



Roj: **STSJ CL 2713/2016 - ECLI: ES:TSJCL:2016:2713**

Id Cendoj: **47186330012016100288**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2016**

Nº de Recurso: **48/2016**

Nº de Resolución: **977/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANA MARIA VICTORIA MARTINEZ OLALLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD

VALLADOLID

SENTENCIA: 00977/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

VALLADOLID

N56820

C/ ANGUSTIAS S/N

MMB

N.I.G: 47186 33 3 2016 0104360

Procedimiento: **AP RECURSO DE APELACION 0000048 /2016 - ML**

Sobre: **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

De D./ña. **URBASER S.A.**

Representación D./D^a. **MARIA DEL CARMEN MARTINEZ BRAGADO**

Contra D./D^a. **FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., AYUNTAMIENTO DE PONFERRADA**

Representación D./D^a. **MARIA JOSE DE DIOS VEGA, MARIA ENCINA MARTINEZ RODRIGUEZ**

SENTENCIA N° 977

ILMA. SRA. PRESIDENTA:

DOÑA ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DOÑA ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid, a veintidós de junio de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados más arriba, el presente recurso de apelación registrado con el número 48/2016, en el que son partes:



Como apelante: la sociedad mercantil URBASER S.A., representada por la Procuradora Sra. Martínez Bragado y defendida por el Letrado Sr. Lozano Morote.

Como apelados: el AYUNTAMIENTO DE PONFERRADA (LEÓN), representado por la Procuradora Sra. Martínez Rodríguez y defendido por el Letrado Sr. Barrio Álvarez; y la entidad mercantil FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., representada por la Procuradora Sra. de Dios de Vega y defendida por el Letrado Sr. López Moral.

Es objeto de la apelación la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de León, de 13 de octubre de 2015, dictada en el procedimiento ordinario nº 56/14.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expresado Juzgado dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Se ESTIMA la existencia de CAUSA DE INADMISIBILIDAD referente a inexistencia de acto administrativo impugnado y extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil URBASER SA, contra la desestimación presunta de su recurso de reposición de 10 de marzo de 2014 interpuesto inicialmente como recurso especial en materia de contratación frente al Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Ponferrada de 14 de febrero de 2014 por el que se adjudicaba el contrato para la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, jardines y arbolado en término de Ponferrada a la mercantil FCC SA. Sin expresa imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra esa sentencia interpuso recurso de apelación la mercantil URBASER S.A., recurso del que, una vez admitido, se dio traslado a las demás partes, habiendo presentado escrito de oposición al mismo la representación del Ayuntamiento de Ponferrada y de la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas S.A. Emplazadas las partes, el Juzgado elevó los autos y el expediente a esta Sala.

TERCERO.- Formado rollo, acusado recibo al Juzgado remitente y personadas la parte apelante y apelada, se designó ponente a la Magistrada D^a. ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA. Al no practicarse prueba ni haberse celebrado vista o conclusiones, el pleito quedó concluso para sentencia, señalándose para votación y fallo del mismo el pasado día uno de junio del año en curso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de apelación por la representación de la mercantil URBASER, S.A. la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de León, de 13 de octubre de 2015, dictada en el procedimiento ordinario nº 56/14, por la que se declara inadmisión, por inexistencia de acto administrativo impugnado y extemporaneidad, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida mercantil contra la desestimación presunta de su recurso de reposición de 10 de marzo de 2014 interpuesto inicialmente como recurso especial en materia de contratación frente al Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Ponferrada de 14 de febrero de 2014 por el que se adjudica el contrato para la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, jardines y arbolado en el término de Ponferrada a la mercantil FCC S.A., pretendiéndose su revocación y que, en su lugar, se dicte otra sentencia por la que, admitiendo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ella, se condene y ordene al Ayuntamiento de Ponferrada a la retroacción del procedimiento a los efectos de que proceda a realizar una corrección de las puntuaciones técnicas y económicas ajustadas a los criterios de adjudicación recogidos en los Pliegos de Condiciones, que subsanen las deficiencias manifestadas según su suplico del escrito de demanda.

La sentencia de instancia declara inadmisión el recurso contencioso-administrativo porque el acuerdo de 14 de febrero de 2014 por el que se adjudica el contrato de que se trata a la mercantil FCC S.A. se notifica a la aquí apelante el 24 de febrero de ese año y contra él interpuso el recurso contencioso-administrativo el 19 de junio de 2014, fuera del plazo legal de dos meses previsto para su interposición, frente a lo que se considera por la juzgadora a quo una pretendida desestimación por silencio administrativo de recurso de reposición interpuesto contra el citado acuerdo que no llegó a interponerse, según la juzgadora a quo, porque no puede tomarse como tal la solicitud efectuada por la mercantil apelante en el segundo otrosí del recurso especial en materia de contratación que formalizó contra el mencionado acuerdo para que se tramitase ese recurso como recurso de reposición en el supuesto de declarar inadmisión el recurso especial, ya que estima era exigible una mayor diligencia por parte de URBASER, S.A. ratificando al menos mediante otro escrito su decisión de interponer el recurso de reposición ante el Ayuntamiento de Ponferrada.



La parte apelante alega, en primer lugar, que el recurso es admisible porque interpuso recurso especial en materia de contratación y subsidiario de reposición, para el caso de que el primero fuera inadmitido, contra el acuerdo de 14 de febrero de 2014. El propio Tribunal de Recursos Administrativos de Castilla y León (TARCyL), dice, remitió las actuaciones al órgano de contratación para que resolviese el recurso como de reposición, siendo implícita, además, la aplicación del art. 110 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Además, la inadmisión del TARCyL se motiva en la aplicación del criterio "gastos de primer establecimiento", criterio que es confuso legal y doctrinalmente, como señala el propio Tribunal autonómico al inadmitir el recurso, siendo este el motivo, dada la confusión normativa y doctrinal generada, por el que se interpuso primero el recurso especial y con carácter subsidiario el de reposición, nunca en forma simultánea o en caso de desestimación del recurso especial. Invoca la sentencia 43/2015 dictada por la Sala homónima con sede en Burgos de 27 de febrero de 2015, en el que se resuelve esta controversia en el sentido defendido por ella.

Las apeladas sostienen, por el contrario, que el recurso es inadmisibile tal y como se argumenta en la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil URBASER, S.A., ya se adelanta, es admisible por las razones que se exponen en la sentencia invocada por la apelante en la que se examina un supuesto similar al presente, que esta Sala comparte y hace suyas por razones, además, de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

Se dice en la referida sentencia:

"SEGUNDO.- Es indudable que origina dudas la redacción del artículo 40 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Este artículo 40 presenta la siguiente redacción:

"1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros (193.000 y 200.000, en redacciones anteriores a la actual) y

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.

3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.



4. No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 113 de esta Ley.

5. No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas.

Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. El recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo".

Ahora bien, la interpretación que se debe dar a este precepto siempre tiene que ponerse en relación con los principios que recoge la Constitución, especialmente, en cuanto a las pretensiones planteadas en esta apelación, el principio "pro actione", que se comprende dentro del derecho a la tutela judicial efectiva regulado por el artículo 24 de la Constitución .

TERCERO.- El primer acercamiento que procede hacer a la cuestión planteada, es el relativo a si es aplicable el artículo 110 de la Ley 30/92 . La Administración local manifiesta que no es aplicable y que además no existe error en cuanto a la interposición del recurso, siendo la propia recurrente la que interpuso el recurso administrativo especial, en lugar del recurso de reposición, con pleno conocimiento de que interponía este recurso, por lo que no existe error ninguno.

Es indudable que el artículo 110 es aplicable al supuesto concreto, y así claramente lo manifiesta nuestro Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso- Administrativo, sección 7, en sentencia de fecha 28 de enero de 2014, dictada el recurso de casación núm. 3368/2012 , ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas:

<<TERCERO.- En el análisis del motivo referido debe empezarse haciendo la observación de que en al referirse a la sentencia se distorsiona en una medida apreciable su fundamentación desde el inicio, pues en la exposición del motivo se dice que «la sentencia menciona como fundamento jurídico tanto el art. 37 de la Ley de contratos del sector público como el art. 110 de la Ley 30/1992 » .

La lectura del Fundamento Primero de la Sentencia pone de manifiesto que la desestimación de la inadmisibilidad en ningún momento se fundó en el art. 37 LCAP , sino exclusivamente en el art. 110.2 de la Ley 30/1992 .

Esa distorsión inicial se continúa más adelante en la argumentación del motivo, cuando imputa a la Sentencia que, a pesar de que reconoce que el recurso especial en materia de contratación se interpuso extemporáneamente, rechaza la inadmisibilidad porque entiende aplicable el art. 110.2. Ley 30/1992 , y porque en la comunicación del Secretario General del Departamento de Interior existe un defectuoso pie de recurso. Al razonar así, exponiendo con corrección parte de lo que la sentencia dice, se oculta incorrectamente otra parte de la fundamentación de la Sentencia, que es de relevante transcendencia para fijar en este caso el sentido de la aplicación del art. 110.2 Ley 30/1992 , como clave de fundamentación de la desestimación de la inadmisibilidad. En efecto, la sentencia, no sólo reconoce la extemporaneidad del recurso especial en materia de contratación, sino que antes de ello (párrafo segundo del Fundamento de Derecho Primero) reconoce igualmente que «el contrato objeto de este recurso quedaba fuera del ámbito de los contratos sometidos a una regulación armonizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.2.d) de la Ley 30/2007 de contratos del sector público y, por tanto, al margen también del recurso especial en materia de contratación según lo previsto en el art. 34.1 de la Ley citada » .

La sentencia reconoció los dos motivos en los que la demandada fundaba la alegación de inadmisibilidad; pero, pese a ello, la rechazó, aplicando el art. 110.2 de la Ley 30/1992 , porque «si no procedía el recurso especial en materia de contratación la Administración había de haber recalificado el recurso de acuerdo con lo previsto en el artículo 110.2, tomándolo en definitiva como un recurso administrativo ordinario» .

La apelación en la Sentencia al art. 110.2 Ley 30/1992 tiene que ver así, no solo con la extemporaneidad del recurso especial, como en cierto modo la argumentación del motivo plantea, sino con la inobservancia por la Administración de un mandato legal, dado el error de la parte en la interposición de un recurso que legalmente no procedía, en el que se impugnaba una resolución perfectamente recurrible por otra vía. Y es en relación con esa posible vía, a través de la que la Administración debía haber canalizado el recurso incorrectamente interpuesto, respecto de la que en la sentencia se indica a continuación el defecto de la notificación de la resolución de 20 de enero de 2010, por no incluir «un pie de recurso con la indicación de los que resultaban procedentes tal como exige el artículo 58.2 de la Ley 30/1992 » .

La clave del motivo para poder admitir que la Sentencia haya vulnerado el art. 110.2 Ley 30/1992 , consiste en la inaplicabilidad al caso de dicho artículo, porque solo es aplicable a la recalificación de un recurso administrativo



ordinario denominado erróneamente siempre que se deduzca su carácter verdadero; pero no en el caso del recurso especial previsto en el art. 37 LCSP . Tal tesis no es aceptable, pues el art. 110.2 Ley 30/1992 no hace distingo alguno según la índole ordinaria o especial de los recursos interpuestos, careciendo así de la mínima consistencia jurídica el planteamiento de la parte.

Resulta así que la fundamentación de la sentencia asentada en el art. 110.2 Ley 30/1992 no resulta desvirtuada por el motivo.

E igualmente resulta no desvirtuada la afirmación de la Sentencia del defecto de notificación de la resolución recurrida, de desestimación (o inadmisibilidad, tanto da) del incorrecto recurso especial en materia de contratación, pues lo que la Administración debió indicar, y no indicó en dicha resolución, era que contra su resolución no cabía ningún recurso administrativo y solo el recurso contencioso-administrativo; por lo que privó al administrado de la información a que tenía derecho.

Tal defecto es el que, como la Sentencia indica, le abre al demandante la vía del recurso contencioso-administrativo. No se trata, pues, en este caso de abrir el acceso a la jurisdicción mediante la formulación de recursos administrativos que no proceden, sino de la formulación de un recurso administrativo procedente, porque la administración no cumplió la exigencia legal del art. 110.2 Ley 30/1992 , como la sentencia con total corrección jurídica razona.

Se impone así la desestimación del motivo>>>.

Por tanto, también en este supuesto es aplicable lo recogido en el artículo 110.2 de la Ley 30/92 . Por otra parte, el error a que se refiere este precepto en ningún caso puede considerarse como un error material, sino que basta con que la parte considere erróneamente que el recurso que procede es uno concreto, aun cuando sea distinto del que la propia administración le ha indicado que procede interponer. En el caso de que erróneamente haya considerado la parte recurrente que cabía un concreto recurso y la Administración haya considerado que el recurso que cabe sea otro, lo que procede es que la propia Administración indique esta procedencia y reconduzca el escrito de interposición del recurso hacia el recurso que realmente cabe. Es decir, si se interpuso este recurso especial previsto en el art. 40, la Administración, al considerar que no era el recurso interpuesto el correcto, debió reconducir este recurso al que estimase correcto....

Por tanto, no admitido el recurso especial, debió la Administración local considerar como interpuesto el recurso potestativo de reposición. No puede alegar la Administración local que realmente desconocía que debiera entenderse interpuesto este recurso de reposición por cuanto que el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León no había remitido su Resolución 67/2013, de 28 de noviembre, indicando esta circunstancia de que se le remitía para que resolverse sobre la interposición de recurso de reposición; y ello porque, aunque no se dijese absolutamente nada en esta Resolución 67/2013, no es menos cierto que sí que se indicaba en la Resolución 68/2013, y ambas resoluciones están dictadas por el mismo motivo, resolviendo la misma cuestión, relativas a la interposición de un recurso especial contra la misma resolución de la Administración local y, en suma, se refieren justamente a la misma Administración, al mismo expediente administrativo y al mismo contrato. Por tanto, recibida por el Ayuntamiento la Resolución 67/2013, de 28 de noviembre, debió tramitar el recurso de reposición y debió considerarse como interpuesto este recurso potestativo de reposición...

CUARTO.- También se alega que, una vez elegida la vía del recurso especial, no cabe interponer o considerar interpuesto el recurso de reposición, sino que elegida aquella vía, resuelve el recurso el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales y contra el mismo cabe recurso ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo, habiendo perdido competencia el Juzgado. Es decir, siguiendo esta teoría, una vez elegida una vía no puede elegirse la otra y no pueden seguirse las dos vías simultáneamente.... La sentencia invocada lo que indicaba es que no podía escogerse conjuntamente ambas vías, sino que habría que esperar a que se resolviese una de las vías y que, además, si se había recurrido ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, ya no procedía el recurso de reposición en el supuesto de que lógicamente este Tribunal conociese del recurso especial ante el mismo interpuesto. En el supuesto presente concurre una circunstancia especial, que es que este Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales no ha conocido del recurso especial, sino que ha inadmitido el mismo, por lo que, en virtud de esta inadmisión, lo que se debió hacer, y que realizó en la Resolución 68/2013, de 28 de noviembre, es remitir el recurso interpuesto por el administrado en vía administrativa para que por la Administración local resolviese sobre este recurso como si de recurso de reposición se tratase. Es indudable que si contra esta resolución de inadmisión del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales se hubiese interpuesto recurso contencioso-administrativo, sería estimable la causa de inadmisibilidad planteada ante el Juzgado, por cuanto que todavía estaríamos conociendo de la misma cuestión por dos vías incompatibles..... Ahora bien, no recurrida la declaración de inadmisibilidad, la vía elegida de acudir ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales ha quedado agotada y este Tribunal no ha entrado a resolver sobre la cuestión



planteada, sino que ha inadmitido el recurso, por lo que, en aplicación del artículo 110 de la Ley 30/92, debe considerarse este recurso especial como recurso de reposición y ser resuelto el mismo por la Administración local. No habiéndose resuelto por la Administración local en plazo, debe considerarse desestimado este recurso de reposición (denominado recurso especial por la parte e interpuesto indebidamente ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales) por silencio administrativo, pudiendo acudir a la vía contencioso-administrativa, como ha realizado la parte.

Otra solución implicaría dejar totalmente sin tutela judicial efectiva a la parte aquí recurrente-apelante y vulnerarse, además del art. 24 de la Constitución, el artículo 110.2 de la Ley 30/92".

En el presente caso la apelante interpuso el 10 de marzo de 2014 el recurso especial en materia de contratación ante el TARCyL, indicando en el segundo otrosí del escrito que "en el hipotético supuesto que por parte de este Tribunal se considerase que el presente recurso especial en materia de contratación tiene la naturaleza de recurso de reposición, se admita a trámite como tal dándole traslado al órgano competente para su resolución...". En la misma fecha presentó escrito ante el Ayuntamiento de Ponferrada en el que anunciaba la interposición del recurso especial. El TARCyL solicitó el 11 de marzo de 2014, con registro de entrada el 14 de marzo, al Ayuntamiento de Ponferrada la remisión del expediente administrativo, que fue remitido por el Ayuntamiento con informe jurídico el 21 de marzo de ese año. El TARCyL dictó la resolución 35/2014 de 3 de abril, en cuya parte dispositiva acuerda la inadmisión del recurso especial en materia de contratación y notificar la resolución a todos los interesados, indicando que contra la referida resolución solo cabe el recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo, pero en el fundamento de derecho 6º señala que la empresa recurrente en el escrito de interposición del recurso solicita con carácter subsidiario y para el caso de que no sea admitido el recurso especial que se entienda interpuesto recurso de reposición y se concluye que por ello debe remitirse el escrito al órgano de contratación al objeto de que lo tramite como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

De acuerdo con lo expuesto, no cabe duda de que en el supuesto enjuiciado la parte recurrente interpuso en plazo un recurso administrativo y en virtud de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, según el cual "El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter", el TARCyL, una vez que comprobó que el recurso especial era inadmisibles porque solo procedía el de reposición, debió remitir el escrito del recurso al órgano de contratación al objeto de que determine si procede admitir su tramitación como recurso administrativo, como hizo aunque dicho pronunciamiento contenido en su fundamento jurídico 6º no lo llevó a la parte dispositiva, y el Ayuntamiento de Ponferrada debió tramitar el recurso de reposición y al no hacerlo y haber transcurrido el plazo de un mes desde que recibió de nuevo el expediente de contratación (la Junta de Gobierno Local levantó la suspensión del contrato el 9 de abril de 2014) cuando se interpone el recurso contencioso-administrativo (19 de junio de 2014), este es admisible contra su desestimación por silencio administrativo.

TERCERO.- Resulta preciso, en consecuencia, entrar ahora en el fondo del asunto.

La apelante ciñe su impugnación, sustancialmente, a cuatro puntos:

El primero fundado en que la empresa adjudicataria sobrepasó el límite máximo de 100 hojas exigido en los Pliegos al haber aportado al margen de lo previsto dos CD-ROM en cuyo contenido se encuentran 124 planos que han sido tenidos en cuenta indebidamente por el Comité de expertos. Estos 124 planos de gran formato, dice, debieron incluirse dentro de las 100 hojas exigidas en los Pliegos ya que las miniaturas incluidas en la oferta presentada por FCC son minúsculas, imperceptibles e inapreciables al ojo humano (124 planos de 3,5 x 2,5 cm, cada uno, en dos folios DIN A-3 a una única cara) y por ello es imposible llegar al criterio del Comité de Expertos a través del estudio de esas miniaturas sobre elementos tales como papeleras, ubicación de sumideros, rejillas, bocas de riego, alcorques diferenciando el acabado...". Es incuestionable, dice, que se tuvieron en cuenta indebidamente los 124 planos aportados en los dos CD-ROM con los que se pudieron apreciar esos elementos y, por tanto, además de incumplirse la extensión máxima fijada en los Pliegos, por sí solos estos planos excederían el límite en 24 folios, rompiendo el principio de igualdad de trato a los licitadores.

Como segundo incumplimiento se alega que mientras el resto de los licitadores están vinculados al tipo de letra exigido en los Pliegos, Arial 10, el adjudicatario ha quebrado la norma empleando un tipo de letra mucho menor en la mayor parte de la oferta, pudiendo así aportar más información y detalle valorado por el Comité de Expertos, lo que acreditó mediante el informe pericial grafológico y reconoce la parte demandada.

Alega, también, que de un modo injustificado e improcedente la mesa de contratación revocó la puntuación que el Comité de Expertos constituido al efecto había otorgado a URBASER (15 puntos), en una actuación de arbitrariedad administrativa.



Por último, sostiene que la oferta más ventajosa económicamente es la de URBASER (más baja por 24,85 €) y sin embargo, a pesar de ser este criterio automático, los 35 puntos que los Pliegos prevén para la "oferta económicamente más ventajosa" no son para ella sino para la adjudicataria.

El Ayuntamiento de Ponferrada se opone alegando que la propuesta de FCC se amolda en cuanto a la extensión máxima de hojas y al tamaño mínimo de letra a las exigencias del Pliego, a lo que hay que añadir que ambas cuestiones formales, por aplicación del principio de proporcionalidad, no pueden dar lugar a que la valoración sea 0 puntos como pretende la parte apelante. En cuanto a la reducción en 15 puntos efectuada por la Mesa de contratación en la valoración de los criterios subjetivos correspondientes al apartado Mejoras, es correcta pues tal y como indicó la Mesa de contratación no se justifican tales mejoras económicamente "porque según manifiesta la Intervención municipal en la Mesa de contratación la viabilidad y admisibilidad de las mejoras sólo puede deducirse de la oferta económica". En cuanto a la valoración económica, no es cierto que sea la oferta económicamente más ventajosa porque no hay que incluir el IVA, tal y como se señala, entre otros, en el informe 07/08, de 29 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en tanto en cuanto nuestra normativa de contratación prohíbe tratamientos discriminatorios y no igualitarios a los licitadores, lo que se incumpliría en aquellos casos, por ejemplo, en que algún licitador tuviese concedidas exenciones o bonificaciones en este impuesto.

La mercantil apelada se remite sobre el fondo del asunto a lo expresado en su escrito de contestación a la demanda y conclusiones, que da por reproducidas por razones de economía procesal.

La cláusula 11 del Pliego de condiciones administrativas particulares que rige la contratación mediante procedimiento abierto de la gestión de los servicios públicos de que se trata establece: "la documentación del proyecto técnico se presentará encuadrada de manera que no sea posible mover sus hojas, con un índice de documentos y un resumen. El documento no podrá tener una extensión superior a 100 páginas por una sola cara, escrito en letra tipo Arial, de tamaño mínimo 10 interlineado sencillo, tamaño A4, a excepción de los planos cuyo tamaño será A3" (folio 218 del expediente).

En la cláusula 19 del pliego de prescripciones técnicas (folio 108) se establece lo siguiente:

"La extensión de la documentación técnica a presentar por los licitadores no excederá de 100 páginas, incluidos planos. *No pudiendo exceder este límite, en cuyo caso no será objeto de valoración y se le otorgará una puntuación de cero puntos.*

El formato de presentación será el siguiente:

-tipo de letra: Arial tamaño 10

-interlineado sencillo

-tamaño A4 a una cara, excepto los planos que se presentará en tamaño A3".

En el período de consultas y aclaraciones, que son vinculantes con arreglo al art. 133.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), a la pregunta:

" *La documentación del proyecto técnico se presentará encuadrada de manera que no sea posible mover sus hojas, con un índice de documentos y un resumen. El documento no podrá tener una extensión superior a 100 páginas por una sola cara, escrito en letra tipo Arial, de tamaño mínimo 10 interlineado sencillo, tamaño A4, a excepción de los planos cuyo tamaño será A3. ¿Dentro de las 100 hojas, se incluyen los planos? ¿Se pueden considerar los planos como anexo al proyecto técnico?*

La Mesa de Contratación respondió:

R.- *dentro de las 100 hojas están incluidos los planos.*

R.- *No se pueden considerar los planos como anexo.*

Y a la pregunta: *¿El sobre B sólo debe incluir el proyecto de prestación del servicio?*

R.- *Sí.*

¿Este documento no podrá tener una extensión superior a 100 páginas por una cara?

R.- *No puede".*

Con la demanda la recurrente aportó como documento nº 1 el informe realizado por la perita calígrafa doña Soledad en el que señala que la aportación del ejemplar con literatura en tipo de letra Arial de FCC no se ajusta al tamaño 10; se aportan 100 páginas de literatura, más 124 planos anexados en archivos PDF y en soporte informático no contemplado; las imágenes reflejadas en el informe demuestran visualmente las diferencias



de tamaño existentes entre el requerido en el Pliego de condiciones y las presentadas por FCC; los tamaños de celdas de tablas y cuadros en su conjunto necesarios para enmarcar el tamaño de letra 10 en la edición con su repercusión en el número de páginas y tamaño de la edición supondría que el proyecto presentado tendría entre 12 a 15 páginas aproximadamente más, por lo que concluye que está demostrado el incumplimiento del tamaño de la letra, la ausencia de planos en formato físico, así como el exceso de páginas con los archivos de planos.

En los folios 2752 y 2753 el comité de expertos en relación con la documentación presentada por FCC dice:

"Se refleja en plano la ubicación de todo tipo de papeleras, las instalaciones sanitarias para mascotas, alcorques diferenciando el acabado, ubicación de los sumideros y las rejillas de toda la ciudad, así como la ubicación de las bocas de riesgo e hidrantes. Se señalan las zonas de ocio nocturno y/ o diurno, los entornos y equipamientos urbanos de especial atención de limpieza y las zonas de arbolado según el tipo, caduco o perenne....En general se puede concluir que la definición de la ubicación de todos los elementos, circunstancias e instalaciones que inciden en la limpieza viaria se reflejan de forma pormenorizada y lógicamente repercute la mejor organización de los servicios...A partir de los planos de ubicación de contenedores se diseñan los itinerarios para los caminos recolectores... Se tiene reflejado en planos los parques, zonas verdes, glorietas, medianas y toda las superficies donde se realizan mantenimiento de jardinería y demás labores de servicio".

En el acuerdo de adjudicación se destaca en relación con el proyecto de FCC que la documentación presentada para la presentación de la oferta es excepcional y que se definen todos los aspectos con precisión y detalle... Se tiene una planificación operativa con precisión en los datos de partida de todas las actividades del contrato..."

De lo expuesto, resulta que la mercantil FCC cumplió solo aparentemente la exigencia del Pliego de Condiciones de que la documentación técnica no excediera de 100 páginas con tipo de letra Arial 10, dentro de la que debía incluirse los planos. Decimos que aparentemente porque mediante el informe pericial ha quedado acreditado que no se ha respetado ese tamaño en distintos extremos de la documentación presentada que, de haberse observado, hubieran comportado de 12 a 15 páginas más de las 100 presentadas. Por otro lado, los minúsculos 124 planos (3,5 x 2,5 cm cada uno) insertos en dos folios DIN-3 a una única cara dentro de las 100 páginas presentadas impiden conocer los detalles sobre la ubicación de distintos elementos a que alude el Comité de expertos y a cuya conclusión solo han podido llegar mediante el examen de los dos CD-ROM en los que están incluidos los 124 planos que han podido conocer en un tamaño mucho mayor.

Por tanto, tiene razón la apelante al alegar que al incumplirse por parte de FCC las exigencias que sobre la documentación a presentar establecía el Pliego de Condiciones, bajo un aparente cumplimiento, y al valorarse por el Comité de expertos y la Mesa de Contratación unos planos incorporados en un soporte no permitido por el Pliego se ha vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores (art. 1 del TRLCSP) y la consecuencia de este incumplimiento es la que se prevé en la cláusula 19 del pliego de prescripciones técnicas: que no será objeto de valoración esa documentación técnica, otorgándose una puntuación de cero puntos. No resulta de aplicación el principio de proporcionalidad que invoca el Ayuntamiento demandado porque tanto él como los concursantes están vinculados al Pliego de condiciones que constituye la ley del concurso, con arreglo a reiterada jurisprudencia.

CUARTO.- En cuanto a la reducción en 15 puntos de la valoración de criterios subjetivos correspondientes al apartado "Mejoras" de la entidad apelante que efectúa la Mesa de contratación frente a la valoración efectuada por el Comité de expertos justificada en que la Intervención Municipal en la Mesa de contratación manifiesta que la viabilidad y admisión de las mejoras solo puede deducirse de la oferta económica no justificándose las mismas en la oferta presentada por dicha entidad, con el informe favorable sobre la reducción, dice, del Comité de expertos, cabe señalar lo que a continuación se expone.

En la cláusula 12 del Pliego de condiciones administrativas particulares se regulan los criterios de valoración, distinguiendo los criterios subjetivos no valorables mediante fórmula y los criterios objetivos valorables mediante fórmula.

Se aplican los criterios subjetivos al proyecto de prestación de servicios (40 puntos) y las mejoras a la prestación del servicio (20 puntos). Respecto a estas se dice que "estas mejoras deberán ser valoradas económicamente por los licitadores en su oferta".

En las aclaraciones al pliego se dice que las mejoras se han de valorar económicamente y que no suponen incremento en el presupuesto pero deben estar incluidas en el estudio económico con un coste.

En la cláusula 14 se encomienda al Comité de expertos la valoración de los criterios subjetivos.

La apelante valoró económicamente las mejoras en el sobre de criterios subjetivos (sobre nº 2) pero no incluyó nuevamente, como reconoce, dicha valoración en el estudio económico de costes a incluir en el sobre nº 3



porque en la cláusula 1.1 se establece que "estas mejoras deberán suponer prestaciones adicionales que serán realizadas por el contratista sin coste adicional para el Ayuntamiento sobre su oferta económica", por lo que debiendo ser gratuitas para el Ayuntamiento no podían formar parte del conjunto de costes a sufragar por el Ayuntamiento, por lo que, a su juicio, carece de lógica la afirmación de la Intervención municipal de la Mesa de contratación justificativa de la reducción de puntos.

La adjudicataria no valoró económicamente sus mejoras en el sobre nº 2, tal y como exigía el PCAP y, no obstante, la Mesa de contratación mantuvo la puntuación de 14 puntos otorgada por el Comité de expertos por el apartado "mejoras".

De lo expuesto, resulta que la apelante incumplió la exigencia de incluir el coste de las mejoras en el estudio económico, como se exige en las aclaraciones al pliego que, como hemos dicho, son vinculantes y la adjudicataria incumplió la exigencia de valorar económicamente las mejoras en el sobre nº 2, tal y como exige la cláusula 12, pese a lo cual se le otorgaron 14 puntos por el Comité de expertos, siendo respetada su puntuación por la Mesa de contratación, lo que evidencia un trato desigual no justificado debidamente, por lo que debe procederse a una nueva corrección de las puntuaciones técnicas y económicas con arreglo a los Pliegos de condiciones y a las aclaraciones efectuadas.

QUINTO.- En cuanto a cuál es la oferta económicamente más ventajosa, el art. 87.2 del TRLCSP establece "El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración".

La oferta de la apelante, incluyendo el IVA que debe soportar el Ayuntamiento, es inferior en 24,85 €.

Las apeladas invocan el Informe 07/08, de 29 de septiembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para sostener que no se ha de tomar en consideración el IVA en la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la ley de Contratos del sector Público, pero dicho informe se elabora para fijar un criterio aplicable en la valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos y se cita en el informe también la Instrucción nº 1 del año 2003 de la Abogacía del Estado sobre un supuesto en que se había de comparar ofertas que no deben incluir el IVA con otras que deben incluirlo, subyaciendo en ambos la idea de que se ha de procurar un tratamiento igualitario y no discriminatorio entre los licitadores, lo que se produciría si al tener en cuenta el IVA algunos licitadores gozasen de alguna bonificación o exención y otros no.

Esta situación no se produce en el presente caso dado que todos los licitadores están sujetos al IVA y aplican para cada partida el mismo tipo impositivo, por lo que tiene razón la parte apelante cuando sostiene que su oferta es la más ventajosa económicamente para el Ayuntamiento.

SEXTO.- Por todo lo expuesto, procede estimar el presente recurso de apelación y, revocando la sentencia de instancia, se declara admisible el recurso contencioso-administrativo interpuesto por URBASER, S.A.; se anula por su disconformidad con el ordenamiento jurídico la desestimación presunta de su recurso de reposición de 10 de marzo de 2014 interpuesto contra el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Ponferrada de 14 de febrero de 2014 por el que se adjudica el contrato para la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, jardines y arbolado en el término de Ponferrada a la mercantil FCC S.A.; y se condena al Ayuntamiento de Ponferrada a que proceda a la retroacción del procedimiento a los efectos de que realice una corrección de las puntuaciones técnicas y económicas ajustadas a los criterios de adjudicación recogidos en los Pliegos de Condiciones y sus aclaraciones, que subsanen las deficiencias puestas de manifiesto en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

SEXTO.- No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de las dos instancias (art. 139 de la LJCA), al estimarse el recurso de apelación y al haber acogido la juzgadora a quo la tesis de inadmisibilidad invocada por las demandadas, lo que evidencia las dudas de derecho que planteaba el recurso.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que, estimando el recurso de apelación, registrado con el nº de rollo 48/16, interpuesto por la representación de URBASER, S.A., debemos revocar la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de León, de 13 de octubre de 2015, dictada en el procedimiento ordinario nº 56/14, y, en su lugar, rechazando la causa



de inadmisibilidad invocada, debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mencionada mercantil, anulando por su disconformidad con el ordenamiento jurídico la desestimación presunta de su recurso de reposición de 10 de marzo de 2014 interpuesto contra el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Ponferrada de 14 de febrero de 2014 por el que se adjudica el contrato para la gestión de los servicios públicos de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, jardines y arbolado en el término de Ponferrada a la mercantil FCC S.A., y condenando al Ayuntamiento de Ponferrada a que proceda a la retroacción del procedimiento a los efectos de que realizar una corrección de las puntuaciones técnicas y económicas ajustadas a los criterios de adjudicación recogidos en los Pliegos de Condiciones y sus aclaraciones, que subsanen las deficiencias puestas de manifiesto en la fundamentación jurídica de esta sentencia. Sin costas en ninguna de las dos instancias.

Esta sentencia es firme.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS