



Roj: **STSJ CLM 2590/2015 - ECLI: ES:TSJCLM:2015:2590**

Id Cendoj: **02003330012015100697**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2015**

Nº de Recurso: **194/2013**

Nº de Resolución: **421/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ANTONIO FERNANDEZ BUENDIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1

ALBACETE

SENTENCIA: 00421/2015

Recurso Contencioso-administrativo nº 194/2013

ALBACETE

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sección Primera.

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Borrego López.

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez González.

Ilmo. Sr. D. José Antonio Fernández Buendía.

SENTENCIA Nº 421

En Albacete, a veinte de julio de dos mil quince.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos, bajo el número 194/2013 del recurso contencioso-administrativo, seguido a instancia de Fomento de Benicasim, S.A. (FOBESA), representada por la procuradora doña María Victoria Arcar Martínez y dirigida por el letrado don Carlos Mínguez Plasencia, siendo parte demandada el Excmo. Ayuntamiento de La Roda, representado y dirigido por los Servicios Jurídicos de la Excmo. Diputación Provincial de Albacete, siendo parte codemandada Fomento de Construcciones y Contratadas, S.A., representada por el procurador don Francisco Ponce Rianza y dirigido por la letrada doña Raquel Ballesteros Pomar, en materia de Adjudicación de Contrato. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don José Antonio Fernández Buendía.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La representación procesal de la parte actora interpuso en fecha 23 de mayo de 2013 recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resolución número 116/2013, de 21 de marzo de 2013, recaída en el recurso 131/2013 C.A. Castilla La Mancha 017/2013, por la que se estimaba en parte el recurso especial en materia de contractual formulado por Fomento de Construcciones y Contratadas, S.A., contra la adjudicación por el Ayuntamiento de La Roda del contrato de "gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria del municipio de La Roda" y se ordenaba la retroacción del procedimiento de licitación para volver a puntuar las ofertas conforme a las apreciaciones contenidas en dicha Resolución, resolución posteriormente



rectificada por acuerdo 2/2013 en cuanto al error de hecho existente en la fundamentación jurídica de la Resolución 116/2013 insertado en ésta un nuevo criterio que debía ser objeto de nueva valoración en la licitación retrotraída.

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando se dictara sentencia de conformidad con lo interesado en el suplico de dicho escrito procesal.

Segundo.- Contestada la demanda por la Administración demandada, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendió aplicables, solicitó una sentencia desestimatoria del recurso.

Tercero.- Recibido el procedimiento a prueba y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló día y hora para votación y fallo, el dieciséis de julio de 2015, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Impugna el recurrente la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resolución número 116/2013, de 21 de marzo de 2013, recaída en el recurso 131/2013 C.A. Castilla La Mancha 017/2013, por la que se estimaba en parte el recurso especial en materia de contractual formulado por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., contra la adjudicación por el Ayuntamiento de La Roda del contrato de "gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria del municipio de La Roda" y se ordenaba la retroacción del procedimiento de licitación para volver a puntuar las ofertas conforme a las apreciaciones contenidas en dicha Resolución, resolución posteriormente rectificada por acuerdo 2/2013 en cuanto al error de hecho existente en la fundamentación jurídica de la Resolución 116/2013 insertado en ésta un nuevo criterio que debía ser objeto de nueva valoración en la licitación retrotraída.

Como se decía, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, estimó en parte el recurso especial en materia contractual formulado por Fomento de Construcciones y Contratas (en adelante FCC) y dispuso la retroacción del procedimiento de licitación para volver a puntuar las ofertas, conforme a los criterios que expresa, y particularmente en relación con la oferta realizada por la recurrente, determinación afectante a dos aspectos concretos de las mejoras ofrecidas por Fomento de Benicasim, S.A. (en adelante FOBESA).

Concretamente en relación con la mejora relativa al "suministro e instalación de contenedores de recogida selectiva", expresa que las cinco unidades ofrecidas consignadas como mejora por FOBESA han de valorarse como cinco fracciones, y no como cinco unidades (de tres fracciones cada una), y en cuanto a las campañas de divulgación ofrecidas, dispone que la oferta de 10 campañas adicionales a la obligatoria ha de ser valorada en relación con periodo total de vigencia del contrato (10 anualidades), y por ello la valoración de la mejora ha de corresponderse con una sola campaña de divulgación anual adicional, y no 10.

La resolución recurrida alcanza su conclusión sobre la base del análisis de las características de la oferta de mejoras, coste económico y en aplicación de criterios de racionalidad y utilidad de la mejora ofertada. En cuanto a las campañas de divulgación expresa que carece de sentido la realización de tal número de campañas (11) en una anualidad, por la saturación que las mismas producirían, así como valora al efecto el importante coste económico que anualmente supondría la mejora y la relevancia que, en relación con la partida de gastos generales y beneficio industrial, con la que habrían de sufragarse las mejoras, implicaría en el desarrollo del contrato.

En cuanto a la valoración de la mejora relativa a la instalación de los contenedores de recogida selectiva parte igualmente de la valoración económica de la mejora ofertada, en relación con la cuantificación de los demás equipos de recogida cuya instalación se prevé en la oferta, para concluir que el importe unitario en que la mejora es cuantificada impone considerar que la oferta se refiere a fracciones y no a unidades de tres fracciones cada una.

Segundo.- Según el pliego de condiciones económico-administrativas y técnicas las proposiciones de los licitadores habrían de constar en tres sobres separados siendo el contenido del sobre C el relativo a la proposición económica y mejoras, ambas objeto de valoración mediante fórmulas matemáticas, hasta 30 puntos por la proposición económica y hasta 30 puntos por las mejoras.

Serían objeto de valoración como mejoras, entre otras, el *suministro e instalación de contenedores de recogida selectiva para área de aportación (tres fracciones, una para cada tipo de residuo: papel, envases y vidrio) semisoterrada tipo "Molok" con acabado en madera de jatoba, tratada y tapa de color característico según fracción a recoger, adaptado al sistema de doble gancho, contenedores estancos y fabricados en polietileno: 1,44 puntos por unidad* y la realización de *"campañas de divulgación: 1,84 puntos por unidad"*.



La demandante en su oferta de mejoras relativas valoró la relativa al suministro e instalación de contenedores de recogida selectiva que realizaba, con un total de 7,20 puntos, y la relativa a las campañas de divulgación con 18,40 puntos.

El Ayuntamiento de La Roda, asumiendo tal valoración, clasificó la proposición de FOBESA como oferta más ventajosa y terminó adjudicando el contrato a dicha mercantil. Contra dicho acuerdo de adjudicación FCC interpuso recurso especial en materia de contratación ante el TACRC que terminó estimando parcialmente el recurso de FCC en el sentido antes expresado. Tras la aplicación de los criterios de valoración de las mejoras sentados por el TACRC la oferta más ventajosa pasó a ser la de FCC en lugar de la de FOBESA.

La parte actora alega en primer lugar que la actuación del TACRC supondría una vulneración de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, al reinterpretar la oferta de la demandante mediante la aplicación de criterios técnicos, pues habría excedido del ámbito de análisis jurídico que como órgano de control jurídico le correspondía.

Alega, además, la existencia de error en la valoración realizada por el TACRC.

Afirma que los razonamientos del TACRC incurrirían en error al interpretar la oferta de FOBESA pues, en particular, habría confundido la valoración de los 15 contenedores destinados a recogida no selectiva, recogidos en la memoria económica de la oferta de FOBESA, con las 5 unidades de 3 fracciones cada una ofrecidas en la mejora para recogida selectiva, aclarando que las 5 unidades de recogida selectiva no figuraban en la memoria económica por tratarse de inversiones adicionales que se costean por entero a cargo del concesionario, así como que la consecuencia de la interpretación dada por el TACRC resultaba absurda pues si cada unidad estaba compuesta por 3 fracciones no cabe considerar la oferta sobre 5 fracciones, sin que existieran elementos en el expediente que indicaran el precio medio de mercado de cada unidad de tres fracciones.

En cuanto a la interpretación referida a la mejora relativa a las campañas de divulgación expresa nuevamente la actora que el TACRC realiza una interpretación de la oferta efectuando razonamientos que sólo podrían haber realizado el órgano de contratación conocimientos técnicos específicos. Sostiene la razonabilidad de la oferta realizada oponiéndose a los razonamientos expresados. Y aduce que las reglas de valoración definidas en el pliego eran objetivas y no eran susceptibles de ser analizadas conforme a criterios discrecionales.

El Ayuntamiento codemandado sostiene la validez de la resolución impugnada.

La codemandada FCC aduce, en síntesis, el carácter defectuoso de la oferta de la demandante en lo que a las mejoras se refería, en tanto que el Pliego exigía un estudio económico de las mejoras ofertadas donde habría de justificarse adecuadamente la modificación de los costes que dan pie a la ejecución de las mejoras de manera que las mejoras ofertadas, además de ajustarse estrictamente y cumplir con las exigencias del Anexo III del Pliego, debían acompañarse de una justificación económica que acreditara la veracidad y seriedad de la propuesta. Sostiene que en la actuación de la mesa de contratación existió un error material en la valoración de las mejoras de FOBESA y que infringió el principio de igualdad entre licitadores. Expresa que no existió afectación alguna a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en la medida en que la valoración de las mejoras no está sujeta a criterio discrecional. Porcedió el TACRC a corregir el error manifiesto en que había incurrido el órgano de contratación con la finalidad de no perjudicar a terceros y preservar así el principio de igualdad.

Por otra parte sostiene la corrección de los criterios aplicados por el TACRC al determinar la correcta valoración de las mejoras ofertadas y expresa que por medio de la demanda formalizada se trataría incluso de alterar la oferta realizada en su día, que se refería expresamente a contenedores no tipo, sino, específicamente " *modelo Molok* ", pretendiendo ahora su sustitución por otros diversos, y que no reunirían los requisitos establecidos para la mejora.

Tercero.- En el análisis de la cuestión sometida a decisión se han de valorar, en primer término, las concretas características de la oferta realizada por la demandante para concluir que la misma no resulta clara en cuanto al contenido fundamental de la misma, en particular, en lo que se refiere a las cuestiones controvertidas.

Su lectura permite afirmar que la misma es ambigua, si no contradictoria, en algunas de las determinaciones que contiene.

Como expresa la codemandada, FCC, en lo que se refiere a la mejora relativa a la instalación de contenedores de recogida selectiva, la demandante hizo constar en la oferta de mejora, como unidades ofertadas, 5 y la oferta lo era, como no podía ser de otro modo, de la mejora fijada por el Anexo III del Pliego (" *el suministro e instalación de contenedores de recogida selectiva para área de aportación (tres fracciones, una para cada tipo de residuo: papel, envases y vidrio) semisoterrada tipo "Molok" con acabado en madera de jatoba, tratada y tapa*



de color característico según fracción a recoger, adaptado al sistema de doble gancho, contenedores estancos y fabricados en polietileno").

Pero lo cierto es que el examen del desglose económico de las mejoras ofertadas, que desde luego forma parte de la oferta de las mejoras, permite obtener una conclusión.

En el cálculo económico desglosado por el que se obtiene el precio unitario de la mejora (4.085,60?), cálculo y detalle, se expresa literalmente, en el apartado relativo al concepto: " *Contenedor semisoterrado modelo Molok incluido transporte a obra* ", en el apartado cantidad: " 1 " y en el apartado precio unitario: " 2.200,00 ? ", aunque debe entenderse 2.400,00 ?, que es la suma que finalmente se totaliza para obtener el coste unitario de la mejora, siendo éste el de 4.085,60 ?, que es el mismo que, como precio unitario, se consigna en la oferta de mejoras.

Tal contradicción supone un defecto en la oferta ante cuya existencia debe procederse, antes que a la exclusión de la misma, a su interpretación jurídica, labor que corresponde realizar al órgano de contratación, y que como juicio jurídico que es, en caso de error, puede ser ulteriormente sometido a revisión.

No nos encontramos, por tanto, ante la aplicación de criterios basados en juicios de valor o en un ámbito afectado por la discrecionalidad técnica, como expresa la actora, sino ante un supuesto de oferta *defectuosa*, errónea o ambigua en su formulación, que antes de ser valorada ha de ser, por motivos evidentes, objeto de adecuada interpretación por el órgano correspondiente, lo que habrá de realizar con los medios a su disposición en cada caso. Y si éste, en dicha labor, incurre en error, omite realizar interpretación alguna, o simplemente asume, validándola, una confusa valoración de la oferente, no existe obstáculo para que ello sea objeto de la correspondiente revisión jurídica.

Tal es el ámbito de actuación en que se mueve la resolución recurrida.

En parecidos términos procede analizar la cuestión relativa a la mejora referida a las campañas de divulgación adicionales a la establecida como obligatoria. El cálculo económico en este caso es cuando menos, equívoco, pues se valora la mejora en 30.000 ?, cuando lo cierto es que el coste total de la misma (las 10 anualidades) sería de 300.000 ?, a lo que ha de unirse que la oferta de las mejoras no aparece adornada de ningún documento explicativo (como el que pretende aportarse después, doc. 6 de la demanda) que otorgue razonabilidad al hecho considerablemente llamativo de que se hubieran proyectado 11 campañas de divulgación anuales, en lugar de la cifra más razonable de 2, que resulta de la otra interpretación posible de que se ofrecía una campaña de divulgación anual adicional. Es decir ante una oferta de mejora de tales, llamémosle, excepcionales características, que inicialmente sobrepasa la razonabilidad de los medios dispuestos para el fin que se trata de alcanzar, que además se une a la parquedad, limitación u obscuridad del cálculo económico, cabe, en una valoración inicial, su calificación, al menos, de ambigua. Aun cuando las condiciones de la licitación no establezcan un específico límite al número de campañas de divulgación anuales, el mismo existe a estos efectos interpretativos y viene impuesto, al menos en lo que aquí interesa, por la razonabilidad de la mejora en tanto que tal, es decir en tanto que suponga un beneficio real y efectivo para el servicio ofrecido que, por ello, justifica que haya de ser valorado positivamente en detrimento de otras ofertas carentes del mismo.

Pues bien, llegados a este punto, es decir concluido que la oferta realizada por FOBESA precisaba, por los motivos apuntados, de una labor de interpretación, antes de proceder a la valoración reglada de la misma, y advertido que dicha labor no fue específicamente realizada por la mesa de contratación, que se limitó a asumir las determinaciones de la oferente en cuanto a la valoración de la ambigua mejora ofrecida, sin llevar a cabo una previa interpretación de la oferta realizada, resultaba admisible que ello se sometiera a control en la vía de revisión articulada ante el TACRC, que debía partir, en su análisis a este respecto, de los datos objetivos que constaban en el expediente y de la imparcial valoración de los mismos, con la finalidad de salvaguardar el principio de igualdad entre los licitadores.

Y ello sobre la base de que no es dable conceder al licitador que realiza su oferta de manera ambigua, o defectuosa (consciente o inconscientemente) la posibilidad de concretar la misma, alterando los términos de la misma, una vez conocidos los términos de la oferta de sus competidores. La preclusión de dicha posibilidad, como de la posibilidad de aportación documental, tiene su fundamento (parafraseando al Tribunal Supremo) en evitar sorpresas para los demás concursantes o la utilización de estrategias poco limpias y en este punto debe considerarse impecable la valoración realizada por el TACRC.

Pues bien, y al margen de las manifestaciones realizadas por la parte actora, obviamente preordeandas al triunfo de su pretensión impugnatoria, en lo que se refiere a la valoración de la mejora consistente en la instalación de los contenedores de recogida selectiva, las consideraciones realizadas por el TACRC han de valorarse como adecuadas. Así en la determinación del coste de la mejora, como se ha expresado, se hace referencia sólo a *una unidad de contenedor modelo Molok* para determinar un coste de cada unidad de mejora



de 4.085,60 euros. Ello puede ser valorado, además, teniendo en cuenta el coste unitario, superior, de los demás contenedores, de recogida no selectiva previstos, en la oferta (7.300 euros por unidad), lo que abonaría la tesis de que la oferta de la actora se refería, en realidad, a la instalación de cinco unidades de contenedor modelo Molok, que serían valorables, en su caso, y únicamente, como una fracción cada uno de ellos, y no como unidad de recogida selectiva compuesta de tres fracciones, conclusión que aparecería reforzada si se tiene en cuenta, además, que el importe de esta mejora se asume con cargo a las partidas de gastos generales y beneficio de explotación. Y sin que esta última consideración suponga que debiera haber entrado en juego el mecanismo previsto legalmente para los supuestos de ofertas anormalmente bajas, como parece expresar la actora en sus conclusiones pues, no ha de olvidarse, nos encontramos en otro ámbito, el de la interpretación de la oferta realizada por la actora, interpretación que se hace precisa como consecuencia de una inconcreción, ambigüedad o excesiva parquedad de la misma (imputable a la oferente) para cuya labor se toman en consideración los datos objetivos de la concreta oferta de mejoras (entre otros los datos económicos), el resto de los aspectos de la oferta y los demás datos que constan en el expediente, como se ha dicho. La consecuencia que se aplica, además, no es la correspondiente a la consideración de la oferta como anormalmente reducida, sino simplemente la valoración conforme a la interpretación razonable de los elementos objetivos de la mejora realmente ofertada.

La prueba propuesta por la parte demandante no desvirtúa las conclusiones anteriores; si cabe las refuerza pues, como expresa la codemandada, FCC, el informe y presupuesto aportados con la demanda se refieren a un contenedor que la actora, al parecer, estaba en condiciones de obtener dentro de los términos y límites de la oferta que sostiene (que era distinto al contenedor concreto y específicamente ofertado, "modelo Molok") y respecto que existen serias dudas que se ajuste a los términos de la mejora valorable, como resulta del examen del informe de la codemandada FCC.

Semejantes razonamientos cabe realizar en relación con la mejora relativa a las campañas de divulgación adicionales. En este punto los razonamientos contenidos en la resolución recurrida también deben ser refrendados. La consideración de que la oferta incorporaba una propuesta de 10 campañas de divulgación adicionales a la ordinaria (11 en total) no es congruente con la finalidad perseguida por las estas campañas, pues en tal número es razonable considerar que producirían alguna saturación contraria a la finalidad de concienciación perseguida, así como que el coste de las mismas, 30.000 euros anuales, absorbería, por sí, un porcentaje considerable de la partida a cuyo cargo debe realizarse (un 24% de los costes generales y beneficio industrial). Ello unido, igualmente a la parquedad e indefinición de los términos de la oferta, impiden acoger la postura de la demandante. Y sin que quepa ahora considerar *complementada* la oferta por medio del documento 6 acompañado a la demanda, por los mismos y evidentes motivos antes expresados, de garantizar la efectividad del principio de igualdad entre licitadores.

Procede por todo ello la desestimación del recurso planteado y la confirmación de la resolución recurrida.

Quinto.- Procediendo la desestimación del recurso la parte demandante habrá de ser condenada al pago de las costas conforme al art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Fomento de Benicasim, S.A., contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resolución número 116/2013, de 21 de marzo de 2013, recaída en el recurso 131/2013 C.A. Castilla La Mancha 017/2013, por la que se estimaba en parte el recurso especial en materia de contractual formulado por Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., contra la adjudicación por el Ayuntamiento de La Roda del contrato de "gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria del municipio de La Roda" y se ordena la retroacción del procedimiento de licitación para volver a puntuar las ofertas conforme a las apreciaciones contenidas en dicha Resolución, resolución posteriormente rectificada por acuerdo 2/2013 en cuanto al error de hecho existente en la fundamentación jurídica de la Resolución 116/2013 insertado en ésta un nuevo criterio que debía ser objeto de nueva valoración en la licitación retrotraída, que se declara, en consecuencia, ajustada a Derecho, condenando a Fomento de Benicasim, S.A., al pago de las costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación preparándolo ante esta Sala en el plazo de diez días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos originales, la pronunciamos, mandamos y firmamos.