

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA DIPUTACIÓN DE GRANADA

Núm. de recurso: 6/2017

Recurrente: FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.

Recurrido: AYUNTAMIENTO DE OGÍJARES

### RESOLUCIÓN Nº: 8 /2017

En Granada, a 25 de octubre de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. Francisco Javier Irigoyen Arcelús, en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. (FCC) con CIF A28037227, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Ogíjares, de 31 de julio de 2017, por el que se excluye a la empresa FCC del procedimiento de licitación para la adjudicación del *“Contrato de prestación de la recogida básica y transporte a planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos, limpieza de puntos de contenerización y control de vertidos incontrolados, recogida y transporte de voluminosos y podas y servicio diferenciado para la recogida separada y transporte de las fracciones papel-cartón y envases ligeros en el municipio de Ogíjares (Granada)”*.

Este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero:** El Ayuntamiento de Ogíjares (en adelante, el Ayuntamiento), mediante anuncio publicado en el DOUE y en el BOE de 3 y 13 de Diciembre de 2016 respectivamente, convocó licitación para adjudicar, mediante procedimiento abierto, el contrato de servicios sujeto a regulación armonizada para la *“prestación de la recogida básica y transporte a planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos, limpieza de puntos de contenerización y control de vertidos incontrolados, recogida y transporte de voluminosos y podas y servicio diferenciado para la recogida separada y transporte de las fracciones papel-cartón y envases ligeros en el municipio”*.

**Segundo:** La licitación se desarrolló de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Según certificación expedida por la Secretaría de la Mesa de Contratación, de 10 de enero de 2017, las empresas que concurren a la licitación son: Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (CESPA); Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (FCC); UTE Grupo Raga SA e Innovia Coptalia SAU (UTE RAGA-INNOVIA COOPTALIA).

**Tercero:** El 13 de enero de 2017, la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre A "Documentación Administrativa" y a su calificación, admitiendo a la licitación a las tres empresas ofertantes. El 17 de ese mismo mes, la Mesa procedió a la apertura del sobre B "Propuesta Técnica" (Criterios que dependen de un juicio de valor), haciendo entrega de los documentos presentados por las licitadoras al Técnico de Medio Ambiente del Ayuntamiento para su valoración, según los criterios recogidos en los pliegos. Posteriormente, el 31 de enero, la Mesa acordó requerir a las empresas para que en el plazo de tres días, presentasen aclaración sobre determinados aspectos de sus respectivas propuestas técnicas.

**Cuarto:** El 7 de febrero de 2017, la Mesa de Contratación tomó conocimiento de las aclaraciones remitidas por las licitadoras. En esa fecha, el Técnico de Medio Ambiente del Ayuntamiento emitió Informe de Valoración de los Criterios que dependen de un juicio de Valor según la Cláusula 15.3 del PCAP. En el apartado primero de su punto "2º.- Aclaraciones Previas" se recogieron las siguientes consideraciones:

#### *"2ª. ACLARACIONES PREVIAS*

*2.1. Antes de proceder a la valoración de las ofertas presentadas aclarar, que el PPT en su objeto define tres servicios diferenciados, incluyendo como novedad un servicio de limpieza de áreas de recogida y control de vertidos incontrolados que incluye la recogida y transporte de voluminosos y podas. Este servicio, según define la página 6 del PPT, tiene por objeto la mejora de la imagen de la prestación duplicando, en distinto horario al anterior servicio [recogida básica], las labores de retirada y limpieza de los puntos de contenerización al objeto de lograr un incremento de la limpieza general e higiene de los puntos y zonas en las que se ubiquen los recipientes de recogida.*

*Especifica en la cláusula quinta que tal mejora consistirá en la limpieza manual y baldeo (...), así como la retirada de los residuos que no puedan ser depositados en el interior del contenedor correspondiente, aclarando en la cláusula 5.2. (Funcionamiento del servicio) en qué consisten estas labores, definiendo su horario en la franja comprendida entre las 13:00 a las 21:00 horas.*

*En relación al servicio de recogida básica, el PPT precisa que, igualmente al objeto de mantener el buen estado de limpieza del área en la que se circunscribe los trabajos, el contratista deberá retirar la "basura fuera del contenedor", al igual que cualquier resto de residuo domiciliario, sin excepción, que puedan quedar alojados junto a los contenedores o*

*islas de contenedores, una vez realizado el vaciado de los recipientes, sin solapamiento con otros servicios sujetos al contrato, añadiendo que debe quedar especificado en las propuestas presentadas el establecimiento del servicio de limpieza y retirada de “basura fuera del contenedor” (incluido mobiliario, enseres, podas, inertes, etc.). (Pg 9-10 del PPT).*

*Del PPT se desprende que la limpieza de las áreas de recogida se duplica, de un lado, mediante un servicio de retirada de “basura fuera del contenedor” o recogida de soleras<sup>1</sup> definido en el servicio de recogida básica, y de otro, mediante la limpieza manual, baldeo y retirada de residuos que no puedan ser depositados en el interior del contenedor correspondiente, que detalla el servicio de limpieza del área de recogida y control de vertidos incontrolados. Por tanto, los licitadores en sus ofertas deberían prever ambos servicios diferenciados.*

*Es lógico pensar que para la puesta en funcionamiento de un servicio de recogida mediante cubicaje carga lateral en la totalidad de su ámbito (salvo las excepciones marcadas en el propio PPT) se defina un servicio de recogida y repaso de soleras que complete al servicio de recogida. La mecanización del sistema de recogida que tienen como mejora la implantación del servicio de carga lateral necesita de un servicio de apoyo para el adecuado mantenimiento de limpieza, máxime cuando así lo especifica el propio PPT.*

*Pues bien, de la lectura de las ofertas presentadas por los licitadores se desprende que no han entendido la propuesta de servicios definida en el PPT en lo relativo a la doble imposición de limpieza de áreas de recogida y recogida y repaso de soleras, toda vez que, se omite en algunos casos la doble ejecución de estas labores, o en otros, por resultar insuficientes o inadecuados los recursos proporcionados para su desempeño.”*

Y en el párrafo primero de su apartado 2.2:

*“2.2. Las propuestas emitidas por los licitadores carecen de la calidad y rigor suficientes para que sean valoradas (sic) aspectos esenciales como la coherencia general de la oferta, la optimización del sistema propuesto o la adaptación de la metodología al cumplimiento de requisitos. Ninguna de las propuestas desarrolla correctamente lo exigido en el PPT en su totalidad, no se incorpora al servicio ningún aspecto relevante que dé valor añadido a la comisión de éste, que mejore su imagen o que ayude a disminuir su impacto.”*

Aunque, finalmente y pese a lo anterior, el Técnico se mostró favorable a valorar las tres propuestas técnicas presentadas, argumentando lo siguiente:

*“2.3. En conclusión, en la cláusula segunda del PPT se lee que el contratista deberá seguir en el desarrollo de los trabajos todas las definiciones y los detalles de ejecución contenidos en la mencionada documentación (PPT, sus anexos y la propia oferta), por tanto se entiende que, en todo aquello en lo que la oferta del licitador no se realice con estricta sujeción a las instrucciones contenidas en el PPT u omita parte de los detalles de éste, prevalecerá lo definido en el PPT como documento contractual.*

*Con esto se pretende advertir que, en caso de omisión de aspectos de carácter básico del PPT, el servicio, aún cuando no quede recogido en la proposición técnica presentada, se realizará conforme lo dispuesto en el pliego, sin excepción.*

*Aun cuando en rasgos generales las propuestas emitidas no alcanzan la calidad requerida para el buen funcionamiento y práctica del servicio, las omisiones y carencias encontradas no se consideran de entidad suficiente como para ser consideradas incumplimientos de requisitos esenciales del PPT, lo que tendría como consecuencia la imposibilidad de continuar en el procedimiento.*

*Visto lo anterior, procede valorar de conformidad a los criterios establecidos en el PCAP.”*

**Quinto:** El 13 de febrero de 2017, la Mesa de Contratación dio cuenta de la puntuación obtenida por las propuestas técnicas de los licitadores según los criterios sujetos a un juicio de valor. Seguidamente, procedió a la apertura del sobre C “Oferta Económica”, valorándose éstas según la fórmula recogida en el Cláusula 15.3 A) del PCAP y asignando las siguientes puntuaciones:

*“PRIMERO.- Clasificar por orden decreciente las proposiciones presentadas por los licitadores cuyas proposiciones no han sido declaras desproporcionadas o anormales, en los términos siguientes:*

<b>ORDEN DE CLASIFICACIÓN FINAL</b>	<b>LICITADORES</b>	<b>PUNTUACIÓN TOTAL SOBRE B (sobre 45 puntos)</b>	<b>PUNTUACIÓN TOTAL SOBRE C (sobre 55 puntos) E IMPORTE ECONÓMICO SIN IVA</b>	<b>PUNTUACIÓN FINAL (sobre 100 puntos)</b>
1ª POSICIÓN	CESPA S.A.	29,80	54,82 (369520,77€)	84,62
2ª POSICIÓN	GRUPO RAGA-INNOVIA COPTALIA	24,32	55,00 (368.892,84€)	79,32
3ª POSICIÓN	FCC S.A.	27,35	48,32 (388.826,56€)	75,67

A la vista de las puntuaciones obtenidas, elevó propuesta de adjudicación al órgano de contratación a favor de la oferta presentada por CESPA *“por un importe anual de 369.520,77€ (IVA excluido) y de acuerdo con su oferta y proyecto técnico”*.

**Sexto:** El 22 de marzo de 2017 la Junta de Gobierno Local de Ogíjares (previa delegación del Pleno acordada el inmediato anterior 24 de febrero) adjudicó el contrato a CESPA S.A. según la propuesta elevada por la Mesa de Contratación. El 23 de marzo de 2017 se remitió notificación del acuerdo de adjudicación a las licitadoras CESPA, FCC y UTE RAGA-INNOVIA.

**Séptimo:** Contra dicha adjudicación, FCC interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal Administrativo de Contratación Pública, que fue estimado parcialmente por éste, mediante nuestra resolución nº 4/2017, de 21 de julio, acordando la exclusión de dos de las tres licitadoras que concurrieron al procedimiento de contratación y su retroacción *“al momento en que se cometió la infracción, debiendo la Mesa de*

*contratación resolver motivadamente sobre el alcance de los incumplimientos del PPT que el informe técnico de valoración atribuye genéricamente a todas la ofertas".*

**Octavo:** Por acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, de 28 de julio de 2017, se dio cumplimiento a la Resolución nº 4/2017 de este TACP y, en consecuencia, se

Acordó retrotraer el procedimiento de contratación, dando conocimiento a la Mesa de contratación para que procediese a la emisión de una nueva propuesta de adjudicación.

**Noveno:** A la vista de la propuesta de la Mesa de contratación del Ayuntamiento, de fecha 31 de julio de 2017, la Junta de Gobierno Local, en esa misma fecha, acordó:

*“PRIMERO: Quedando reducida la participación en el procedimiento de contratación al licitador FCC SA, ya que los otros dos licitadores CESPASA y la UTE RAGA-INNOVIA COOPTALIA, fueron excluidos por parte del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación Provincial de Granada en resolución 4/2017, según los motivos expresados por la Mesa en los hechos y fundamentos de derecho citados se EXCLUYE A FCC SA del procedimiento de contratación, por no aceptar íntegramente el Pliego de Prescripciones Técnicas, según se presenta en el proyecto básico del servicio presentado por el licitador.*

*SEGUNDO: Habiendo quedado excluidos los tres licitadores, que han participado en el procedimiento de contratación, se deja desierto y finalizado el procedimiento de adjudicación del contrato, sin hacer adjudicación dada la exclusión de los tres licitadores, para la recogida básica y transporte a la planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos, limpieza de puntos de contenerización y control de vertidos incontrolados, recogida y transporte de voluminosos y podas y servicio diferenciado para la recogida separada y transporte de las fracciones papel-cartón y envases ligeros en el municipio de Ogijares (Granada)- Expte: SEPABI-0316.”*

La notificación del acuerdo se remitió a FCC con fecha 10 de agosto de 2017.

**Décimo:** El 29 de agosto de 2017 se presentó en el Ayuntamiento el anuncio previo a la interposición del recuso y el 1 de septiembre de 2017 se presentó en Correos el recurso especial en materia de contratación dirigido a este TACP.

En el recurso se solicita la suspensión del acuerdo alegando que *“de no adoptarse la medida solicitada e incoarse por parte del órgano un nuevo expediente de contratación, existe la posibilidad de que, de estimarse nuestra pretensión, nos encontremos ante dos licitaciones con idéntico objeto”*. Por su parte, el Ayuntamiento de Ogijares no se ha opuesto a la suspensión solicitada en el plazo conferido al efecto.

**Undécimo:** El 8 de septiembre, la Junta de Gobierno Local (órgano de contratación) emitió informe desfavorable a las pretensiones de la recurrente FCC y acordó su remisión, junto con el expediente de contratación, al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Habiéndose formalizado mediante escrito presentado el día 24 de abril de 2014 la adhesión del Ayuntamiento al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación, corresponde a éste la resolución del presente recurso conforme al artículo 41.4 del TRLCSP y al art. 3 del Reglamento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación Provincial de Granada.

**SEGUNDO.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 40.1 b) del TRLCSP, el recurso se interpone frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, en concreto, contra el acuerdo de exclusión del único licitador que, en consecuencia, declaraba desierta la adjudicación de un contrato de servicios encuadrados en la categoría 16 del Anexo II TRLCSP, siendo el valor estimado de 2.509.090,92 € (sin IVA).

**TERCERO.-** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 en relación con el art. 151.4 del TRLCSP.

**CUARTO.-** La recurrente FCC ha participado en la licitación convocada por el Ayuntamiento y sus intereses legítimos resultan afectados por el acuerdo de adjudicación impugnado, en consecuencia, queda legitimada para el ejercicio de la acción según prescribe el art. 42 TRLCSP.

**QUINTO.-** El informe del órgano de contratación, emitido por acuerdo de la Junta de Gobierno Local (en adelante, JGL) de 8 de septiembre de 2017, reitera los argumentos ya expuestos en el acuerdo impugnado por FCC y concluye que dicha empresa debe ser excluida, pues su oferta es contradictoria con el PPT.

**SEXTO.-** Las medidas cautelares en el seno del recurso especial en materia de contratación, regulado por el 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, están “(...) dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, (...)” (art. 43.1 TRLCSP), y se integran por dos supuestos netamente diferenciados: de un lado, la suspensión *ope legis* regulada en el artículo 45 del TRLCSP, cuando el acto recurrido es la adjudicación; y de otro, el sistema general de medidas cautelares regulado en los artículos 43 y 46.3 del TRLCSP.

Según la doctrina recogida en la Resolución núm. 82/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 18 de agosto de 2015, la petición de suspensión debe justificar o probar, aún de manera incompleta, aquellas circunstancias que puedan permitir al tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida. La mera alegación sin prueba no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación. En consecuencia, no cabe estimar la medida cautelar solicitada por cuanto el recurso no acredita que la ejecución del acto le pueda causar daños de imposible o difícil reparación.

**SÉPTIMO.-** La mercantil FCC alega en su recurso los siguientes motivos de impugnación:

- En relación con la nueva valoración realizada por el Ayuntamiento de Ogíjares en cumplimiento de la Resolución nº 4/2017, del TACP de la Diputación de Granada.

La Mesa de contratación ha realizado un nuevo informe de valoración (de fecha 31 de julio de 2017) presentado ahora como supuestos incumplimientos; aspectos de su oferta respecto de los cuales el anterior informe de Valoración (de 7 de febrero de 2017) no apuntaba ninguno, ni genérico ni específico. Según la recurrente, la JGL ha “aprovechado” la retroacción del procedimiento acordada por este TACP en su resolución nº 4/2017 para imputar a la oferta *“una serie de pretendidos incumplimientos ajenos al ámbito de revisión fijado por la resolución”* que deben limitarse, única y exclusivamente, al examen de los incumplimientos genéricamente imputados a todas las ofertas en la página 2 del informe de valoración inicial *“en lo relativo a la doble imposición de limpieza en áreas de recogida y recogida y repaso de soleras”*. Se trata de una práctica inválida según la recurrente, pues la retroacción supone la vuelta al momento en que se cometió la infracción constatada para que los defectos observados en el acto anulado queden sanados, sin que permita dictar un acto nuevo desconociendo lo ya actuado.

- Inexistencia de infracción de la cláusula 6.4 del PPT, relativa a la frecuencia mínima de recogida y transporte de las fracciones papel-cartón y envases ligeros.

La cláusula 6.4 del PPT exige una frecuencia mínima de recogida separada para éstas fracciones de una vez por semana y según la recurrente, en su oferta se contempla que *“la frecuencia de vaciado de los contenedores vendrá marcada por el 75% de nivel de llenado de los mismos (nivel óptimo), siendo la frecuencia propuesta por 3 veces/semana. Triplicando la frecuencia de referencia del PPT”*. Entiende que este presunto incumplimiento no se refiere a ninguno de los incumplimientos genéricos que se relacionaban en el informe de valoración original (el de 7 de febrero), de tal forma que su valoración en este momento procedimental determina la invalidez del acuerdo de exclusión recurrido. Además, considera que la interpretación realizada por el órgano de contratación va contra la literalidad de la oferta y recuerda que las ofertas técnicas de los licitadores siempre deben interpretarse, en caso de contener expresiones ambiguas o confusas, a favor del cumplimiento de las prescripciones técnicas.

-Inexistencia de infracción determinante de exclusión de la cláusula 5.4 PPT, relativa a la descripción en el proyecto básico del servicio de limpieza de puntos de contenerización, control de vertidos incontrolados y recogida y transporte de voluminosos y podas.

La recurrente entiende que este presunto incumplimiento no se refiere a ninguno de los incumplimientos genéricos (relacionados en el informe de valoración original) objeto de la retroacción de las actuaciones y donde, además, se afirmaba que la oferta técnica de FCC cumplía con las previsiones del PPT sobre este particular. Luego resulta totalmente improcedente que el órgano de contratación emita una nueva valoración al respecto. En

cuanto al detalle del proyecto básico del servicio ofertado, expone que la falta de descripción exhaustiva de la forma de prestación del servicio y baldeo de contenedores no puede determinar su exclusión pues la adjudicataria vendrá obligada, en todo caso, a la prestación del servicio conforme a las disposiciones del PPT. Por último, añade que no existe exigencia en el PPT de un tiempo mínimo que haya de dedicarse a la prestación de dicho servicio, motivo por el que no es posible considerar que el tiempo indicado en la oferta de FCC es insuficiente *“a ojos del técnico que valora la oferta”* y que esta circunstancia quede equiparada a la no prestación del servicio.

**OCTAVO.-** Entrando en el fondo del asunto, antes de analizar los concretos motivos de impugnación alegados, tal y como ya señalamos en nuestra Resolución nº 4/2017, de 21 de julio, debemos recordar que el artículo 1 del TRLCSP establece como uno de sus fines, el de garantizar el principio de *«no discriminación e igualdad de trato de los candidatos»*. En el mismo sentido, el artículo 139 TRLCSP, al referirse de modo concreto a los procedimientos de adjudicación, dispone que *«los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia»*.

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. La regulación legal de las prescripciones técnicas se contiene en los artículos 116 y 117 TRLCSP, refiriéndose a aquellas instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación objeto del contrato.

Las prescripciones técnicas contenidas en los pliegos son las únicas a las que deben atenerse los poderes adjudicadores a la hora de adjudicar. Entre las prescripciones técnicas puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la Administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto. Las proposiciones que incumplan estas prescripciones técnicas obligatorias deben ser excluidas del procedimiento de licitación, siendo ésta una cuestión insubsanable. Puede haber otras prescripciones que, de acuerdo con lo que se haya establecido en el Pliego, tengan la consideración de susceptibles de variación en función de las mejoras o variantes que ofrezca el licitador, siempre que las mejoras o variantes hayan sido admitidas en la licitación.

Sentado este principio, el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones establecidas en el PPT se convierte en una cuestión de interpretación de las normas jurídicas —pues los pliegos configuran, como se ha dicho, la ley del contrato— y de prueba. Los Pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la *lex contractus*, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes, sin más excepciones que los casos en los que aquéllos estén incurso en causas de nulidad de pleno derecho (cfr.: artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes del TRLCSP). Así lo ha consagrado tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (18 de mayo de 2005 -Roj STS 3177/2005-, 25 de junio de 2012 -Roj STS 4763/2012-, entre otras muchas), como la doctrina legal del Consejo de Estado (cfr.: Dictámenes de 16 de octubre

de 1997 -expediente 85/1997- y de 8 de octubre de 2009 -expediente 1496/2009-) y la del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (cfr.: Resoluciones 94/2013, 737/2014, ó 830/2014, entre otras muchas).

Debemos tomar en consideración, además, como señala el TACRC en su Resolución 175/2011 y, muy recientemente, en su Resolución 386/2017, de 28 de abril *“que la participación en licitaciones públicas comporta la asunción de una serie de cargas formales que, además de ir orientada a que la adjudicación se realice a la oferta económicamente más ventajosa, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores, conforme a los principios de no discriminación y transparencia consagrados en la normativa contractual, en este caso artículo 19 de la LCSE.*

*En consecuencia de lo antedicho, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los Pliegos, como recuerda el artículo 145.1 del TRLCSP, que, pese a que solo menciona al de cláusulas es predicable igualmente del de prescripciones técnicas, toda vez que ambos definen la prestación objeto del contrato (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3, y 116, apartado 1, del TRLCSP). De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, Resoluciones 208/2014 y 737/2014).”*

**NOVENO.-** La primera de las alegaciones expuesta por la recurrente FCC sostiene que el órgano de contratación, es decir la JGL, aprovecha la retroacción ordenada por este TACP en su resolución nº 4/2017 para llevar a cabo una nueva valoración de la oferta que excede con mucho de la finalidad propia de aquella, pues sólo puede consistir en volver al punto idóneo del procedimiento de contratación para que los defectos observados queden plenamente sanados.

En este caso, es preciso recordar el tenor literal del fallo de la resolución nº 4/2017 de este Tribunal, cuyo apartado segundo dispone literalmente *“Acordar la retroacción del procedimiento al momento en el que se cometió la infracción, debiendo la Mesa de contratación resolver motivadamente sobre el alcance de los incumplimientos del PPT que el informe técnico de valoración atribuye genéricamente a todas las ofertas”*; Parte dispositiva que debemos conectar con los fundamentos jurídicos que la preceden y motivan, en particular, con el apartado Noveno cuando señala *“A juicio de este Tribunal no puede admitirse la tesis expresada por el órgano de contratación en su informe de 29 de abril de 2017, al entender que, aun cuando se deducía que todas las ofertas adolecían de falta de claridad y concreción, los aspectos omitidos no impedían el desarrollo de la ejecución del contrato ni contravenían el objeto del mismo y que las discrepancias encontradas no eran de entidad suficiente para considerar la exclusión del procedimiento de la totalidad o parte de las proposiciones ofertadas. La Mesa de contratación, a la vista del informe técnico de valoración, debió analizar individual y detalladamente las deficiencias, omisiones, contradicciones, etc., de las tres ofertas respecto del PPT, para determinar si realmente carecen de entidad o si, por el contrario, la tienen y su consecuencia había de ser la exclusión de la licitación. Dicho de otro modo, las advertencias del informe de valoración acerca de las deficiencias de las ofertas respecto del PPT, aun cuando su propio autor intentara restarles gravedad finalmente, requerían un análisis más riguroso y explícito de la Mesa, especialmente en una licitación tan compleja como ésta, para analizar y resolver motivadamente sobre las consecuencias de cada posible incumplimiento.”*

Con tales antecedentes, la retroacción acordada permitiría a la Mesa de contratación realizar un análisis riguroso y explícito de las deficiencias de las ofertas respecto del PPT (detectadas por el informe de valoración inicial de 7 de febrero de 2017) para determinar si tienen entidad suficiente o no a efectos de una posible exclusión de la licitación y, por ende, permite al órgano de contratación resolver motivadamente sobre las consecuencias de cada posible incumplimiento, sin obligación de limitarse única y exclusivamente, tal y como pretende la recurrente, al examen de los incumplimientos imputados a todas las ofertas *“en lo relativo a la doble imposición de limpieza en áreas de recogida y recogida y repaso de soleras”*.

El órgano de contratación puede y debe analizar individual y detalladamente todas las deficiencias, omisiones, contradicciones, etc. de las ofertas respecto del PPT puestas de manifiesto por el informe inicial de valoración y, en consecuencia, no cabe admitir esta primera alegación de la recurrente.

**DÉCIMO.-** La segunda alegación queda referida al supuesto incumplimiento de la cláusula 6.4 del PPT, relativa a la frecuencia mínima de recogida y transporte de las fracciones papel-cartón y envases ligeros, y consiguiente exclusión de la recurrente por dicho motivo.

En este punto, la discrepancia gira en torno a la interpretación de la propuesta de frecuencia mínima incluida por FCC en su proyecto básico de servicio *“La frecuencia de vaciado de los contenedores vendrá marcada por el 75% de nivel de llenado de los mismos (nivel óptimo) siendo la frecuencia propuesta de 3 veces/semana. Triplicando la frecuencia de referencia del PPT”*.

Conviene recordar que el párrafo 2 de la cláusula 6.4 del PPT establece literalmente: *“La recogida y transporte separado de las fracciones descritas se realizará en rutas diferenciadas con frecuencia de al menos una vez en semana, incrementándose en el número de recogidas necesarias en la zona centro, zonas comerciales e industriales y cualquier otra en las que la generación de este tipo de residuos sea mayor, con el fin de que en ningún caso se produzca el depósito de residuos fuera por llenado de estos.”*

Entiende la Mesa de Contratación del Ayuntamiento, en el análisis de la oferta de FCC que lleva a cabo el día 31 de julio de 2017 y aceptado íntegramente por la JGL en el acuerdo ahora impugnado, que *“este sistema es contrario al fijado por el PPT, ya que si un contenedor no llega a llenarse hasta el 75% nunca será vaciado, en otras palabras, que un contenedor que se llene sólo su mitad, con la propuesta realizada por el empresa no se recogerá nunca...”*. Interpretación que no puede ser aceptada por este TACP, visto que los términos literales de la oferta (*“...frecuencia propuesta de 3 veces/semana. Triplicando la frecuencia de referencia del PPT”*) admiten una interpretación distinta, más ajustada al sentido propio de sus palabras y favorable al cumplimiento de las exigencias de la cláusula 6.4 PPT (*“...al menos una vez en semana”*) que debe prevalecer (según criterio expuesto por el TACRC en su Resolución nº 985/2015). Interpretación favorable al cumplimiento del PPT que ya fue acogida por el informe de valoración de 7 de febrero de 2017 (y asumido por la Mesa de Contratación) al reseñar respecto de la oferta de FCC en este punto concreto (Pág. 5) que *“Respecto al servicio de recogida selectiva de las fracciones papel cartón y*

*envases ligeros mejora la frecuencia mínima establecida en el PPT, incorpora un vehículo recolector-compactador pluma para recoger los contenedores soterrados doble gancho de los que se disponen. En rasgos generales este servicio queda adecuadamente definido y se ajusta a los requisitos del PPT”.*

Procede admitir la alegación de la recurrente, en este apartado concreto, por cuanto no se aprecia infracción de la cláusula 6.4 del PPT y, en consecuencia, tampoco cabe admitir la existencia de causa de exclusión de FCC por dicho motivo concreto.

**UNDÉCIMO.-** La tercera alegación se refiere a la inexistencia de infracción determinante de exclusión de la cláusula 5.4 del PPT, relativa a la descripción en el proyecto básico del servicio de limpieza de puntos de contenerización, control de vertidos incontrolados y recogida y transporte de voluminosos y podas.

Conviene recordar que el informe de valoración de 7 de febrero de 2017, alerta sobre un incumplimiento genérico de todas las ofertas presentadas (entre ellas la de FCC) *“que no han entendido la propuesta de servicios definida en el PPT en lo relativo a la doble imposición de limpieza en áreas de recogida y recogida y repaso de soleras, toda vez que, se omite, en algunos casos la doble ejecución de esta labores, o en otros, por resultar suficientes o inadecuados los recursos presentados para su desempeño”.* Y al valorar la propuesta técnica de FCC, de forma mucho más concreta señala que *“En cuanto al servicio de puntos de recogida y control de vertidos incontrolados, de su propuesta se desprende un limitado cumplimiento del objetivo de limpieza previsto. La frecuencia semanal de limpieza y baldeo de las ubicaciones no se ajusta al mínimo previsto en el PPT (...)”.* Y en el mismo informe, el cuadro Resumen de valoración de las ofertas, asigna a FCC 0 puntos en el apartado de *Metodología* *“...a tenor de su oferta, no cuenta con la jornada de limpieza con hidrolimpiador prevista quedándose corta la jornada prevista para el desempeño de estas labores y el completo cumplimiento del PPT”;* y también asigna 0 puntos en el apartado *Optimización* *“No se cree que sean suficientes los recursos dispuestos para el correcto desempeño de las labores que prevé el servicio de limpieza de puntos de contenerización y control de vertidos por lo que no se considera que se cumpla el criterio de optimización del servicio”.*

Teniendo en cuenta: a) Que el apartado 5.1 del PPT *“Alcance del servicio”* (de limpieza de puntos de contenerización, control de vertidos incontrolados y recogida y transporte de voluminosos y podas) establece que *“este servicio tiene por objeto mejorar la imagen de la prestación mediante la limpieza manual y baldeo según frecuencia e higiene de los puntos y zonas en los que se ubiquen los recipientes de recogida, así como los residuos que no pueden ser depositados en el interior de los contenedores correspondientes”;* y b) Que la cláusula 5.4 está referida al proyecto básico de ese servicio a presentar por los licitadores, debemos concluir que la Mesa de Contratación, en su sesión de 31 de julio de 2017, actuó dentro de sus competencias cuando valoró nuevamente el alcance de las deficiencias y omisiones detectadas en la oferta de FCC respecto al apartado 5.4 del PPT. Luego no cabe admitir que actuó fuera del ámbito de la retroacción ordenada por este TACP, tal y como pretende la recurrente. Ni tampoco cabe aceptar su alegación de que en el informe de valoración de 7 de febrero ya se afirma que la oferta técnica de FCC

cumple con la previsiones del PPT pues, como ya se ha visto y al contrario de lo afirmado por la recurrente, en dicho informe se pusieron de manifiesto diversas deficiencias de la oferta que, incluso, llegan al incumplimiento de los mínimos previstos en el PPT.

La Mesa de contratación del Ayuntamiento, en su nueva valoración, entiende que la oferta de FCC incurre en omisiones, contradicciones e incumplimientos del proyecto básico del servicio en relación con las obligaciones esenciales previstas en el apartado 5.5 PPT por dos motivos: a) Para el caso de la limpieza de soleras, la oferta del licitador no ha previsto los medios o equipos necesarios (sopladoras) para la prestación del servicio; b) Para el caso del baldeo de la zona exterior y bajo los recipientes de recogida y el mantenimiento estético de los puntos de recogida mediante lavado exterior con agua a presión de los contenedores, la oferta de FCC no dice la periodicidad con la que lo va a realizar, ni el medio mecánico a emplear, ni productos de limpieza a utilizar, ni el equipo de comprensión utilizado.

El apartado 5.2. *"Funcionamiento del Servicio"* del PPT describe las labores objeto del servicio de las que deberá hacerse cargo el contratista y, entre estas, incluye:

*-“Realizar con frecuencia diaria las labores de barrido manual en el entorno de los contenedores e islas de recogida...mediante soplado y posterior barrido manual”.*

*-“Al menos una vez en semana se procederá al baldeo de la zona exterior y bajo los recipientes de recogida y mantenimiento estético de los puntos de recogida mediante lavado con agua a presión de los contenedores,...”*

El apartado 5.4 del PPT dispone que el Proyecto básico del servicio deberá contener al menos los siguientes aspectos:--Relación de tareas y horarios, ajustados a la franja horaria obligatoria fijada en el apartado 5.2 del presente PPT; -Composición de los equipos, maquinaria y parque móvil a utilizar, números, características, etc., que mas adecuadamente se ajusten a las características de cada tarea.

La recurrente sostiene que el proyecto de organización del servicio ofertado afirma que la totalidad de las tareas de limpieza de los puntos de contenerización, control de vertidos incontrolados y recogida y transporte de voluminosos y podas se realizarán conforme al PPT; y que la composición de los equipos y sus medios tanto humanos como materiales, horarios de prestación y frecuencia, sí son descritos en aquél, sin bien los útiles empleados para limpieza de ubicaciones (cepillos, palas, sopladoras, guantes,..) no se describen, al entenderse que se trata de materiales auxiliares fuera del objeto del detalle de una propuesta de estas características.

Examinado el proyecto básico ofertado por FCC en su apartado 7.1.- *“Limpieza de puntos de contenerización, control de vertidos incontrolados y recogida y transporte de voluminosos y podas”*, se observa que bajo la rúbrica *“Forma de prestación del servicio”*, se detalla únicamente la composición del equipo y maquinaria precisa para la recogida de enseres, voluminosos y podas, omitiendo cualquier tipo de referencia a la composición de los equipos y maquinaria previstos para llevar a cabo la limpieza y baldeo de soleras y puntos de contenerización. Omisión de la que ya avisaba el informe de valoración inicial de 7 de febrero de 2017, como ya hemos visto, y que supone un manifiesto desconocimiento de

las obligaciones recogidas en los apartados 5.2.-*Funcionamiento del servicio*- y 5.4.-*Proyecto básico del servicio*- del PPT y que se consideran aspectos esenciales del contrato *“...cuyo incumplimiento, contradicción y omisión podrá dar lugar a la exclusión del proceso de contratación”* (según el citado 5.4 PPT).

En consecuencia, el respeto al PPT y a los principios de igualdad de trato y no discriminación entre los licitadores (arts.1 y 139 del TRLCSP) nos lleva a la desestimación del recurso especial en este apartado, confirmando la existencia de la causa de exclusión del procedimiento de licitación apreciada por la Mesa de Contratación y por la JGL en sus respectivas sesiones de 31 de julio de 2017.

**DUODÉCIMO.-** Sobre el alcance de las consecuencias que debe tener la estimación parcial del recurso, según lo expuesto en los Fundamentos NOVENO, DÉCIMO y UNDÉCIMO, debemos estar a lo dispuesto en el art. 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común:

*“El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”.*

En relación con lo dispuesto en el art. 49.2 de la misma Ley:

*“La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.”*

Y a la doctrina del TS sobre el principio de conservación del acto administrativo, recogida entre otras, en la STS de 15 de diciembre de 2009:

*“Debe atenderse a la doctrina contenida en la STS de 22 de julio de 1992, recurso de apelación 3584/90, reiterada el 23 de setiembre de 2008, recurso 6967/2005. Dice la sentencia inicial en su FJ 4º que “Es cierto que la presunción de validez de los actos administrativos mira a la tesis favorable a la conservación de aquéllos. Pero es necesario reparar que el artículo 50 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que la invalidez de un acto no implica la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero, y que la invalidez parcial del acto no implica la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquélla. El principio o doctrina de la conservación de los actos administrativos es una técnica que consiste en separar el acto viciado, de modo que no comunique los efectos del vicio a otros actos independientes de aquél”.*

La estimación del recurso de manera parcial en el único y exclusivo sentido de que no puede apreciarse la existencia de infracción del apartado 6.4 del PPT, sin que esto impida valorar de manera independiente el resto de alegaciones de la recurrente y acordar su desestimación, confirmando además el incumplimiento de obligaciones esenciales del apartado 5.4 del PPT por parte de la oferta técnica de FCC, resultan motivos suficientes para acordar la conservación de aquellas partes de la Resolución de la JGL de 31 de julio que se hubieran mantenido igual de no haberse cometido la infracción señalada en el fundamento DÉCIMO de esta resolución.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. Francisco Javier Irigoyen Arcelús, en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A., con CIF A28037227, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Ogíjares impugnado, que se anula parcialmente en el apartado referido al incumplimiento de la cláusula 6.4 del PPT por la oferta técnica de la recurrente. Desestimándose el resto de alegaciones de la recurrente.

**SEGUNDO.** Acordar la conservación del resto de partes del acuerdo de la JGL de 31 de julio de 2017 independientes de la anulada, declarando válida la exclusión del licitador FCC por incumplimiento de obligaciones esenciales del apartado 5.4 del PPT y, en consecuencia, la declaración del procedimiento de adjudicación como desierto y finalizado.

**TERCERO.** Denegar la petición de suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

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

**QUINTO.** Notificar la presente Resolución a la recurrente y al Ayuntamiento de Ogíjares. Esta resolución es directamente ejecutiva y contra la misma sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la recepción de la notificación de esta resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público y en los artículos 10.1 k) y l) y 11.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.