustar sus proposiciones al contenido del Pliego de prescripciones técnicas, por incardinarse en los supuestos de exclusión expresamente recogidos en el artículo 14 del Pliego y, finalmente, por cuanto dichas alteraciones habrían reportado una ventaja competitiva a FCC respecto del resto de ofertas porque los citados incumplimientos le permitían obtener ahorros o ventajas económicas, pudiendo por ello ofrecer una propuesta económica inferior a la real y obtener una mayor puntuación desde el punto de vista de la oferta económica frente al resto de licitadores que, en cumplimiento de las exigencias del Pliego han tenido que repercutir la totalidad del coste correspondiente a las exigencias mínimas marcadas.

Oponen la entidad contratante y la tercera interesada que el citado Anexo III no contiene prescripciones técnicas sino que se trata de parte del modelo propuesto por el Pliego para la presentación de la oferta económica. Aducen que ningún incumplimiento de los alegados cabe apreciar en el Anexo III presentado, toda vez que el modelo del Pliego prevé la valoración de 363 jornadas que son las indicadas por FCC en su oferta si bien lo hace de forma desglosada; indicando, respecto a la previsión de equipo portacontenedores diurno y nocturno, en lugar de dos nocturnos, que ello se debe a haber apreciado un error en el citado modelo ya que con la indicación de dos equipos nocturnos se hubiese desprovisto de servicio diurno, lo que carece de toda lógica.

Este Tribunal debe advertir, en primer término, y a la vista de las alegaciones efectuadas por las partes, que el objeto de la controversia sometida a nuestra consideración versa sobre la modificación del contenido del Anexo III del Pliego de

condiciones; anexo que, tal y como señala la entidad contratante, no contiene prescripción técnica alguna sino que forma parte de la documentación a incluir en la oferta económica. Por ello, el motivo de impugnación alegado no debe ser resuelto desde la perspectiva del incumplimiento de prescripciones técnicas, sino desde la correspondiente a la modificación del modelo de la oferta económica previsto en el Pliego y sus consecuencias jurídicas; cuestión bien distintita.

Centrados así los términos del debate, debemos atender a lo previsto en condicionado, cuya cláusula 11 obligaba a que los licitadores incluyeran en el sobre Nº 3 *"1. El Anexo II cumplimentado y firmado (…).*
*2. El precio anual ofertado para el total de los servicios detallados en el Anexo III, en base a los precios unitarios ofertados para el 2015.*
*3. Los precios unitarios ofertados para 2015 para cada uno de los servicios, que figuran en el Anexo IV. (…).*
*4. El precio anual para la totalidad del servicio ofertado, descrito en la documentación técnica por cada licitador, en base a los precios unitarios ofertados para el 2015. Este precio anual para el 2015, no podrá en ningún caso ser superior al precio de licitación anual.(…)".*

Por su parte, la cláusula 15.3, al regular los criterios de adjudicación, establece que *"3. Oferta económica. Los licitadores deberán aportar los costes de los precios unitarios, debidamente desglosados, de todos los servicios incluidos en el Condicionado Técnico.*
*Con el único fin de comparar las diferentes ofertas de forma homogénea, los ofertantes calcularán, en base a los precios unitarios ofertados para el 2015, el importe anual del servicio que figura en el Anexo III (….)."*

El Anexo III se denomina "*precio anual del servicio*" y contiene los precios unitarios en base a los cuáles debe calcularse la oferta. De su lectura exhaustiva se aprecia que a la descripción del precio unitario se acompañan unas jornadas/año – 298 o 363, según los casos, salvedad hecha del servicio 1.1.2 "Vigilancia, 24 horas", para que el que se consigna una jornada anual de 365 - y las unidades que corresponden a cada

uno; parámetros – los correspondientes a la descripción de cada servicio, número de jornadas y unidades - que recordemos, conforme a la cláusula 15.3 del Pliego y a la respuesta dada por la entidad contratante a la aclaración solicitada en fase de consultas, no pueden ser modificados por los licitadores al cumplimentar el citado Anexo, permitiéndose completar, exclusivamente, los apartados del mismo relativos a "*costes de personal*", "*costes material*" y "*total ejecución material*".

Tal y como se ha expuesto anteriormente, los pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. Este carácter vinculante, obviamente, alcanza a todo su contenido y determina que la entidad contratante no puede apartarse de lo previsto en los mismos a la hora de analizar las proposiciones presentadas por los licitadores, tanto en sus aspectos formales como de contenido; y, por su parte, respecto a los licitadores supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso realizar la oferta con sujeción a los criterios de valoración contenidos en los pliegos y respetando, como no puede ser de otra manera, aquellos aspectos del servicio que la propia entidad contratante ha calificado de inalterables, máxime cuando tal imposibilidad tiene como finalidad, y así lo especifica, el propio Pliego, comparar las diferentes ofertas de forma homogénea. De donde fácilmente se colige que la admisión de una oferta que alterase aquellos aspectos que el Anexo III dispone no sólo como obligatorios sino excluidos del ámbito de disposición de los licitadores al formular su oferta, supondría la admisión de una oferta alternativa, conculcando con ello el principio de igualdad de trato antes citado e incurriendo en una causa de exclusión expresamente prevista en la cláusula 14 del propio Pliego.

Al hilo de lo anterior, dispone el artículo 52.1 LFCP que *"Las proposiciones de los interesados serán secretas hasta el momento de su apertura, se presentarán por escrito, conforme al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y se acompañarán, en sobre aparte, de la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia del licitador"*. El precepto, tal y como señala la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña de 2 de enero de 2013, contiene una norma de carácter imperativo, de manera que quien

presenta una proposición que no se ajuste a lo previsto, o incluya manifestaciones de las cuales se desprende, o pueda desprenderse, la existencia de reserva o excepción a los pliegos ha de ser excluido del procedimiento de licitación.

En este supuesto, ha de tenerse en cuenta que en la interpretación de los pliegos no puede llegarse a conclusiones que pugnen con la aplicación de los principios propios de la contratación pública, como la igualdad, la transparencia y la concurrencia competitiva. Siendo esto así, este Tribunal considera que los conceptos, jornadas y unidades fijados en el Anexo III no pueden considerarse orientativos, sino de observancia obligatoria por todos los licitadores pues lo contrario impediría, a juicio de la propia entidad contratante, una adecuada comparación de ofertas, vulnerando el principio de igualdad de trato.

Si observamos la oferta de FCC comprobamos que, ciertamente, esta licitadora en diversos apartados en los que el modelo incluido en Pliego contempla 363 jornadas anuales indica “298 - 52 – 13”, y que en relación con el apartado 3.6. correspondiente al portacontenedores noche que en el modelo se duplica, indica “3.6. Equipo: Portacontenedores Día 1 oficial, y 3.6.1 Equipo: Portacontenedores Noche 1 oficial”. Resulta así que la cuestión a dilucidar por parte de este Tribunal es, en primer término, si ello supone, efectivamente, una alteración de aquellos apartados del Anexo III que el Pliego califica de invariables por parte de los licitadores al presentar la oferta; y, caso de ser, las consecuencias jurídicas derivadas de tal modificación.

Respecto de la alegada modificación correspondiente a las jornadas/año, cabe advertir que la oferta presentada por FCC únicamente modifica el modelo del Anexo en aquellos servicios para los que el Pliego prevé 363 jornadas; si bien es cierto que la alteración que introduce se reduce a indicar 298, 52 y 13 jornadas en lugar de 363. Basta una simple operación aritmética para comprobar que la suma de tales factores alcanza el resultado de 363 que es el número de jornadas anuales que para tales servicios contempla el modelo.

Así las cosas, del examen del Anexo III presentado se deduce con claridad que lo que la licitadora ha reflejado es el desglose de las 363 jornadas/año - que se corresponden con los 298 días laborables, 52 domingos y 13 festivos -, sin modificar el número total de las mismas reflejado en el modelo, alteración de carácter exclusivamente formal que no sólo no afecta al dimensionamiento del servicio sino que pone de relieve que el cálculo de los costes asociados se ajusta a la realidad del servicio comprendiendo el mayor coste de personal de los servicios a prestar en domingos y festivos, y que pone de relieve que de haber incluido el número total de jornadas en lugar del desglose, la oferta no variaría. Siendo esto así, y conforme al espíritu antiformalista antes referido en relación con el análisis de la documentación a presentar en las proposiciones, no cabe sostener que la alteración de tal aspecto del modelo de anexo constituye innovación alguna del mismo determinante de su exclusión; conclusión que, además, resultaría contraria al principio de proporcionalidad.

Por otro lado, respecto a la modificación del concepto correspondiente al portacontenedores diurno, la propia entidad contratante reconoce la existencia de un error en el Pliego al prever dos servicios de portacontederores de noche en lugar de uno diurno y otro nocturno; siendo la apreciación de tal error la causa de la modificación que FCC introduce en el anexo presentado. Tal reconocimiento justifica, como no puede ser de otro modo, la admisión de la oferta realizada, pues pone de relieve que el licitador ha mostrado tal diligencia en la redacción de su oferta como para detectar la existencia de un error en la definición o identificación de este concreto precio unitario. Este comportamiento del licitador en modo alguno puede tener como consecuencia su exclusión del procedimiento por tal motivo; y ello, además, teniendo en cuenta la escasa relevancia del mismo en el conjunto de la oferta, pues se limita a la reducción del salario correspondiente al turno de noche del personal que preste tal servicio de día. Las citadas circunstancias impiden apreciar no sólo el carácter sustancial de tal modificación, sino también la existencia de ahorros o ventajas económicas que hayan posibilitado que dicho licitador haya ofertado una propuesta económica inferior a la real alegados por la reclamante y que determinan, por aplicación del citado principio de proporcionalidad, la improcedencia de su exclusión.

Así pues, no concurre ninguna de las causas de exclusión que, previstas en la cláusula 14 del Pliego, alega la reclamante, por cuanto las variaciones introducidas respecto al modelo de Anexo III no suponen variante o alternativa ni que se haya dejado de valorar parte del objeto del contrato, no pudiendo tampoco calificarse de planteamiento inviable o manifiestamente defectuoso.

En definitiva, debe desestimarse este motivo de impugnación.

OCTAVO.- Por otra parte, la reclamante considera, que la valoración técnica de diversos criterios de adjudicación – distintos del criterio correspondiente a las mejoras, cuyo análisis hemos analizado anteriormente - no es conforme a Derecho, por cuanto adolece de errores y deficiencias en su fundamentación y motivación que determinan su falta de racionalidad, convirtiéndola en arbitraria.

Si bien es la entidad contratante la competente para interpretar el modo adecuado de aplicar los criterios de adjudicación, la Mesa de Contratación y la entidad contratante deben estar en el otorgamiento de puntuaciones conforme al tenor del condicionado. La entidad contratante ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurran a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, pero como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00, "*no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso*". Así lo pusimos de manifiesto, entre otros, en nuestros acuerdos 46/2013, de 28 de noviembre o 32/2013, de 7 de octubre, 51/2013, de 24 de diciembre, entre otros.

Sentado lo anterior, debemos comenzar recordando la doctrina sentada por este Tribunal relativa a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas

presentadas por los licitadores y a su posible revisión, rectificación o corrección. Así, en relación con la denominada discrecionalidad técnica de la Administración cuando se trate de la valoración de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, hemos señalado – entre otros, en nuestro reciente Acuerdo 31/2019, de 22 de marzo – que este Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, tal y como indicamos en nuestro Acuerdo 1/2019, de 11 de enero, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis, en la medida en que entrañe criterios técnicos, debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como su correspondencia con lo establecido en el Pliego, a que no se haya incurrido en arbitrariedad, error patente o irracionalidad al efectuarla y además, que esta valoración se encuentre suficientemente motivada en el expediente. Así pues, la función de este Tribunal en relación con la impugnación de las valoraciones otorgadas a las distintas propuestas no es suplantar el acierto técnico en dicha valoración, sino comprobar que tal valoración se ha ajustado a la legalidad, por ser coherente con el Pliego y suficientemente motivada; quedando fuera de este limitado control posible aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.

Asimismo, por lo que se refiere a los informes técnicos en que se basa la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor, también es doctrina reiterada de este Tribunal - por todos Acuerdo 27/2017, de 13 de junio, con apoyo en la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en él se cita - que "*...para decidir y resolver el recurso, al tratarse de una cuestión puramente técnica, el contenido del Informe técnico evacuado en el seno del procedimiento, y que posteriormente sirve de base al órgano resolutorio, la solución a esa cuestión se tiene que decidir de acuerdo con criterios técnicos, que no pueden ser otros que los contenidos en el Informe técnico, y en cuya materia por razones obvias, al no estar ante una cuestión propiamente jurídica, ya afecte a normas de competencia o de procedimiento, este Tribunal no tiene competencia material*

*para decidir con un criterio propio, que no sea el ofrecido por el órgano técnico ya citado. Sin que en el contenido del Informe técnico, ya a la postre, en la resolución recurrida, se aprecie error material, ni arbitrariedad o discriminación."*

En efecto, conforme a la doctrina expuesta, los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad, precisamente por la cualificación técnica de quienes los emiten y sólo cabe frente a ellos una prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o se han dictado en clara discriminación de los licitadores. En consecuencia, este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

Concretamente, aduce la reclamante que la alteración por parte de FCC de la práctica totalidad de las jornadas del Anexo III impide una comparación homogénea entre las propuestas de los licitadores; alegación que, en atención a lo razonado en el fundamento de derecho precedente, debe ser rechazada.

Por otro lado, cuestiona la puntuación obtenida en el criterio de adjudicación correspondiente al dimensionamiento del servicio por cuanto obtiene menor puntuación que FCC que ha incumplido los mínimos exigidos en el Anexo III; argumento que decae en la medida en que, tal y como se ha expuesto, dicha licitadora no ha incumplido tales mínimos.

Por último, en cuanto a la valoración de la recogida separada de materia orgánica o las medidas de gestión ambiental se considera que el informe técnico posee motivación bastante, no aportando la reclamante prueba alguna de la existencia de error en la valoración realizada. Y ello toda vez que se limita a apuntar, respecto del primero de ellos, que debió obtener mayor puntuación por destinar más jornadas a este servicio, cuando es obvio que tal circunstancia no es, conforme al Pliego, el parámetro, o cuando menos el único, a tener en cuenta en la valoración de este aspecto; y respecto al segundo de los criterios citados que presentó abundante información, sin consideración adicional

alguna que pudiera, siquiera de forma hipotética, evidenciar error en la puntuación otorgada.

En consecuencia, procede la desestimación de este motivo de impugnación.

NOVENO.- Finalmente, se aduce que existe nulidad del criterio "*propuesta de inversiones*", para el que el condicionado fija un máximo de 3 puntos.

El artículo 15 del mismo afirma que "*La Mesa de Contratación realizará una valoración de la amortización anual de cada una de las inversiones, en base al coste de adquisición, según las últimas adjudicaciones de SCPSA (anexo VIII) y con los criterios de amortización aplicados en la contabilidad de SCPSA (7 años). A partir de esta valoración en términos económicos se procederá a la asignación de la puntuación a efectos de selección del adjudicatario de acuerdo con la siguiente fórmula, con un mínimo de cero puntos y un máximo de tres:*

***P= (700.000- Vecon*i*)/80.000***

***P****: Puntuación a otorgar a las inversiones*

***Vecon****i: Valoración en términos económicos de la amortización anual, a determinar por la Mesa de Contratación*

Al respecto de lo anterior, el licitador prueba que consultó al órgano de contratación sobre quién y con qué criterios tendrá en cuenta para valorar en términos económicos las propuestas de inversiones, respondiendo en las preguntas 3 y 13 que "*las inversiones las realizará SCPSA. La mesa de contratación, con criterios de amortización de SCPSA y el anexo VIII del PCA, realizará la valoración*."

Si acudimos al Anexo VIII verificamos una tabla con un listado de vehículos y maquinaria y un precio/unidad para cada uno de ellos.

Sin perjuicio de ello las preguntas que se formularon requerían expresamente "*qué criterios*" se tendrán en cuenta y aludían a si se tendrían en cuenta el periodo de amortización y el tipo de interés propuesto por el licitador.

Es cierto que el Anexo VIII contenía el precio del importe de adquisición de los vehículos y materiales, y es cierto que había una alusión de cuál sería el sistema de valoración. Ello conduce a que señalemos que el criterio es válido, siempre quese aplique en la fase del procedimiento de valoración que corresponde, y ello sin perjuicio de que también consideremos que la respuesta que se ofreció era ambigua.

Sin perjuicio de la desestimación de los citados motivos de impugnación, según hemos avanzado anteriormente, la estimación de la reclamación en lo que hace referencia a la formulación y valoración prevista para el criterio de adjudicación correspondiente a las mejoras determina la nulidad de pleno derecho del Pliego de condiciones y la imposibilidad de continuar el procedimiento de contratación.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la mercantil “URBASER, S.A.” contra la adjudicación del contrato para la prestación de los servicios de recogida y transporte de los residuos domésticos en el ámbito de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona efectuada por “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.”, declarando la nulidad de pleno derecho del Pliego de Condiciones y de todo el procedimiento de contratación.

2º. Notificar este Acuerdo a “URBASER, S.A.”, a “Servicios de la Comarca de Pamplona, S.A.” y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 21 de mayo de 2019. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu.