



**Recurso nº 1163/2016 C.A. Illes Balears 57/2016**

**Resolución nº 119/2017**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 3 de febrero de 2017

**VISTO** el recurso interpuesto por D. P. P. S., en representación de la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. (VALORIZA, en adelante), contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, de fecha 16 de noviembre de 2016, por el que se adjudica el contrato del “servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y de los servicios conexos de limpieza viaria, limpieza y mantenimiento de playas, y limpieza y mantenimiento de espacios verdes de titularidad municipal” a la UTE formada por FOMENTO CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., HERBUSA, S.A.U. y COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS AUXILIARES (UTE FCC- HERBUSA-CESPA, en adelante); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE de fecha 31 de mayo de 2016 y en el BOE de fecha 31 de mayo de 2016 licitación pública para la contratación del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y de los servicios conexos de limpieza viaria, limpieza y mantenimiento de playas, y limpieza y mantenimiento de espacios verdes de titularidad municipal. La licitación fue también publicada en el perfil del contratante el 26 de mayo de 2016. El presupuesto base de licitación era de 64.074.845,96 euros, IVA incluido.

**Segundo.** Previamente habían sido aprobados el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (PPT).

De entre las cláusulas del PCAP interesa destacar la 13 que bajo la rúbrica “*Criterios de adjudicación*”, que señala:



*“La adjudicación de la contratación de la gestión de los servicios recaerá en la empresa licitadora que, en su conjunto, haga la oferta más ventajosa según los criterios establecidos en este pliego.*

*Las ofertas presentadas se valorarán con un máximo de 100 puntos, divididos en dos grandes grupos:*

*(Tablas con los criterios de valoración de las ofertas: Criterios no evaluables de forma automática mediante fórmulas (oferta técnica), 30 puntos –Organización del servicios, 20 puntos; y Mejoras medioambientales, 10 puntos-; Criterios evaluables de forma automática mediante fórmulas, 70 puntos –Criterio precio, 60 puntos; y Otros criterios, 10 puntos-).*

*Las magnitudes ofrecidas por los licitadores en caso de uno de los indicadores reseñados en la presente cláusula tendrán la condición de obligación esencial del contrato a los efectos del artículo 223.f) o, en su caso, para la imposición de penalidades”.*

Asimismo, y conforme a la cláusula 16 del PCAP “Contenido de las proposiciones”, tres eran los sobres a presentar por los licitadores:

*“16.1 **Sobre número 1:** Deberá tener el siguiente título: “SOBRE Nº 1: Documentación General para la licitación, mediante procedimiento abierto, de la contratación de la gestión indirecta, mediante concesión, del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos (RSU) y de los servicios, conexos con el servicio público indicado, de limpieza viaria, limpieza y mantenimiento de playas y limpieza y mantenimiento de espacios verdes de titularidad municipal del municipio de Sant Antoni de Portmany”. Su contenido será el siguiente: (...)*

*16.2 **Sobre número 2.** Este sobre llevará la inscripción “SOBRE Nº 2: Proposición para la licitación, mediante procedimiento abierto, de la contratación de la gestión indirecta, mediante concesión, del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos (RSU) y de los servicios, conexos con el servicio público indicado, de limpieza viaria, limpieza y mantenimiento de playas y limpieza y mantenimiento de espacios verdes de titularidad municipal del municipio de Sant Antoni de Portmany. Criterios evaluables mediante juicio de valor”.*

*Asimismo, en la carátula del sobre figurará el nombre del licitador, su C.I.F., el teléfono, correo electrónico, fax, fecha y firma.*



Este sobre contendrá exclusivamente la documentación necesaria para definir y valorar la propuesta presentada en los aspectos recogidos en la cláusula 13 de criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor. Se incluirá la memoria técnica según se define en el PPTP.

Los licitadores deberán estructurar sus ofertas de forma ordenada y dando respuesta sistemática y precisa a la información requerida, de manera que se facilite la lectura y la comprensión de sus propuestas.

Los criterios sobre los cuales el licitador no aporte información o esta sea deficiente, no serán objeto de valoración.

**Será motivo de rechazo de la oferta la inclusión en este sobre de datos que se refieran a los criterios de adjudicación mediante fórmulas.**

Toda la documentación del sobre será incluida en un CD, que será presentado junto con la documentación en papel dentro de aquel. Los textos y fotografías, en su caso, serán incluidas en formato pdf. Las hojas de cálculo serán abiertas, no incluirán bloqueos o restricciones de ningún tipo y las fórmulas que sean utilizadas por los licitadores deberán ser incluidas en las correspondientes celdas.

16.3 **Sobre número 3** Deberá tener el siguiente título: "SOBRE Nº 3: Proposición para la licitación, mediante procedimiento abierto, de la contratación de la gestión indirecta, mediante concesión, del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos (RSU) y de los servicios, conexos con el servicio público indicado, de limpieza viaria, limpieza y mantenimiento de playas y limpieza y mantenimiento de espacios verdes de titularidad municipal del municipio de Sant Antoni de Portmany. Criterios evaluables mediante cifras o porcentajes". Asimismo, en la carátula del sobre figurará el nombre del licitador, su C.I.F., el teléfono, correo electrónico, fax, fecha y firma.

El sobre 3 contendrá la siguiente documentación:

- a) Proposición económica según el Anexo II de este PCAP, en hoja a parte y firmada.
- b) Contenido de la memoria necesaria para evaluar los criterios de valoración determinables de forma automática, según lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas.



*c) Datos técnicos referidos a criterios de adjudicación valorados mediante fórmulas (se utilizarán obligatoriamente las tablas que contiene el Anexo III de este PCAP).*

*La omisión de algún documento referido a las letras a) o b), o su presentación con defectos, será causa de exclusión de la licitación si no se corrige en el plazo de conceda la Mesa de Contratación. La omisión de datos referidos a la letra c) conllevará la no valoración de los criterios relacionados, si no se corrige en el plazo que conceda la Mesa de Contratación”.*

De igual modo interesa destacar el contenido del PPT que en su cláusula 16 bajo la rúbrica “CONTENIDO DE LAS OFERTAS” señala lo siguiente:

#### **“16.1. CONTENIDO DE LAS MEMORIAS TÉCNICAS**

*Las empresas licitadoras deberán presentar dos memorias técnicas con la descripción detallada de todos los servicios ofertados según las prescripciones expresadas en estos pliegos.*

*Las memorias se redactarán de manera detallada, clara y ordenada y serán completamente coherentes con los recursos contemplados en la memoria económica.*

*La memoria técnica presentada en el Sobre 3, de acuerdo con lo dispuesto en el PCAP, deberá contener datos que permitan el cálculo de los criterios de valoración de tipo numérico o automático.*

*La memoria técnica presentada en el Sobre 2, de acuerdo con lo dispuesto en el PCAP, no contendrán datos que permitan el cálculo de los criterios de valoración de tipo numérico o automático. No obstante, en aquellos casos en que por razones de coherencia argumental sea conveniente expresar estos datos en la memoria técnica, se hará de manera cualitativa o de una forma que no permita la valoración automática.*

*Para facilitar la comprensión de las ofertas y la valoración uniforme de las propuestas técnicas, la estructura de contenidos propuesta es la que se indica a continuación.*

(Tablas con Índice de la memoria técnica que se debe incluir en el sobre 2 –1. Introducción; 2. Resumen de la memoria técnica; 3. Organización del servicio propuesta; 4. Aspectos medioambientales-, y en el sobre 3 -1. Introducción; 2. Resumen ejecutivo de la memoria técnica; 3. Aspectos generales y organización general de los servicios; 4. organización general de los servicios;

5. Servicio de recogida de residuos; 6. Servicio de limpieza viaria; 7. Servicio de limpieza y mantenimiento de playas; 8. Servicio de mantenimiento básico de los espacios verdes; 9. Implantación de los servicios; 10. Recursos humanos; 11. Instalaciones; 12. Equipos y materiales; 13. Seguridad y prevención de riesgos; 14. Atención ciudadana; 15. Plan de renovación de papeleras-).

*Se incluirá como documentación aneja a la memoria la relativa a la Cartografía, la información complementaria y demás documentación auxiliar.*

*La memoria técnica se presentará tanto en papel impreso, como en formato digital. La versión digital contendrá los datos protegidos contra escritura, pero de forma que se permita la impresión y la exportación de los mismos, incluidos los archivos cartográficos. En caso de contradicción entre el contenido de la versión impresa y la versión digital, se podrán solicitar al licitador las aclaraciones pertinentes”.*

**Tercero.** Finalizado el plazo de presentación de proposiciones, fue celebrado el día 21 de julio de 2016 el acto de apertura del sobre nº 1 que contenía la documentación administrativa, siendo admitidos todos los licitadores presentados.

**Cuarto.** Posteriormente en sesión de 28 de julio de 2016 la Mesa procedió a la apertura del sobre nº 2 que contenía los criterios dependientes de un juicio de valor, siendo remitidas las proposiciones presentadas por los licitadores a los servicios técnicos para su valoración, con arreglo a los criterios establecidos en el PCAP.

**Quinto.** La Mesa, en sesión de 12 de septiembre de 2016, procedió al estudio del informe del sobre nº 2, siendo aprobado el mismo de forma definitiva. Consta en el Anexo de esta acta el correspondiente informe fechado a septiembre de 2016.

Conforme a las conclusiones de este informe la oferta que resultaba con mayor puntuación corresponde a la UTE FCC-HERBUSA-CESPA con 21,60 puntos (el 87% del máximo posible). La oferta clasificada en segundo lugar correspondía a VALORIZA, con 22,5 puntos (el 74% del máximo posible) y la oferta clasificada en tercer lugar era la de OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A. (OHL-INGESAN, en adelante), con 14,40 puntos (el 48% del máximo posible).



El informe fue publicado en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany y en el perfil del contratante el 13 de septiembre de 2016.

**Sexto.** En sesión de fecha 19 de septiembre de 2016 la Mesa procedió a la lectura del informe de valoración de los aspectos técnicos de las ofertas presentadas y a la apertura del sobre 3 que contenía la oferta económica y la documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables en cifras y porcentajes. La documentación presentada por los licitadores fue comunicada a los servicios técnicos del Ayuntamiento para la realización de la valoración correspondiente tras lo cual se reuniría la Mesa para su calificación.

**Séptimo.** El informe fue emitido con fecha 29 de septiembre de 2016 y en el mismo se acordó:

- Requerir a VALORIZA. la justificación de su oferta habida cuenta que la misma incluye valores anormales o desproporcionados.
- Requerir a la UTE FCC-HERBUSA-CESPA la aclaración de las discrepancias observadas entre su oferta y la documentación técnica justificativa, señalándole en todo caso que ello no supone la posibilidad de alterar los valores consignados en los Anexo I y II del PCAP.
- Requerir a la mercantil VALORIZA la aclaración de las discrepancias observadas entre su oferta y la documentación técnica justificativa, señalándole en todo caso que ello no supone la posibilidad de alterar los valores consignados en los Anexo I y II del PCAP.
- Requerir a la mercantil OHL-INGESAN la aclaración de las discrepancias observadas entre su oferta y la documentación técnica justificativa, señalándole en todo caso que ello no supone la posibilidad de alterar los valores consignados en los Anexo I y II del PCAP.

**Octavo.** La Mesa en sesión de fecha 29 de septiembre de 2016 procedió al estudio del informe del sobre nº 3, que aprobó, y conforme al mismo efectuó requerimiento de subsanación a las empresas licitadoras de las deficiencias detectadas, aclaración de incongruencias y justificación de valores anormales o desproporcionados en las ofertas, en los términos en él señalados.

**Noveno.** Tras la cumplimentación de este trámite por parte de las empresas licitadoras, la Mesa se reunió el 19 de octubre de 2016 para el estudio de los informes relativos a las aclaraciones efectuadas por las empresas para la justificación de ofertas y declaración de oferta económicamente más ventajosa.

En esta sesión la Mesa acordó aprobar los informes sobre la justificación aportada por VALORIZA en relación con su oferta y sobre las ofertas (sobre 3) presentadas para la contratación, mediante concesión, del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y de los servicios conexos de limpieza viaria, limpieza y mantenimiento de playas, y limpieza y mantenimiento de espacios verdes de titularidad municipal. Los mismos constan como Anexo I y II del Acta.

Fue, por ello, que la Mesa, además de entender adecuadamente justificada la oferta presentada por VALORIZA, acordó clasificar las proposiciones presentadas por los licitadores conforme al siguiente orden:

	<b>PUNTOS PLIEGO</b>	<b>UTE FCC- HERBUSA- CESPA</b>	<b>VALORIZA</b>	<b>OHL- INGESAN</b>
Criterios subjetivos	30	26,10	22,25	14,40
Criterios objetivos	70	66,79	68,17	67,20
<b>Total puntuación</b>	<b>100</b>	<b>92,89</b>	<b>90,42</b>	<b>81,60</b>

El informe fue publicado en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany y en el perfil del contratante el 30 de septiembre de 2016.

**Décimo.** Por Acuerdo de 27 de octubre de 2016 el Pleno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany acordó declarar la oferta económicamente más ventajosa la presentada por la UTE FCC-HERBUSA-CESPA y requerir a esta empresa para la aportación de la documentación exigida en el artículo 146 del TRLCSP y cláusula 16.1 del PCAP.

**Undécimo.** Finalmente, una vez presentada la documentación requerida, por Acuerdo de 16 de noviembre de 2016 el Pleno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany acordó adjudicar a la UTE FCC-HERBUSA-CESPA el contrato de servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y de los servicios conexos de limpieza viaria, limpieza y mantenimiento de playas, y limpieza y mantenimiento de espacios verdes de titularidad municipal, sujeto a regulación armonizada, por procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa, por importe de 47.984.859,46 euros.

**Duodécimo.** El acuerdo de adjudicación fue notificado a la recurrente el 16 de noviembre de 2016 siendo anunciado contra el mismo recurso especial en materia de contratación ante el Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany el 5 de diciembre de 2016.

**Decimotercero.** Con fecha 7 de diciembre de 2016 tuvo entrada en este Tribunal escrito de la recurrente interponiendo recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany de 16 de noviembre de 2016 relativo a la adjudicación del contrato a favor de la UTE FCC-HERBUSA-CESPA.

**Decimocuarto.** En fecha 22 de diciembre de 2016 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

**Decimoquinto.** En fecha 19 de diciembre de 2016 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, habiendo presentado alegaciones en este trámite OHL-INGESAN el 20 de diciembre de 2016 y CESPA el 22 de diciembre de 2016.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** De acuerdo con el art. 41.1 y 3 del TRLCSP, de 14 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, junto con la Resolución de 10 de diciembre de 2012 (BOE de 19 de diciembre de 2012) por la que se publica el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sobre atribución de competencias de recursos contractuales, de fecha 29 de noviembre de 2012, este Tribunal es competente para conocer del recurso especial en materia de contratación.

**Segundo.** La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, a cuyo tenor "*Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso*".



**Tercero.** La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

**Cuarto.** El recurso se formula contra el acuerdo de adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada que es susceptible de recurso especial de acuerdo con los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

**Quinto.** Visto lo anterior procede adentrarse en el análisis de las alegaciones de la recurrente que, con carácter previo a la resolución del recurso, solicita que se le dé acceso completo al expediente.

De este modo en el recurso presentado la recurrente solicita que se le dé acceso al expediente, concretamente a aquellas partes de la oferta de la adjudicataria que fueron por ella declaradas confidenciales (Sobre nº 3, Tomo 13 Seguridad y prevención de riesgos, Tomo 15 Comunicación y sensibilización, Tomo 12 Medios materiales, y Sobre nº 2).

Petición de acceso que se basa en que *“no ha podido instruirse suficientemente en el expediente de licitación, por lo que este hecho, no le permite ejercer debidamente su derecho a recurrir, en este caso, difícilmente se puede realizar tal recursos si se desconocen los términos exactos en los que fue realizada la oferta de la adjudicataria”*.

Por ello en el suplico solicita que se le conceda el trámite de audiencia solicitada y el trámite correspondiente de alegaciones complementarias.

Petición que, ya se adelanta, ha de ser desestimada por este Tribunal, de conformidad con lo señalado en resoluciones como la Resolución 732/2016, de fecha 23 de septiembre de 2016, recurso 614/2016, contra la Resolución de la Alcaldía del Excmo. Ayuntamiento de Alcoy, de fecha 21 de junio de 2016, por la que se adjudicaba el contrato relativo a la prestación del servicio de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Alcoy. Así, conforme a la misma:

*“Sexto. El primer motivo de recurso alegado por la recurrente es la denegación de acceso íntegro a la información de las ofertas sin que la resolución esté adecuadamente motivada.*

*Según se menciona en el antecedente segundo, resulta del expediente que la recurrente solicitó al órgano de contratación examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del*

*recurso especial dentro del plazo establecido para la interposición del recurso especial en materia de contratación.*

*Formulada esta solicitud, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 16.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. El referido precepto establece que, formulada tal solicitud, el órgano de contratación “tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”*

*Asimismo, consta en el expediente que el órgano de contratación dio cumplimiento a la referida obligación (documento 52), si bien denegó el acceso a determinados documentos presentados por la adjudicataria. La cuestión se centra en determinar si la denegación del acceso a tales documentos se encuentra amparada por los artículos 140 y 153 TRLCSP y si se han respetado las formalidades exigidas por la ley.*

*Este Tribunal ha declarado reiteradamente que ni el principio de confidencialidad es absoluto ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente, que se configura como una garantía del administrado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificado por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos cuyo acceso se quiere limitar la carga de declarar su confidencialidad. Realizada esta declaración, el artículo 140.1 TRLCSP establece que “los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”. Ahora bien, este Tribunal ha señalado que una declaración de confidencialidad que afecte a toda la documentación presentada por el licitador resulta improcedente. Así, en la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó:*

*“puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar*

*aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente –de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado”.*

*En el caso que nos ocupa, la adjudicataria había declarado confidencial la mayor parte de la documentación presentada, incluida la oferta económica. La documentación que fue facilitada por el órgano de contratación a la recurrente comprendía:*

*“Oferta presentada por el licitador UTE Telefónica de España, SAU, - Telefónica Móviles España, SAU:*

*SOBRE B punto 1) "Aspectos requeridos no valorados económicamente"*

*SOBRE B punto 2) desde página 16 a 34”.*

*Asimismo, señala la diligencia incluida en el expediente como documento número 52: “No obstante, habiendo sido requerida la documentación aportada por la mercantil UTE TELEFONICA ESPAÑA, SAU- TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, SAU, como Anexo 1 del sobre B, así como la solución técnica presentada por la adjudicataria, no se hace entrega por haber sido la misma calificada como confidencial, y no formar parte de la oferta”.*

*Por su parte, el Ayuntamiento de Alcoy, en el documento denominado “DACIÓ DE COMPTE DE L'INFORME DEL TSA DEL DEPARTAMENT DE CONTRACTACIÓ EN RELACIÓ AL RECURS ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRACTACIÓ INTERPOSAT CONTRA LA RESOLUCIO DE L'ALCALDIA DE DATA 21 DE JUNY DE 2016”, señala:*

*“Al respecto, conviene manifestar que, si bien es cierto que la adjudicataria designó la mayor parte de su oferta como confidencial (incluida la oferta económica en sí misma), el Departamento de Contratación, solicitado el acceso y copia de la misma por parte de la mercantil VODAFONE, diferenció entre aquellos aspectos que, pese a ser calificados como tal, formaban parte de la oferta económica y/o de los criterios cuantificados automáticamente distintos del precio, que son valorables*

*y públicos, y aquellos otros que, pese a estar incluidos en el Sobre B, eran aspectos no valorables como criterios de adjudicación y que sí podían comprometer la organización o negocio de la adjudicataria.”*

*Desde otra perspectiva, debe recordarse que a lo que debe darse acceso a los recurrentes es al “expediente”. Hasta ahora, no existía una definición legal de lo que ha de considerarse expediente, pero tal laguna ha sido llenada en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, que debe ser utilizada como criterio interpretativo, aun cuando todavía no se encuentre en vigor, y cuyo artículo 70.1 señala:*

*“Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla”*

*En consecuencia, los documentos que no hayan servido de antecedente y fundamento para la resolución administrativa no deben considerarse incluidos en el expediente, aun cuando fueran presentados por la licitadora junto con la documentación relevante. Esto conduce a que la documentación como anexo 1 del sobre B no deba considerarse integrada en el expediente, de forma que el derecho de acceso al expediente de la recurrente no comprende tal documentación.*

*En cambio, la documentación que haya servido de fundamento a la resolución debe considerarse comprendida dentro del expediente, de forma que, en principio, la recurrente tendría acceso a ella. Este acceso puede verse limitado por la declaración de confidencialidad del licitador que presenta tal documentación. Para evitar que esta posibilidad pueda ser utilizada en fraude de ley, corresponderá al órgano de contratación valorar si tal documentación afecta a secretos técnicos o comerciales o se corresponde con aspectos confidenciales.*

*En el caso que nos ocupa, también el órgano de contratación llevó a cabo adecuadamente esta labor al dar acceso a documentos que formaban parte de la oferta económica o de los criterios cuantificados automáticamente distintos del precio, a pesar de haber sido declarada confidencial por la recurrente.*

*Por último, en cuanto al aspecto formal de la actuación del órgano de contratación, cabe recordar que el artículo 153 TRLCSP se refiere a la necesidad de dejar constancia en el expediente de la falta*

*de comunicación de determinados datos, extremo éste que se ha cumplido en el caso que nos ocupa.*

*Todo lo expuesto conduce a la desestimación del motivo de recurso formulado”.*

**Sexto.** Conclusiones las anteriores que trasladadas al caso que nos ocupa conducen a la desestimación de la solicitud de acceso al expediente presentada por la recurrente.

Y es que, en primer lugar, cabe recordar que el artículo 140 del TRLCSP señala:

*“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.*

*2. El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor”.*

Y fue precisamente sobre la base de este artículo que tanto la adjudicataria como OHL-INGESAN declararon confidenciales determinadas parte de su oferta, concretamente la oferta técnica y parte de la oferta económica.

Por otro lado, cabe señalar como la respuesta del órgano de contratación a la petición de vista de expediente fue motivada al acceder a la misma *“salvo aquella documentación indiada como confidencial en las ofertas de los licitadores en el procedimiento”.*

Existe, por lo tanto, una decisión fundada y razonada por el órgano de contratación denegando el acceso al expediente en aquellos extremos declarados confidenciales por los licitadores con lo cual esta información no podía ser divulgada por el órgano de contratación.

A mayor abundamiento cabe poner de manifiesto cómo la recurrente en su escrito tampoco detalla ni mucho menos especifica las razones por las cuales debe dársele acceso a la oferta técnica presentada por la finalmente adjudicataria para poder fundamentar su recurso máxime cuando, además, los informes elaborados por los técnicos del Ayuntamiento de Sant Antony de Portmany han sido publicados y por ende conocidos por la ahora recurrente (que de hecho en su recurso ha podido hacer cuantas alegaciones ha considerado convenientes).

Procede, por ello, la denegación de esta petición de la actora y entrar a conocer del fondo del asunto.

**Séptimo.** La primera alegación de la recurrente se basa en afirmar que, si bien ella fue requerida para que justificara la viabilidad de su oferta, la adjudicataria, cuya oferta a su juicio incurre también en valores anormales o desproporcionados, no fue requerida para ello, pese a que ofrecía una TIR inferior en un 15% a la media.

Así, para la recurrente, teniendo en cuenta las TIR propuestas (UTE FCC-HERBUSA-CESPA 5,91%, VALORIZA 7,73% y OHL-INGESAN 7,98%) *“calculando la media de las TIR, nos situaríamos en un porcentaje medio de 7,21%. Aplicando a la referida medida, el 15% requerido para determinar el umbral de temeridad, obtendríamos el 6,13%. En resumen:*

- *Media de las TIR: 7,21%*
- *Umbral de temeridad: 6,13%*

*... la TIR ofertada por las entidades adjudicatarias, ha sido de 5,91%, encontrándose, sin lugar a duda, incurra en valores anormales o desproporcionados”.*

Alegación que ha de ser estimada, sobre la base del tenor literal de la cláusula 20.4 del PCAP según la cual *“El órgano de contratación podrá estimar, por sí o a propuesta de la Mesa de contratación, que las proposiciones presentadas son anormales o desproporcionadas cuando la oferta económica presentada por el licitador, incurra en alguno de los siguientes supuestos:*

- *Cualquiera de los precios ofertados (ya sean individuales o alzados) por los servicios que son objeto del contrato estén incursos en los supuestos establecidos en el artículo 85 RGCAP.*

- *La Tasa Interna de Retorno (TIR) de la concesión, considerada la valoración de los medios y mejoras ofrecidos por el licitador, sea inferior en quince puntos porcentuales a la media de las TIR de los licitadores participantes en la licitación”.*

Por lo tanto, lo que requiere el pliego, para que la proposición sea declarada desproporcionada, es que la oferta económica sea inferior en quince puntos porcentuales a la media de las TIR de los licitadores participantes en la licitación. Así, si la media es 7,21%, como el propio órgano de contratación reconoce en su informe, las TIR por debajo del 15% de ese valor, en este caso 6,13%, estarán incursas en presunción de anormalidad o desproporción, situación que concurre en la oferta de la UTE adjudicataria en cuanto que su TIR ofertada es 5,91%.

En consecuencia, procede estimar el recurso en este punto, lo que determina la anulación del acuerdo de adjudicación del contrato, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la valoración de las ofertas anormales o desproporcionadas al objeto que se requiera la debida justificación a la UTE FCC-HERBUSA-CESPA.

A estos efectos interesa anotar que, si bien la estimación del recurso en este punto haría innecesario examinar el resto de cuestiones alegadas, al objeto de evitar recursos posteriores sobre el mismo fondo, se examinan a continuación el resto de las alegaciones realizadas por la empresa recurrente.

**Octavo.** En segundo lugar, considera la recurrente que en la oferta presentada por la adjudicataria existen diversos incumplimientos, entre ellos, en primer término, que en el estudio económico realizado por la UTE adjudicataria no se distingue entre el coste destinado a peón de limpieza y el destinado a peón de recogida, mientras que el Convenio Colectivo a aplicar recoge un salario base distinto para cada una de estas categorías.

Alegación que ha de ser rechazada sobre la base de que, ciertamente, como señala el informe del órgano de contratación *“en la documentación que rige el contrato considerado, el estudio económico-financiero no es objeto de valoración. Su función en el procedimiento es la de ofrecer al órgano de contratación elementos de juicio sobre la coherencia de los elementos valorables de la oferta”.*

Por lo tanto, y al no ser el estudio económico-financiero objeto de valoración, conforme a la cláusula 13 del PCAP es por lo que no puede admitirse la pretensión de la recurrente de excluirse a un licitador por ese motivo.

En todo caso, el hecho de indicar en la oferta un salario distinto al fijado por el convenio colectivo aplicable no es motivo de exclusión de la oferta, tal y como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones (por todas, Resolución 155/2016, de 19 de febrero).

A mayor abundamiento, como señala el informe del órgano de contratación, *“Lo que el recurrente censura a la oferta del adjudicatario es que emplea el coste del peón diurno como referencia indistintamente para limpieza y recogida en horario diurno, lo que supone un ligero menor coste de personal en las eventuales labores de recogida diurna de RSU, mientras que aplica, igualmente de manera indistinta el coste del peón nocturno tanto para labores de recogida de RSU como de limpieza, lo que supone lógicamente un mayor coste de personal de la limpieza realizada en horario nocturno.*

*En cualquier caso, debe destacarse que el coste de personal de la oferta de la adjudicataria es de 3.064.051,31 euros, más elevado que el previsto por el estudio del tercer licitador (2.834.685,09 euros), o incluso el de la propia recurrente (2.473.577,67 euros). De estas consideraciones cabe concluir que es obvio que la coherencia de la oferta del adjudicatario, en este concreto apartado, es evidente”.*

**Noveno.** En tercer lugar, considera la recurrente que la adjudicataria no contempló en su oferta la partida de achatarramiento prevista en la cláusula 10.2.2 del PPT según la cual *“Será obligación del adjudicatario abonar el valor de achatarramiento de los vehículos procedentes del anterior contrato, independientemente de si estos son asimilados por el nuevo contrato como vehículos de reserva o son dados de baja. El valor de achatarramiento se estima en 20.000 euros (sin IVA imputable). Se valorará el incremento de este importe a abonar en favor del Ayuntamiento”.*

Y ello porque la UTE adjudicataria, en su memoria económica, contempló esta partida como un ingreso en lugar de proponerlo como un coste. A mayor abundamiento señala que la UTE consideró este ingreso como una inversión negativa (minoración de la inversión), e incluyó gastos financieros sobre una cantidad negativa, obteniendo así una cantidad de ingresos mayor.

Alegación que es respondida por el órgano de contratación señalando, en primer lugar, en su informe, que la partida de achatarramiento es una obligación prevista en el PPT y que, como tal, ha de ser cumplida por el adjudicatario con independencia de que la haya mencionado en su oferta.

Por lo demás, señala el informe del órgano de contratación como, *“por error de la oferta, lo que debería ser un coste se convierte en un menor valor de la inversión. No obstante...el efecto que dicho error tiene sobre el modelo económico es prácticamente inexistente. La inversión en gastos directos pasaría de 306.838 euros a 346.838 euros y su amortización más financiación sería de 39.629,30 euros (en lugar de 35.058,94 euros), de modo que la amortización de la inversión total ascenderá a 625.302,07 euros en lugar de 620.731,71 euros. El efecto del error es, por tanto, globalmente considerado, de 4.570,36 euros”*.

Además, pone de relieve este informe, como la recurrente incurrió en un error parecido por lo que, por aplicación del principio de libre concurrencia, no puede alegar ahora que la existencia de un error similar en la oferta de la adjudicataria supone una clara ventaja competitiva para ella.

Procede, por ello, el rechazo de las alegaciones de la recurrente en relación con esta cuestión.

**Decimo.** En cuarto lugar, entiende la recurrente que la adjudicataria no incluyó en su oferta la obligación prevista en la cláusula 4.1.38 del PPT de contar con un 2% de contenedores para reposición (*“Será obligación del adjudicatario el cumplimiento de lo establecido en los pliegos en el capítulo Reserva para Contingencias. Asimismo, el adjudicatario considerará la dotación de un 3% en concepto de reserva (en las condiciones establecidas en estos pliegos) y un 2% en concepto de reposición”*).

Afirmación que, sin embargo, según el informe del órgano de contratación, no es cierta ya que *“según la oferta de la UTE FCC-HERBUSA-CESPA, el coste de la reposición anual de contenedores (2%) está incluido en los costes de mantenimiento”*. Y añade *“Supone un importe total anual de 14.640,31 euros frente a los 10.326,70 euros contemplados en esta partida por VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES”*.

**Decimoprimer.** Alega igualmente la recurrente que la UTE adjudicataria no incluyó el servicio obligatorio de limpieza de márgenes de carreteras previsto en la cláusula 4.1.58 del PPT (*“Serán objeto de las labores de limpieza la totalidad de las márgenes de carreteras del municipio. Estas labores de limpieza deben realizarse simultáneamente con las de desbroce de márgenes, coordinando los servicios de forma adecuada. Las labores de limpieza y desbroce se realizarán con una frecuencia mínima de un año. En todo caso, y si la situación de las márgenes de las carreteras*

*fuera deficiente, el Ayuntamiento solicitará al adjudicatario la realización de labores adicionales sin que medie contrapartida alguna por parte del Ayuntamiento”).*

Lo cual es respondido por el órgano de contratación en su informe señalando, al igual que en relación con la alegación anterior, que los licitadores, por el mero hecho de presentación de las ofertas, aceptan la totalidad de las cláusulas del PCAP sin limitación alguna (e igual las del PPT). Por lo tanto, *“pretender que, por el hecho de no mencionar expresamente su compromiso de realizar la prestación señalada, la oferta de la adjudicataria excluye su cumplimiento, constituye una interpretación absolutamente tergiversada de la legislación contractual”.*

En todo caso, en las alegaciones presentadas por CESPAS, esta empresa, integrante de la UTE adjudicataria, señala como el servicio de limpieza de márgenes de carreteras sí está incluido y valorado en la oferta presentada, concretamente en el Tomo VIII. Servicio de mantenimiento básico de los espacios verdes, páginas 91, 92 y 93 donde se indican los medios y jornadas prevista por temporada para la realización de las labores de *“Mantenimiento de cunetas y espacios abiertos en vías urbanas”.*

**Decimosegundo.** Por último, considera la recurrente que ha habido arbitrariedad en la asignación de puntos correspondientes a la optimización en la generación de residuos como consecuencia de la prestación de los servicios. Y ello porque su oferta ha obtenido 0 puntos en este criterio por haber incluido planes de optimización de los residuos que se generan en el municipio y no planes de optimización de los residuos generados por la prestación de los propios servicios.

Alegación que ha de ser rechazada, ya que el PCAP era claro al señalar que uno de los criterios de valoración de las ofertas era la *“optimización en la generación de residuos como consecuencia de la prestación de los servicios”* (criterio no automático contemplado como subcriterio de las mejoras medioambientales, cláusula 13 del PCAP).

Por lo tanto, ha de ser rechazada la interpretación de la recurrente que, como señala el informe del órgano de contratación, *“resulta evidentemente forzada”* y ello porque *“los residuos cuya recogida y tratamiento es objeto del contrato no son “residuos producidos como consecuencia de la prestación de los servicios” de la empresa adjudicataria”.* Y añade como “por otro lado, y como contestación a su queja en el sentido de que *“de haberlo sabido” el recurrente hubiera modificado los términos de su oferta, no puede menos que señalarse que, durante todo el plazo de presentación de ofertas los*

*licitadores han podido solicitar las aclaraciones que han estimado pertinentes al órgano de contratación, y que este las ha contestado puntualmente, y expuesto en su Perfil de contratista para general conocimiento”.*

Por lo demás, y en cuanto a la concreta valoración contenida en el informe, cabe recordar cómo la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la mesa de contratación constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor.

Este Tribunal, con base en esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha tenido ocasión en numerosas Resoluciones de pronunciarse acerca de esta cuestión sosteniendo que sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabe entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar “*un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos*” (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 93/2012).

En esta misma línea, hemos señalado en nuestras resoluciones nº 269/2011 y 280/2011: “*En fin, en cuanto a irregularidad de la valoración técnica, como ha señalado anteriormente este Tribunal, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los*

*aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.*

Partiendo de lo anterior, tras analizar el informe emitido por el técnico municipal que, antes al contrario de lo que se señala por la recurrente, es un informe exhaustivo y pormenorizado en el que no se aprecia que se haya incurrido en errores ni que se hayan utilizado criterios arbitrarios o discriminatorios.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada el día de la fecha, **ACUERDA:**

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. P. P. S., en representación de la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, de fecha 16 de noviembre de 2016, por el que se adjudica el contrato del “*servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y de los servicios conexos de limpieza viaria, limpieza y mantenimiento de playas, y limpieza y mantenimiento de espacios verdes de titularidad municipal*” a la UTE formada por FOMENTO CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., HERBUSA, S.A.U. y COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS AUXILIARES (CESPA), anulando la adjudicación del contrato, y retrotrayendo las actuaciones al momento previo a la valoración de las ofertas anormales o desproporcionadas al objeto que se requiera la justificación necesaria a la UTE FCC-HERBUSA-CESPA, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento séptimo de esta resolución.

**Segundo.** Alzar la suspensión acordada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.