



Roj: **STSJ AR 1306/2017 - ECLI: ES:TSJAR:2017:1306**

Id Cendoj: **50297330012017100363**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **01/07/2017**

Nº de Recurso: **247/2012**

Nº de Resolución: **383/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA ISABEL ZARZUELA BALLESTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

- SECCION PRIMERA -

RECURSO N º 247 de 2.012

SENTENCIA NUMERO:00383/2017

S E N T E N C I A N º 383 DE 2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

D. JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR

MAGISTRADOS :

D. JESÚS MARIA ARIAS JUANA

Dª ISABEL ZARZUELA BALLESTER

D. JUAN JOSE CARBONERO

=====

En Zaragoza, a uno de julio de dos mil diecisiete.

En nombre de S. M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON, Sección Primera, el recurso número 247 de 2012, seguido entre partes; como demandante la entidad **FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.**, representada por la Procurador Dª Ana Revilla Fernández, y asistida por el Letrado D. Manuel Liébana Andrés; como demandada, el **CONSORCIO DE LA AGRUPACIÓN N° 8 DE TERUEL**, representado y asistido por el Letrado de la Comunidad Autónoma; y como codemandada la **UTE GRUPORAGA, S.A.-JOSE ANTONIO ROMERO POLO, S.A.U**, representada por el Procurador D. Ángel Ortiz Enfedaque, y asistida por el Letrado D. Alejandro Puerta López-Cózar.

Es objeto de impugnación el Acuerdo 42/2012, de 27 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se desestima el recurso especial, interpuesto por la entidad **FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.**, frente a la adjudicación del contrato denominado "Gestión del Servicio Público de Eliminación de Residuos en el vertedero de la Agrupación de Gestión de Residuos Sólidos urbanos nº 8 Teruel (Residuos Urbanos).

Procedimiento : Ordinario.

Cuantía: Indeterminada.



Ponente : Ilma. Sra. Magistrado D^a ISABEL ZARZUELA BALLESTER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora mediante escrito que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en fecha 23 de noviembre de julio de 2012, interpuso recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo citada en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO.- Previa la admisión a trámite del recurso y recepción del expediente administrativo, se dedujo la correspondiente demanda, en la que tras relacionar la recurrente los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables concluía con el suplico de que se dictara sentencia por la que se estime el recurso interpuesto, anule el acuerdo impugnado que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Fomento de Construcciones y Contratas S.A contra el acuerdo de fecha 29 de agosto de 2012 de la Junta del Gobierno del Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel que adjudicó a la oferta de la Unión Temporal de Empresas formada por Gruporaga S.A. y José Antonio Romero Polo S.A.U. el contrato de "Gestión del servicio público de eliminación de residuos en el vertedero de la Agrupación de gestión de residuos sólidos urbanos nº 8 de (Teruel), y declare que la oferta de la citada Unión Temporal de Empresas debió ser excluida de la licitación por incumplir prescripciones esenciales de los Pliegos de Condiciones, y acuerde retrotraer el expediente de licitación al momento anterior a la adjudicación del contrato a fin de que el órgano de contratación adjudique el contrato a la oferta formulada por Fomento de Construcciones y Contratas S.A. por haber resultado la proposición económicamente más ventajosa.

TERCERO.- Por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón en la representación que ostenta de la demandada y por la codemandada, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, solicitaron, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que estimaron aplicables, que se dictara sentencia por la que se desestime el recurso por ser conforme a derecho el acto impugnado.

CUARTO.- Recibido el juicio a prueba, con el resultado que obra en autos, y tras el trámite de conclusiones, se celebró la votación y fallo el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo, interpuesto por la representación de la entidad FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., determinar la conformidad o no a derecho del Acuerdo, anteriormente referido, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón -TACPA-, por el que se desestima el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad hoy actora, frente a la adjudicación del contrato denominado "Gestión de servicio público de eliminación de residuos en el vertedero de la Agrupación de residuos sólidos urbanos nº 8 (Teruel)", convocado por el Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel (Residuos Urbanos).

El TACPA, en la resolución ahora impugnada, tras la relación de Antecedentes de Hecho que señala, que no consideramos necesario reproducir, por lo que aquí interesa, en los Fundamentos de Derecho: Segundo, Tercero y Cuarto, después de señalar que las cuestiones de fondo sobre las que se plantea la nulidad de la adjudicación, se basan en el incumplimiento por la oferta del adjudicatario de las condiciones del PPT, indica que como ponen de relieve el órgano de contratación en su informe al recurso y el adjudicatario del contrato en sus alegaciones, la recurrente no cuestiona la valoración de la oferta de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCP) , sino que considera que la oferta de la UTE debería haber sido rechazada pues incumple los requisitos del PPT y resulta de imposible cumplimiento por incluir valores anormales o desproporcionados. Dichos incumplimientos se refieren a aspectos técnicos, lo que lleva al órgano de contratación a cuestionar en su informe la competencia de este Tribunal para conocer del recurso, por cuanto a su entender el examen de los motivos del mismo no encajaría en la función que tiene encomendada. Y ello en base a anteriores pronunciamientos de este Tribunal, en el sentido de que su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable. Y así es, la resolución del recurso requiere que el Tribunal examine si la actuación del órgano y la Mesa de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRCSP y normativa de desarrollo), y, en especial, a los Pliegos jurídico y técnico que constituyen la ley del contrato, si bien de acuerdo con la doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Supremo con respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, cuando se trate de cuestiones que evalúan criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. En definitiva,



corresponde a este Tribunal comprobar si se ha seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetando los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración de la propuesta del adjudicatario en cuanto a su adecuación a los requerimientos del PPT se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente.

Al analizar las cuestiones debatidas en los aspectos en los que la recurrente entiende que la oferta del adjudicatario incumple el PPT señala: En primer lugar, respecto a la aseveración de la recurrente que siendo el índice de compactación mínimo exigido en el PPT de 0,8 Tm/m³, el ofertado por la UTE durante la primera mitad del periodo de explotación es de 0,7 Tm/m³; que el adjudicatario, sin embargo, alega que FOMENTO ha utilizado interesadamente el cálculo realizado para estudiar el incremento de la vida útil del vertedero, y que queda acreditado en su oferta que la compactación media será de 0,82, 0,83 y 0,87 Tm/m³ en las tres fases; el órgano de contratación por su parte considera, con una extensa argumentación que este Tribunal considera justificada, que dicho nivel no es una prescripción técnica de carácter obligatorio, sino un parámetro que opera a efectos del cálculo de la vida útil del vertedero. Este parámetro será considerado a la hora de valorar el cumplimiento de una condición esencial de ejecución, como es la densidad de compactación mínima, y sobre ese nivel mínimo de 0,8 Tm/m³ resultará de aplicación el régimen de penalidades establecido en el PPT. Y, sigue diciendo, como argumenta el órgano de contratación, "en caso de considerar esta densidad mínima de 0,8 Tm/m³ como una prescripción mínima no habría lugar, al contrario de cómo así se hace, a permitir su incumplimiento con la consiguiente previsión de imposición de penalidades o, en su caso, incluso la posibilidad de considerar su incumplimiento causa de resolución. Precisamente del hecho de que se permita el incumplimiento de la densidad de compactación de 0,8 Tm/m³, aun cuando de ello se deriven unas consecuencias negativas para el contratista, se deduce que no estamos ante una prescripción mínima; si se tratase de una prescripción técnica no estaría permitido su incumplimiento, aun penalizado"; En segundo lugar la recurrente cuestiona el incremento de la vida útil del vertedero que oferta la UTE, de 26,83 años. El órgano de contratación explica que esta cuestión ha sido valorada dentro del criterio "Mejoras" en el informe técnico, considerando solo una ampliación de 4,13 años (suma de 2,73+1,40), que fue el dato que los técnicos consideraron suficientemente justificado en la oferta. Este extremo, y su fundamentación, se motiva de manera correcta en el informe técnico de valoración incorporado en el expediente. Los motivos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del recurso se basan en la inconsistencia de la oferta económica, en cuanto que el Plan Económico-Financiero que presenta la UTE no ha tenido en cuenta aspectos tales como: las obligaciones en materia de sustitución de bajas, vacaciones y absentismo, los gastos de explotación del vertedero y las inversiones de clausura y postclausura del mismo, la errónea estimación en cuanto al consumo de combustible de la maquinaria pata cabra y la inviabilidad de la cantidad ofertada como "variación sobre el volumen estimado de residuos que no implicará restablecimiento del equilibrio económico del contrato" para el que el valor base de licitación era de 2.500 Tm/año, y la UTE oferta 9.150 Tm/año. En el informe del órgano de contratación al recurso se pone de relieve que el Plan Económico-Financiero que se exigía presentar a los licitadores no tenía un contenido obligatorio, que el PCAP incluía un borrador a los meros efectos de modelo, y que el Plan presentado por la UTE fue efectivamente el menos detallado y preciso, y por ello fue valorado con la peor de las puntuaciones, dato que se constata en el informe de valoración. Afirma el órgano de contratación que la imprevisión o el error en el cálculo de costes en el Plan Económico-Financiero de la UTE, que alega la recurrente, no sirven para justificar una inconsistencia de la oferta económica realizada, concepto diferente de aquel, y que dicha falta de previsión en ningún caso servirá para justificar el incumplimiento de las cláusulas de los Pliegos, pues en base al principio de "riesgo y ventura" que asume el contratista en la ejecución del contrato, deberá cumplir con dichas obligaciones, sin que se vea afectado el precio pagadero por tonelada de residuo eliminado que debe abonar la entidad contratante. Además, sobre las inversiones relativas a la clausura y postclausura del vertedero en concreto, explica la existencia de garantías específicas para el cumplimiento de estas obligaciones derivadas de la aplicación de la normativa medioambiental y que se recoge en la cláusula 1.3 del PPT. El adjudicatario por su parte argumenta de forma somera la viabilidad de su Plan Económico-Financiero y se remite en último caso a la asunción de la ejecución del contrato a su "riesgo y ventura". Por último y como consecuencia de todas las cuestiones alegadas, el recurrente entiende que la oferta de la UTE es confusa y genérica, que no queda garantizado el cumplimiento del contrato en los términos establecidos en los Pliegos y que, resultándole aplicable el artículo 152.2 TRLCSP, debe ser considerada anormal o desproporcionada. La interpretación que hace la recurrente del artículo 152.2 TRLCSP es totalmente errónea, primero porque la aplicación del precepto solo puede basarse en los parámetros estrictos que el órgano de contratación haya establecido en el PCAP, en este caso en la cláusula 14, y segundo porque no es posible que el órgano de contratación rechace de forma automática la oferta con valores anormales o desproporcionados, sino que exige la tramitación de un procedimiento contradictorio previo, de conformidad con la doctrina sentada por este Tribunal en sus acuerdos, entre otros, 5/2002, de 24 de enero, y 6/2012 de 31 de enero. En definitiva, concluye que como se ha señalado, corresponde a ese Tribunal comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetando los principios de la contratación, y



que, no existiendo un error material, la valoración de la oferta de la UTE en cuanto a su adecuación al PPT, se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente. Todos estos aspectos han quedado acreditados en el expediente de contratación del contrato denominado "Gestión del servicio público de eliminación de residuos en el vertedero de la Agrupación de gestión de residuos sólidos urbanos nº 8 (Teruel)", convocado por el Consorcio de la Agrupación nº 8 de Teruel, por lo que no procede la estimación de ninguno de los motivos del recurso.

SEGUNDO.- Frente al Acuerdo objeto del recurso, la entidad recurrente, después de señalar con carácter previo que el Tribunal Administrativo, para dictar el acuerdo aquí recurrido, se ha basado únicamente en los argumentos contenidos en el Informe del Secretario del Consorcio de fecha 19 de septiembre del 2012 y en las alegaciones formuladas por la UTE ante dicho Tribunal (que se mencionan en el acuerdo, pero no obran en el expediente), asume las argumentaciones del órgano de contratación (basadas en un informe de un funcionario de formación jurídica que aborda cuestiones técnicas y económicas) sin tener a la vista el contenido de la ofertas a fin de contrastar si lo que afirman el órgano de contratación y la UTE se ajusta a lo realmente ofertado. El Tribunal Administrativo, al menos por lo que respecta a las cuestiones técnicas y económicas objeto del recurso, ha juzgado por referencias, sin disponer, y por tanto sin analizar, la ofertas, lo que le resta credibilidad a su decisión, aduce como motivos de impugnación, en esencia: Primero.- Que la oferta de la UTE incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas en lo referente al nivel de compactación del vertedero, y debió ser excluida; Segundo, y Tercero.- La oferta de la UTE incumple el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en lo que hace referencia al personal; y en materia de inversiones y coste de clausura y postclausura del vertedero; Cuarto.- La oferta de la UTE incumple el Pliego en materia de gastos de explotación del vertedero; Quinto.- Inconsistencia de la oferta económica en lo concerniente al consumo de combustible de la maquina pata de cabra; Sexto.- Inviabilidad de la oferta de UTE en el caso de variación a la baja de las TN gestionadas en el vertedero; Séptimo.- Las ofertas que incumplen los Pliegos deben ser rechazadas, con cita de Sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo; Octavo.- Sobre la Discrecionalidad Técnica. Realmente el Tribunal Administrativo no ha entrado a comprobar si la oferta de UTE incumple las prescripciones de los Pliegos alegados por la actora, sino que se limita a comprobar cuestiones procedimentales y de competencia, sin abordar en profundidad los incumplimientos alegados por considerar que se trata de cuestiones de carácter técnico amparadas por el principio de discrecionalidad de la Administración. Limitándose a afirmar que en el expediente existe motivación adecuada y suficiente de la puntuación otorgada a cada oferta, pero no analiza si la oferta de UTE cumple con las prescripciones esenciales de los Pliegos, ni si es viable desde el punto de vista técnico y económico. Se dan por buenas las valoraciones efectuadas por el Ingeniero Sr. Torcuato y por el órgano de contratación, sin mayores explicaciones, con cita de Sentencias del Tribunal Supremo; y Noveno.- Sobre la valoración de las ofertas. Sostiene que por lo que razona en los puntos anteriores, la oferta de la UTE debió ser rechazada. Pero fue objeto de valoración y puntuación. En la valoración del sobre Dos u oferta técnica por los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor, el criterio que más puntúa -hasta 12 puntos- en el denominado "Mejoras al proyecto de nuevos vasos de vertido en el vertedero de RSU y sus fases de ampliación a medio y largo plazo", sosteniendo que el incremento de la vida del vertedero que propone la UTE no está técnicamente justificado, se basa en cálculos erróneos y es imposible con los medios ofertados, y 2) En la valoración del sobre TRES u oferta económica por los criterios cuya valoración puede realizarse mediante cifras y porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas, el criterio que mas puntúa es el denominado "Precio pagadero por tonelada de residuos admitida para su eliminación en el vertedero" y dada la elevadísima ponderación de este criterio en la valoración de las ofertas, debe procederse previamente a homogeneizar las ofertas, a fin de que los precios ofertados comprendan los mismos conceptos. De lo contrario se estarían valorando y puntuando cosas distintas, precios no comparables y conforme al dictamen pericial que aportó entiende que el resultado final de la valoración y puntuación de la oferta hubiese sido distinto. La oferta de la recurrente hubiese sido la mejor puntuada.

TERCERO.- Los motivos de impugnación no pueden prosperar. Antes de comenzar el examen de los mismos, hay que recordar que nos encontramos ante la adjudicación de un contrato denominado "Gestión del Servicio Público de Eliminación de Residuos en el vertedero de la Agrupación de Gestión de Residuos Sólidos urbanos nº 8 Teruel (Residuos Urbanos), modalidad concesión, procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación. Servicio público que ha de prestarse, según las cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas; cláusulas de los Pliegos, que forman parte del contenido de los contratos, y han de interpretarse conforme al sentido más adecuado para que surtan efecto - art. 1284 del Código Civil -. Y es una característica propia del contrato de concesión el "riesgo y ventura del contratista", riesgo de la explotación económica del servicio publico concedido que en este tipo de contratos, a diferencia de lo que sucede en los contratos de servicios, asume el concesionario; como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de febrero de 2014 , con cita de otra que reitera jurisprudencia anterior, se refiere "a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes lo que elimina lo que provenga



de su propio actuar. Es consustancial a la contratación pública que el riesgo corre a cargo del contratista. Mas también que debe diferenciarse de elementos extraños al contrato que pueden afectar a su curso normal dando lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión como mecanismo capaz de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales".

CUARTO.- Comenzando por el examen de la primera cuestión planteada, insiste la recurrente, con cita de la Cláusula 57 del PCAP -que reproduce-, y Anexo I del PPT, denominado: "Proyecto de Nuevo vaso de vertido en el vertedero de R.S.U. de la Agrupación nº 8 Teruel" redactado en enero de 2012 por el Ingeniero de Caminos D. Torcuato , concretamente apartado 7...., que considera que "la densidad esperada en el vertedero es de 0,8 Tn/m³" -entendiendo que dicho Proyecto es un documento contractual incorporado como anexo al Pliego de Prescripciones Técnicas, y que la densidad mínima esperada constituye un parámetro de obligado cumplimiento por los licitadores en sus ofertas-, en que la UTE", incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas en lo referente al nivel de compactación del vertedero, y debió ser excluida, al decir en su oferta, - apartado 2.2.2 que "Se ha considerado una densidad de compactación de 0,7 Tn/m³ durante la primera mitad del periodo de explotación con cada periodo de llenado, una densidad de 0,92 Tn/m³ durante el 40% de la segunda mitad del periodo de explotación y un 1#15 Tn/m³ durante la última parte del periodo de explotación...", del documento denominado "Mejoras al proyecto del nuevo vaso del vertido en el vertedero R.S.U y sus fases de ampliación a medio y largo plazo.

Contrariamente a lo pretendido, tal incumplimiento no se produce al no existir ni en el PCAP ni en el PPT la exigencia mínima de compactación de 0,8 Tn/m³ durante toda la vigencia del contrato. El citado Artículo 57 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece las "condiciones de ejecución del contrato de carácter esencial" cuyo incumplimiento constituye causa de resolución del mismo; el apartado c) señala como causa de resolución "el incumplimiento reiterado del nivel de compactación establecido en la oferta del adjudicatario. Se entenderá que existe reiteración cuando se haya superado el nivel de compactación en 4 mediciones en el lapso temporal de dos años". Y el citado Anexo I del PPT -Proyecto de nuevo vaso de vertido en el vertedero de RSU de la Agrupación núm. 8 Teruel redactado en enero de 2012 por el Ingeniero de Caminos D. Torcuato -, referido a la vida útil del vertedero, establece en el artículo 7 que "... para los cálculos de capacidad y vida del vertedero, en las diferentes fases de llenado, estimamos una media de 35.000 Tn/año, es decir, 2.916 Tn/mes. Si la densidad esperada en el vertedero es de 0,8 Tn/m³, esto representa 3.645 m³/mes de basuras, que incrementado en un 10% en tierras de recubrimiento periódico, se convierte en vertedero en 4.009 m³/mes...., estimamos una vida útil para el vertido en la zona actual de unos 25 meses,...". Por lo que ha de entenderse, que tal densidad no ha sido establecida ni trasladada como prescripción técnica a los capítulos IV.- Condiciones técnicas de la explotación o V.- condiciones técnicas de la Construcción; al igual que hizo el TACPA y el órgano de contratación, como señalábamos con anterioridad, que entendió que dicho nivel no es una prescripción técnica de carácter obligatorio, sino un parámetro que opera a efectos del cálculo de la vida útil del vertedero. Este parámetro será considerado a la hora de valorar el cumplimiento de una condición esencial de ejecución, como es el nivel de compactación establecido en la oferta del adjudicatario. Igualmente se deduce del informe pericial de parte al analizar esta cuestión que tal grado mínimo de compactación no estaba configurado como un mínimo, aunque considere que debería serlo.

En el Segundo motivo de impugnación, con cita de la Cláusula 55 del PCAP -que reproduce-, aduce que la oferta de la UTE incumple el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en lo que hace referencia al personal, por entender, a la vista de la oferta del adjudicatario, que existe un incumplimiento de tal obligación por la no inclusión en el Plan Económico Financiero partida alguna para suplir el personal de vacaciones o el absentismo, solo se contemplan como costes de personal el salario bruto de los tres empleados adscritos -con referencia al informe pericial de parte-, por lo que se incumple el citado artículo y debió ser excluida. El motivo tampoco puede prosperar como adelantábamos. Sin desconocer que lo dispuesto en los Pliegos ha de ser cumplido y los efectos que produce su incumplimiento, del contenido de la cláusula 55 PCAP que dispone: "El adjudicatario adscribirá a la ejecución del contrato el personal necesario para la correcta ejecución de las prestaciones que lo integran. Igualmente dispondrá de personal para cubrir las posibles bajas producidas en la plantilla titular con motivo de enfermedades, vacaciones, absentismo, accidentes, etc...", se deduce la obligación que asume el adjudicatario de contar con personal para cubrir las bajas y cuyo incumplimiento da lugar a la resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 57 PCAP; debiendo señalarse al respecto que los costes laborales, incluso el incremento de los mismos como resultado de la revisión de los convenios colectivos, son asumidos por el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura, como ha declarado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones; y, por otra parte, el Plan Económico- Financiero -objeto de valoración en el sobre dos- tiene carácter indicativo y no un contenido obligatorio; incluye un borrador orientativo, Anexo II), y, por lo tanto no exige desglose de partidas como pretende la recurrente. Así -como razona el Acuerdo del TACPA- en el informe del órgano de contratación al recurso se pone de relieve que "el Plan Económico-Financiero que se exigía presentar a los licitadores no tenía un contenido obligatorio, que el PCAP incluía un borrador a los



meros efectos de modelo, y que el Plan presentado por la UTE fue efectivamente el menos detallado y preciso, y por ello fue valorado con la peor de las puntuaciones, dato que se constata en el informe de valoración. Afirma el órgano -de contratación- que la imprevisión o el error en el cálculo de costes en el Plan económico financiero no sirven para justificar una inconsistencia de la oferta económica realizada, y que dicha falta de previsión en ningún caso servirá para justificar el incumplimiento de las cláusulas de los pliegos, pues en base al principio de "riesgo y ventura" que asume el contratista en la ejecución del contrato, deberá cumplir con dichas obligaciones, sin que se vea afectado el precio pagadero por tonelada de residuo eliminado que debe abonar la entidad contratante"

Y la misma suerte desestimatoria ha de correr el Tercero de los motivos de impugnación que, con cita de la Cláusula 63 del PCAP -que reproduce -, aduce que la oferta de la UTE incumple el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en materia de inversiones y coste de clausura y postclausura del vertedero; la fundamentación jurídica se basa -al igual que en el motivo anterior y en los que veremos con posterioridad, motivos: cuarto y quinto - en el incumplimiento de la oferta propuesta por UTE por falta de sostenibilidad o inconsistencia económica de la misma, que la fundamenta en la ausencia de previsión de determinadas partidas en el Plan Económico Financiero presentado, en el presente supuesto la falta de precisión de los coste de clausura y postclausura del vertedero. Lo razonado con anterioridad respecto al contenido del plan económico financiero es de aplicación al presente motivo de impugnación, si bien añadiendo que -como puso de manifiesto el órgano de contratación en el expediente del recurso especial y se señala en el Acuerdo del TACPA- la existencia de garantía específica para el cumplimiento de estas obligaciones derivadas de la aplicación de la normativa medioambiental y que se recoge en la cláusula 1.3 del PPT.

En el Cuarto motivo de impugnación alega la recurrente que la oferta de la UTE incumple el Pliego en materia de gastos de explotación del vertedero, señalando que en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, CAPITULO IV, Condiciones Técnicas de la Explotación; artículo IV.1., Explotación del Vertedero de Residuos Sólidos; Artículo I.1), Mantenimiento de la estructura del vertedero, se establece que: El adjudicatario proveerá al vertedero de la tierras necesarias para la cubrición y compactación diaria de residuos...; apreciándose en el Balance Explotación del Plan Económico y Financiero presentado por la UTE Romero Polo-Raga, la inexistencia de partida declarada para material necesario para la explotación.... Motivo igualmente desestimatorio, por la misma fundamentación anterior, toda vez que se valora en la oferta en el epígrafe mantenimiento de la instalaciones.... Y como afirma el informe del Consorcio que recoge la resolución impugnada del TACPA "no hay lugar a duda de que el coste de los materiales necesarios para la explotación de la instalación conforme a los requerimientos del PPT se encuentran incluidos en el precio por Tn de residuo que debe abonar la entidad contratante".

En el Quinto motivo alega, inconsistencia de la oferta económica en lo concerniente al consumo de combustible de la maquina "pata de cabra", particularmente desproporcionado de 11 l/hora, cuando según las especificaciones técnicas de la propia marca Caterpillar, el gasto mínimo de una máquina nueva de estas características es de 26 l/hora, con remisión al contenido del informe del Ingeniero Sr. Agapito que acompaño con el escrito de demanda; y debe correr la misma suerte desestimatoria, por los mismos fundamentos, y porque la errónea estimación en cuanto al consumo de combustible de la maquinaria "pata cabra" para conseguir una correcta compactación de los residuos, obligación del contratista en la ejecución del contrato, debe asumirla en base al principio de "riesgo y ventura", y deberá cumplir con dicha obligación, sin que se vea afectado el precio pagadero por tonelada de residuo eliminado que debe abonar la entidad contratante.

En el motivo Sexto aduce inviabilidad de la oferta de UTE en el caso de variación a la baja de las TN gestionadas en el vertedero en relación a la cláusula 14 b) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y apartado 3 a), con remisión al informe pericial de parte anteriormente referido. Tampoco puede tener favorable acogida. Hay que recordar, nuevamente, que nos encontramos ante un contrato de gestión de servicio público caracterizado por la trasmisión del riesgo y ventura al concesionario y que debe estarse a la fijación de los criterios en los PCAP por el órgano de contratación para valorar la desproporción o anormalidad de una oferta. Y no habiéndose formulado objeción alguna en tiempo y forma sobre los pliegos, la valoración se ha efectuado en este aspecto, conforme señala el TACPA, ajustándose a los criterios del pliego que no preveía un máximo de rebaja por encima del cual no se pudiera valorar la ofertada.

QUINTO.- En los motivos Séptimo y Octavo, respectivamente, sostiene que las ofertas que incumplen los Pliegos deben ser rechazadas, con cita de Sentencias de otros Tribunales de Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo; y se refiere a la Discrecionalidad Técnica, para sostener que realmente el Tribunal Administrativo no ha entrado a comprobar si la oferta de UTE incumple las prescripciones de los Pliegos alegados por la actora, sino que se limita a comprobar cuestiones procedimentales y de competencia, sin abordar en profundidad los incumplimientos alegados por considerar que se trata de cuestiones de carácter técnico amparadas por el principio de discrecionalidad de la Administración. Limitándose a afirmar que en el



expediente existe motivación adecuada y suficiente de la puntuación otorgada a cada oferta, pero no analiza si la oferta de UTE cumple con las prescripciones esenciales de los Pliegos, ni si es viable desde el punto de vista técnico y económico. Se dan por buenas las valoraciones efectuadas por el Ingeniero Sr. Torcuato y por el órgano de contratación, sin mayores explicaciones, con cita de Sentencias del Tribunal Supremo.

Al respecto hemos de recordar que según lo dispuesto en el art. 152.4 del TRLCSP y en el PCAP la decisión de considerar si la oferta puede o no ser cumplida corresponde al órgano de contratación, tras considerar la justificación efectuada por el licitador y el asesoramiento técnico del servicio correspondiente y que tal decisión supone un juicio técnico que obliga a recordar la doctrina jurisprudencial sentada sobre la discrecionalidad técnica de la Administración Pública, por todas, STS de 24 de septiembre de 2014 que dice: 1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración: "Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)".

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así: " Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE (EDL 1978/3879) ".

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

4.-Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE (EDL 1978/3879)) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación ".

En el presente caso, el Acuerdo del TACPA impugnado consideró suficientemente motivada la decisión del órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación del contrato, tras comprobar que en el expediente de contratación se han respetado los principios de la contratación y que, no existiendo un error material, la valoración de la oferta de la UTE en cuanto a su adecuación al PPT, se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente, basada en los informes emitidos por los técnicos en la evaluación de las ofertas conforme a los criterios previamente delimitados en los pliegos,



informes que gozan de la presunción de imparcialidad, y veracidad, que no han sido desvirtuados por el informe pericial de parte aportado por la actora, y que deben prevalecer.

Todo lo expuesto determina, sin necesidad de mayores consideraciones, que el recurso debe ser desestimado, al ser conforme a Derecho el Acuerdo del TACPA impugnado que desestimó que se desestima el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad hoy actora.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas a la recurrente, si bien, en uso de la facultad que confiere el apartado tercero de dicho artículo, se limitan, a la suma de 1.500 Euros por representación y asistencia letrada, a cada una de las partes que se ha opuesto al recurso.

En atención a lo expuesto, este Tribunal ha resuelto pronunciar el siguiente:

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo número 247 del año 2012, interpuesto por la entidad **FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.**, contra el Acuerdo referido en el encabezamiento de la presente sentencia.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la recurrente conforme a lo dispuesto en el último fundamento de esta Sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.