



CONSELLERIA DE HACIENDA Y ADMINISTRACION PUBLICA
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanar, 14 - 4ª F.
46003 VALENCIA
Tel. 961613147
Fax. 961613149

Ref.: SUB/SCC/mv/jb
Asunto: Remisión Informe 4/2012

GENERALITAT VALENCIANA
CONSELLERIA D'HISENDA I ADMINISTRACIÓ PÚBLICA
Registre General

Data 25 MAYO 2012

EIXIDA N.º 16886

AYUNTAMIENTO DE IBI
LES ERES, 48
03440 IBI

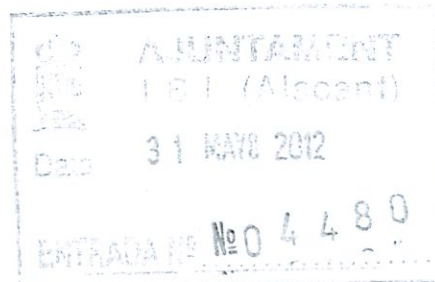
Valencia, 25 de mayo de 2012

Adjunto INFORME 4/2012, DE 9 DE MAYO DE 2012. CONTRATOS DE SERVICIOS Y CONCESIONES DE SERVICIO PÚBLICO. INEXISTENCIA DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS. CRITERIOS DE SELECCIÓN PREVIA Y CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. ESTABLECIMIENTO DE MEJORAS. REVISIÓN DE PRECIOS. VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS QUE DEPENDEN DE UN JUICIO DE VALOR. PROCEDIMIENTO, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA



Margareta Vento Torres



Procedimiento Servicio

En su caso

Para su

CONSELLERIA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanar, 14 - 4º K
46003 VALENCIA
Tel. (961) 613138
Fax. (961) 613149

Ref SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 4/2012

INFORME 4/2012, DE 9 DE MAYO DE 2012. CONTRATOS DE SERVICIOS Y CONCESIONES DE SERVICIO PÚBLICO. INEXISTENCIA DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS. CRITERIOS DE SELECCIÓN PREVIA Y CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN. ESTABLECIMIENTO DE MEJORAS. REVISIÓN DE PRECIOS. VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS QUE DEPENDEN DE UN JUICIO DE VALOR. PROCEDIMIENTO.

ANTECEDENTES

En fecha 27 de febrero de 2012 (corrección de error de 8 de marzo de 2012), ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe del Ayuntamiento de Ibi, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“En fecha 15 de marzo de 2011 el órgano de contratación aprueba el expediente de contratación de la gestión del servicio de Limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos” y convoca la correspondiente licitación, publicándose edicto de licitación en el BOP nº 64 de 1 de abril de 2011.

En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se fijaron varios criterios para la valoración de las ofertas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Los criterios que dependen de juicio de valor, a justificar en el sobre B, y los que resultan cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, en el sobre C, respectivamente.

Transcurrido el plazo de presentación de ofertas concurren cinco licitadores, de los cuales uno queda excluido de la licitación por acuerdo de la Mesa de Contratación por incluir datos relativos a la oferta económica en el sobre B, correspondiente a la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependía de un juicio de valor, infringiendo de este modo el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Tras la apertura de los sobres B y C de las ofertas admitidas, se emite informe de valoración por el Técnico Municipal, proponiendo la adjudicación del contrato a la oferta que considera más ventajosa en aplicación de los criterios establecidos.

La Mesa de Contratación de fecha 12 de julio de 2011 acuerda encargar al órgano de contratación competente que realice los trámites pertinentes para la contratación de un informe técnico externo sobre el expediente de contratación que se tramita y valoración de las ofertas, previo a la adjudicación del mismo.

Por el Departamento de Ingeniería de la Construcción. OO.PP. e Infraestructura Urbana de la Universidad de Alicante, se emiten sendos informes de valoración de la documentación correspondiente a los criterios de adjudicación contenidos en los sobres B y C presentados por los licitadores, siendo la valoración correspondiente al sobre C exactamente igual a la del informe emitido por el técnico municipal, difiriendo en

cambio en la ponderación de los contenidos en el sobre B y proponiendo por tanto la adjudicación a otro licitador distinto.

La Mesa de Contratación de fecha 2 de febrero de 2012, a la vista de la discrepancia en los informes de valoración emitidos por el técnico municipal y por el Departamento de Ingeniería de la Construcción. OO.PP. e Infraestructura Urbana, de la Universidad de Alicante acuerda rechazar la valoración de los criterios del sobre B contenida en el informe técnico de fecha 08/06/2011 emitido por el Ingeniero Técnico Municipal, y aceptar la valoración de los criterios contenidos en los sobres B y C, efectuada por el Departamento de Ingeniería de la Construcción. OO.PP. e Infraestructura Urbana de la Universidad de Alicante, proponiendo la adjudicación del contrato al licitador que resulta con la máxima puntuación según el informe de la Universidad de Alicante, en base a las siguientes razones:

1º) Desde un punto de vista formal, la titulación del Ingeniero Superior Industrial, Profesor del Departamento de Ingeniería de la Construcción. OO.PP. e Infraestructura Urbana de la UA, es superior a la del Ingeniero Técnico Municipal.

2º) El Pleno del Ayuntamiento, por acuerdo de fecha 23 de diciembre de 2010, encomendó al Área de Contratación, la adopción de las medidas concretas al objeto de que sean atendidas las recomendaciones correspondientes a la materia de contratación formuladas por la Sindicatura de Cuentas, en su Informe de Fiscalización de 2008. En el presente caso, hay que recordar que en relación a los criterios de valoración, la ponderación de la oferta económica debería aproximarse a un 50% del total y la valoración de los otros criterios debería poder efectuarse, en la medida de lo posible, mediante parámetros objetivos, previamente definidos en los pliegos de condiciones. Por ello, este criterio ha de observarse no sólo en la fijación de los criterios de adjudicación en los pliegos, sino también a la hora de interpretarlos y decidir la adjudicación de un contrato entre las ofertas que cumplan con el resto de criterios.

3º) La situación actual de crisis económica define un escenario presupuestario más restrictivo que en ejercicios anteriores y durante un periodo no definido, lo que aconseja, por un criterio elemental de prudencia, proponer la adjudicación a favor de la oferta que, sin merma de calidad, represente un menor costo.

Requerido el licitador propuesto por la Mesa de Contratación a efectos de que aporte la documentación que se especifica en el pliego de cláusulas administrativas, así como que acredite documentalmente haber depositado la garantía definitiva, requisito previo a la adjudicación del contrato, éste ha cumplido sus obligaciones en plazo.

Por todo ello, en virtud de los artículos 2 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, que regula el Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se solicita consulta sobre los siguientes aspectos:

- A la vista del procedimiento seguido, si es válida la propuesta de la Mesa de Contratación de fecha 2 de febrero de 2012.

- Si, a la vista de las repetidas propuestas de los grupos políticos de la oposición en ese sentido, sería válido declarar desierto el concurso.

- Si es necesario la solicitud de nuevo informe técnico de valoración a la vista de la discrepancia entre los que obran y el expediente.

Se adjunta para ello la siguiente documentación:

- Copia de los pliegos de condiciones técnicas y de cláusulas administrativas que rigen la presente contratación
- Copia de las actas de las Mesas de Contratación celebradas.
- Copia de informes técnicos."



A la vista de una discordancia en el texto anterior, se insta al Ayuntamiento para su aclaración, teniendo entrada un escrito, en fecha 8 de marzo de 2012, con el tenor literal siguiente:

“Advertido error en la solicitud de consulta formulada en fecha 24/02/2012, NRE: 965, a esa Junta Superior de Contratación Administrativa, en relación con el expediente de contratación de la gestión del servicio público de Limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos’ que se tramita en este Ayuntamiento, consistente en la referencia al Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contracción Administrativa del Estado, cuando la consulta se eleva a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

Es por ello, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, del Gobierno Valenciano, se eleva a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana la consulta remitida en fecha 24/02/2012.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La contratación objeto de la consulta del Ayuntamiento de Ibi debe analizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) de acuerdo con la redacción vigente en el momento de la aprobación de los pliegos y de la licitación, anterior a la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de dicha ley.

A tenor de lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares de 25 de febrero de 2011 (en adelante, PCAP), que rige la contratación que motiva la consulta, el contrato tiene por objeto **“la concesión de la gestión del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos”** en el municipio de Ibi, en los términos descritos en el Pliego de condiciones técnicas del contrato. De acuerdo con éste último los servicios a contratar son, en resumen, la gestión y prestación de los siguientes:

- a) El servicio de recogida de residuos urbanos (envases, papel-cartón, vidrio y resto de domésticos o de supermercados y mercados municipales) y su transporte al lugar de tratamiento, así como la instalación y mantenimiento de los recipientes de recogida.

Quedan excluidos los residuos industriales, hospitalarios o sanitarios, neumáticos, vehículos abandonados y otros tóxicos o contaminantes.

- b) El servicio ordinario de limpieza viaria (barrido y baldeo de viales, limpieza de papeleras, alcorques, estatuas, sumideros, etc.) y algunos servicios especiales de limpieza (fiestas, ferias, emergencias, ...), así como la instalación y mantenimiento de papeleras. Quedan expresamente excluidos los servicios de limpieza del mobiliario urbano, la desratización y desinfectación y la limpieza de parques y jardines no incluidos en el anexo del pliego de condiciones técnicas.

El precio de la contratación viene establecido de forma global para cada uno de los servicios expresados anteriormente de la siguiente forma: 815.821,41 euros por la recogida de residuos urbanos *durante 2011* y de 622.370,55 euros por el de limpieza viaria durante el mismo año, más el IVA correspondiente a cada uno de dichos importes. No es relevante para el presente informe, pero siendo que el Pliego es de febrero de 2011 y que la licitación se desarrolla en los meses siguientes, suponemos que dichos precios vienen expresados en términos anuales y se corresponden con el precio a pagar por la prestación de dichos servicios durante el primer año de vigencia del contrato y no durante lo que quedara de 2011.

El pago del precio es por mensualidades y con cargo al presupuesto ordinario municipal; el plazo de duración del contrato se establece en 25 años y su valor estimado, según se indica en la cláusula 3 del PCAP, asciende a la cantidad de 35.954.799,25 euros.

Aunque la consulta del Ayuntamiento se centra en la posibilidad de declarar desierto el concurso y en la validez o no de la propuesta de la Mesa de contratación de 2 de febrero de 2012, en la que ésta revoca un acuerdo suyo anterior y modifica una propuesta de adjudicación del contrato, por la existencia de informes técnicos no coincidentes, así como en la cuestión de si es necesario solicitar nuevos informes técnicos de valoración, hemos de señalar que no es posible resolver todas estas cuestiones sin contextualizar toda la contratación y advertir aquellas que afectan a todo el procedimiento. Baste señalar de entrada que lo menos relevante es la presunta discrepancia entre los informes técnicos de valoración de las ofertas a la que se refiere el escrito de la consulta. Si se observan éstos detenidamente se verá que las diferencias entre ambos informes se producen en aquellos criterios de valoración que dependen de un juicio de valor y, en cambio, no existen diferencias en los restantes criterios que pueden obtenerse automáticamente mediante la aplicación de fórmulas establecidas en el pliego. No sería de extrañar que, si el Ayuntamiento solicitara un tercer informe a alguien que no conozca los emitidos, obtuviera un tercer resultado que seguramente no sería totalmente idéntico a ninguno de los anteriores en aquellos criterios que dependen de un juicio de valor y reflejan la opinión o el parecer de quien informa.

Falta de adecuación del tipo de contrato a su objeto y forma de retribución.

Aunque en el PCAP no se indican los códigos del CPV descriptores del objeto del contrato, del Pliego de condiciones técnicas que rige la contratación se deduce con total claridad que el objeto principal del contrato lo constituyen las prestaciones de hacer correspondientes a la recogida de residuos urbanos y a la limpieza viaria, a cambio de una retribución determinada a priori en el contrato y pagada por el Ayuntamiento. Estas prestaciones (CPV 90511000-2 y 90600000-3) se encuentran comprendidas en la categoría 16 del Anexo II de la LCSP (y de la Directiva 2004/18/CE), modificado por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP.

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, esta Junta ya se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la imposibilidad legal de utilizar la figura contractual de la concesión en aquellas contrataciones que, por una parte, tienen por objeto prestaciones de servicios definidas en el artículo 10 de la LCSP¹ y comprendidas en su Anexo II y simultáneamente, por otra, las contraprestaciones a percibir por el contratista no se ajustan, como es el caso que nos ocupa, a lo dispuesto en el artículo 257 del LCSP para los contratos de gestión de servicios públicos, el cual establece que tales contraprestaciones incluirán, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio objeto del contrato, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Así, en el Informe 1/2010, de 26 de octubre, con motivo de una consulta de otro Ayuntamiento sobre una contratación análoga a la presente, esta Junta llegaba a la

¹ Nótese la considerable diferencia de lo dispuesto en este artículo y lo que establecía el artículo 196.3 de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Mientras que en éste se excluían los de consultoría y los que pudieran ser objeto de cualquier otro tipo de contrato regulado en dicha Ley, en la LCSP se consideran contratos de servicios todos los que tengan por objeto prestaciones de hacer consistentes en una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.



conclusión de que cuando “la retribución del contratista proviene del propio ayuntamiento y, aunque proviniera de terceros, no procede de la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista, sino de la prestación del servicio a cambio de un precio cierto ...”, la figura del contratista, lejos de asimilarse al concesionario, se asimila a lo que en términos de la Directiva 2004/18 y la propia LCSP se denomina ‘prestador de servicios’. La inexistencia, por tanto, de riesgo, aunque fuera al principio limitado por la configuración jurídico pública del servicio, lleva por sí sola a la conclusión de que estamos ante contratos de servicios”.

En Informe 2/2010, de 31 de enero de 2011, esta Junta recuerda que en este tipo de contratos, “como en todo contrato oneroso, debe fijarse un precio, precio que no es ni más ni menos que la remuneración al contratista por la prestación del servicio y, en su caso, por las inversiones que sean necesarias para ello. Así el artículo 257 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) determina que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Es decir, en el contrato de concesión la Ley distingue dos posibles clases de contraprestación al concesionario del servicio: una, en función de la utilización del servicio, necesaria y obligatoria por ser donde reside principalmente el “riesgo y ventura” de la explotación, y otra que, en caso de haberla, no estará en función de dicha utilización y dependerá de las prestaciones previstas en el contrato que obliguen al adjudicatario a efectuar inversiones o gastos que no vayan a ser retribuidos por las tarifas o retribuciones por la utilización”.



Igualmente, en el Informe 4/2011, de 22 de noviembre, en respuesta a la consulta relativa a la paralización por el Ayuntamiento de Almoradí del procedimiento de adjudicación del contrato para la gestión indirecta mediante concesión del servicio público de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos y de limpieza viaria de dicho municipio, ya destacamos que cuando la retribución al contratista proviene del propio ayuntamiento y no deviene de la explotación del servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia, y cuando no existe, por tanto, riesgo inherente a la explotación, debíamos afirmar sin vacilaciones que se trata de un contrato de servicios en el sentido de la normativa comunitaria y, como no puede ser de otra forma, de la propia LCSP.

Concretamente, en este último informe se apreciaban, igual que ahora, las siguientes circunstancias: “En el caso de la limpieza viaria del municipio ni siquiera puede decirse que sea un servicio susceptible de explotación económica por un particular, como exige el artículo 251.1 de la LCSP, ya que no puede establecerse al menos una parte significativa del precio en función de la utilización del servicio por los usuarios, y para que lo fueran los de recogida y tratamiento de residuos, donde sí cabe establecer tarifas o precios unitarios por su utilización, sería necesario que los usuarios tuvieran alguna alternativa a los servicios prestados por el concesionario para que realmente exista riesgo”.

Hay que traer a colación también la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, citada en dicho Informe, donde se fijan criterios para la distinción entre contratos públicos de servicios y concesiones. En particular, en la Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09, se indica:

1.- Es preciso comprobar asimismo si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.

2.- El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

3.- En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.

En este sentido, hay que destacar que en el seno de la Unión Europea se encuentra en tramitación la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, Documento COM (2011) 897 final, de 20.12.2011, que define el derecho a explotar obras o servicios, contemplado en los puntos 2, 4 y 7 del apartado 1, como aquél que *implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.*

El riesgo económico puede ser de los tipos siguientes:

- a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio;
- b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios.



Téngase en cuenta que la Directiva 2004/18/CE, aunque no regula las concesiones de servicios, sí da una definición de las mismas, definición que contempla la propuesta de Directiva indicada: un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre uno más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadores, cuyo objeto es la prestación de servicios diferentes de las concesiones de obra pública y concesiones de obra, y la contrapartida de dichos servicios es, bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

Nótese que la diferencia entre la definición de la Directiva 18/2004/CE y la propuesta es sustancial, pues mientras que la directiva habla del derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un “precio”, la Propuesta habla de “pago”. Pago que puede venir de terceros o de la propia entidad contratante y directamente relacionado con la utilización (demanda) y, en su caso, la disponibilidad.

En consecuencia, esta Junta no puede sino reiterar el criterio de que, conforme a la normativa comunitaria y la LCSP, sólo es posible la concesión de servicios comprendidos en el Anexo II de la LCSP cuando éstos sean susceptibles de explotación económica por particulares a su riesgo y ventura, su contraprestación sea precisamente el derecho a esa explotación y su retribución para hacer efectivo dicho derecho dependa, al menos de una forma significativa, de la utilización del servicio por una pluralidad de usuarios. No parece que los servicios de limpieza viaria (comprendidos en la división 90600000-3 del CPV) puedan ajustarse en modo alguno a tales requisitos y los de recogida, transporte o



tratamiento y eliminación o valorización de residuos sí que podrían, pero en condiciones diferentes de las planteadas por el Ayuntamiento en la contratación objeto de consulta.

Por tanto, en este punto, hemos de concluir que la contratación objeto de la consulta del Ayuntamiento de Ibi, tal como está planteada, corresponde a un contrato de servicios de los definidos en el artículo 10 de la LCSP que, por su cuantía y por estar comprendido en la categoría 16 del Anexo II de la LCSP, se encuentra sujeto a regulación armonizada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la misma Ley. En consecuencia, su duración máxima, incluidas las prórrogas, no debería exceder de 6 años y, asimismo, sería necesario acreditar la clasificación como empresa contratista de servicios para poder optar a su adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la LCSP (actualmente artículo 65 de su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

Inexistencia de normas reguladoras del servicio y de anteproyecto de explotación o de estudio económico previos a la licitación.

Entre la documentación facilitada por el Ayuntamiento consultante no se encuentra, ni consta referencia alguna en los pliegos, a la elaboración y aprobación previa por el Ayuntamiento de las correspondientes normas reguladoras del régimen jurídico y del anteproyecto, proyecto o estudio económico de explotación del servicio público cuya gestión indirecta se quiere contratar mediante concesión, a lo que obligan los artículos 116 y 117 de la LCSP y el artículo 183.1 del todavía vigente Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este último dispone que los proyectos de explotación de servicios públicos *comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.*

Por lo que respecta a las normas reguladoras del servicio, el artículo 68 del Pliego de condiciones técnicas remitido por el Ayuntamiento, sorprendentemente, establece que serán los licitadores quienes habrán de incluir en sus propuestas “un proyecto de reglamento del servicio, en el que se definan sus características, las normas de funcionamiento interno, los derechos y deberes de los usuarios y de los operarios del servicio, la referencia a los distintos servicios, el régimen disciplinario y los procedimientos de queja, reclamaciones y sugerencias de los usuarios”. Ello no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 67.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, apartado a), donde se establece que, en los contratos de gestión de servicios públicos, el PCAP debe, además de contener el régimen jurídico básico del servicio público, expresar los reglamentos reguladores del servicio y de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos.

En cuanto a los aspectos económicos de la explotación, aunque no se determinan tarifas por la prestación de los servicios, sino precios globales máximos, el PCAP exige igualmente que sean los licitadores en su proposición los que presenten una descomposición de los costes y la justificación de todos los precios “mediante el correspondiente estudio económico, en el que se recojan los medios asignados a cada uno de los trabajos, tanto para la propuesta indicada en este Pliego, como para los posibles mejoras, ...”.

Sobre esta cuestión, esta Junta ya tuvo ocasión de pronunciarse en el Informe 11/2004, de 29 de noviembre, solicitado por el Ayuntamiento de Oliva con motivo de un contrato para

la concesión del Servicio de Control de Estacionamiento Limitado de Vehículos en la vía pública (ORA). Entre otras cuestiones, en dicho Informe se advertía “que es reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara nulas de pleno derecho las licitaciones de gestión de servicios públicos que no acompañan el proyecto o anteproyecto de explotación del servicio, recayendo esta obligación sobre el licitador”, y se traía a colación el Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2003 ratificando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 90/2001 de 27 de enero del 2001 que declara la nulidad de pleno derecho de un contrato de gestión de servicios públicos por haber infringido el artículo 159.1 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al haberse omitido el preceptivo trámite previo de aprobación del anteproyecto de explotación, así como sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de junio de 2002, y del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 30 de junio de 1999.

Asimismo en el Informe 2/2010, de 31 de enero de 2011, anteriormente citado, esta Junta determina que en estos contratos, como en cualquier otro contrato concesional (concesión de obras públicas), la retribución al contratista y en consecuencia el precio del contrato debe fijarlo la administración en base al anteproyecto de explotación que obligatoriamente debe acompañar a la licitación si el contrato comprende la ejecución de obras, o en base al estudio económico para la determinación de las tarifas que habrán de abonar los usuarios cuando el contrato no comprenda la ejecución de obras y ésta sea la única forma de retribución al contratista. Así el artículo 183 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas citado, en relación con el artículo 117 de la LCSP, establece que “Con excepción de los supuestos a que hace referencia el artículo 158.2 de la Ley los proyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional. Comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.



Por ello, esta Junta entiende que en el caso sometido a consulta se incumplen las normas antes citadas con la consecuencia de que, además, desde el punto de vista económico, la inexistencia de un presupuesto o anteproyecto de explotación del servicio previo a la licitación hace imposible valorar con suficientes elementos de juicio y fundamentadamente cualesquiera ofertas presentadas. No se trata sólo de comparar los costes que cada empresa se compromete a soportar en condiciones sólo parcialmente determinadas, sino sus respectivas ofertas o propuestas ante una estructura completa y previamente definida de ingresos y gastos vinculados a la explotación del servicio, los segundos a partir de unos mínimos o estándares de calidad del servicio establecidos por el Ayuntamiento, y los ingresos teniendo en cuenta todos los que pueden obtenerse de la explotación del servicio. En la explotación de un servicio de recogida de residuos, máxime si se ha implantado un sistema de recogida selectiva, los ingresos del concesionario o, por decirlo de otra forma, su retribución, no sólo consiste en los importes pagados por el Ayuntamiento, sino también en los rendimientos o ingresos que pueden obtenerse de la venta de dichos residuos para su reciclaje o valorización por las entidades que se dedican a ello. Y nada de esto se dice en el pliego, ni se establece ningún canon o retorno al Ayuntamiento en concepto de participación en dichos ingresos y se desconoce si tal circunstancia ha sido tenida en cuenta de algún modo en la fijación del precio o presupuesto máximo que ha de pagar el Ayuntamiento, una parte significativa del cual debería estar en función de la utilización del servicio para que sea posible utilizar la figura contractual de la concesión.

Los pliegos que rigen la licitación mezclan disposiciones que son propias de los contratos públicos de servicios, como son precios globales y fijos por prestaciones determinadas



contratadas por el Ayuntamiento para el municipio como si fuera un único usuario o beneficiario de las mismas (en el caso de la limpieza viaria lo es realmente al tratarse de viales y espacios públicos), con otras que son propias de un contrato de gestión de servicios públicos como las establecidas en la cláusula 23.1 del PCAP, donde la primera obligación del adjudicatario que se establece es “prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas”. ¿A qué tarifas se refiere? ¿En qué condiciones pueden los particulares utilizar el servicio de limpieza viaria o el de recogida de residuos?

Igualmente, se establecen en el pliego de condiciones técnicas prescripciones de carácter económico que no tienen reflejo en el PCAP, como son la obligación del adjudicatario de ingresar a favor del Ayuntamiento la cantidad de 194.886,03 euros para su posterior abono al “anterior concesionario”, en concepto de valor residual de una maquinaria o material que figura en un Anexo IX del pliego técnico que no ha sido remitido y a cuya adquisición queda obligado el adjudicatario según se establece en el artículo 65 de dicho pliego. También se establecen en este artículo plazos de amortización contradictorios a que ha de someterse el “material nuevo que haya de incorporarse inicialmente” (parece referirse sobretudo a vehículos) indicando que “se amortizará a 12,5 o 8 años (dependiendo del servicio)”. En cualquier caso los plazos establecidos son arbitrarios tanto uno como otro, no se ajustan a los que son comunes en contabilidad y sólo tendría sentido establecerlos si se hubiera elaborado un proyecto de explotación en el que se hubieran determinado las inversiones en nuevos bienes de equipo y maquinaria necesarias para la prestación de los servicios durante el plazo de la concesión y a las que el adjudicatario quedara obligado.

Indeterminaciones en el sistema de revisión de precios en base al IPC. Utilización inadecuada de parámetros de la revisión de precios como criterio de adjudicación.



En lo que se refiere a la revisión de precios, si bien se determina la fórmula de revisión de los precios globales (con errores), se exige que sean los licitadores quienes propongan y justifiquen en sus ofertas dos coeficientes (denominados A y B) necesarios para la aplicación de dicha fórmula, lo cual la deja indeterminada incumpliendo lo dispuesto en los artículos 77.3 y 78.2, además de que cualquiera que sean los valores de dichos coeficientes el sistema previsto incumplirá lo dispuesto en los artículos 78.3, ya que utiliza como referencia el IPC de forma que puede superar el 100% de este índice, o el 79.1 de la LCSP, puesto que el sistema no tiene en cuenta lo dispuesto en este precepto.

Si bien es cierto que el artículo 134.1 de la LCSP permite que uno de los criterios de valoración de las ofertas sea “la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas... a la prestación del servicio” que los licitadores incluyan en sus proposiciones, también lo es que dicho criterio se permite siempre que se establezca para contribuir a determinar la oferta más ventajosa económicamente, lo cual no se cumple en el caso del PCAP que rige la contratación del Ayuntamiento de Ibi. Este pliego establece ya la fórmula y un coeficiente de revisión basado en el IPC, de forma que una parte del precio (coeficiente B) se revisa directamente en proporción al IPC y la otra (coeficiente A) en proporción al IPC más su diferencia con el crecimiento del coste de la mano de obra, dejando como un criterio de valoración de las ofertas la “claridad y coherencia” en la determinación de dichas partes A y B por los licitadores (apartado F.3 del cuadro anexo del PCAP). Este criterio de adjudicación incumple lo dispuesto en el artículo 134.1 de la LCSP ya que tales claridad y coherencia, y tales coeficientes, no determinan ventaja económica alguna ni guardan en realidad relación con el objeto del contrato.

Inexistencia de criterios de selección de los licitadores en función de la solvencia económica e indeterminación de parte de los de solvencia técnica y de requisitos de aptitud.

Con una relevancia menor, hay que advertir que el Pliego PCAP no establece requisitos mínimos de solvencia económica y financiera para la selección de los licitadores, tal como exige el artículo 51 de la LCSP. El apartado E del cuadro anexo al PCAP se limita a requerir una declaración del volumen global de negocios en el ámbito de la actividad objeto del contrato referido a los tres últimos ejercicios, sin establecer mínimo alguno ni complementar esta declaración con algún otro de los medios que establece el artículo 64 de la LCSP. Aunque en el apartado correspondiente a la solvencia técnica se corrige esta deficiencia al exigir una experiencia mínima anual de 1.500.000 euros en la ejecución de servicios de limpieza viaria y recogida de residuos urbanos, vista la dimensión y la cuantía de la contratación era en este apartado donde hubiera resultado apropiado exigir, bien el seguro de responsabilidad civil que se exige al contratista en la cláusula 24 del PCAP o bien la acreditación de un mínimo patrimonio neto mediante la presentación de las últimas cuentas anuales de los licitadores.

No obstante, peores consecuencias se derivan de la ausencia de requisito mínimo alguno en el apartado b) de los medios para acreditar la solvencia técnica. El PCAP se limita a exigir que se aporte una “declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico para este contrato del que dispondrá [cada licitador] para la ejecución de los trabajos o prestaciones”, sin establecer mínimos de ningún tipo tal como se requiere en el ya citado artículo 51 del LCSP, ni tener en cuenta que como hemos visto anteriormente el pliego de condiciones técnicas exige, por su parte, que el adjudicatario adquiera los equipos que figuran en un Anexo IX que desconocemos. Y decimos que tiene peores consecuencias esta circunstancia porque, como veremos más adelante, la maquinaria y equipos de que dispondrán los licitadores son tratados, para la adjudicación del contrato, como un criterio de valoración de las ofertas, lo cual incumple lo dispuesto en el artículo 134.1 del LCSP, más aun cuando no se han establecido condiciones mínimas de solvencia técnica en este apartado.



Igualmente, no se ha tenido en cuenta en el PCAP una de las novedades que introdujo la Ley de Contratos del Sector Público al determinar los requisitos de aptitud para contratar que han de reunir las empresas y que afecta en este caso a la licitación del servicio de recogida de residuos urbanos. El artículo 43 de la LCSP, además de disponer que las empresas que deseen contratar con el sector público han de acreditar su plena capacidad de obrar, el no estar incurso en causas de prohibición de contratar y su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, establece en su apartado 2 que las empresas “deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”. En el caso que nos ocupa, las empresas que vayan a prestar el servicio de recogida de residuos deben acreditar dicha habilitación empresarial mediante su inscripción en el Registro general de Gestores Autorizados para las operaciones recogida, transporte y almacenamiento de residuos no peligrosos, dependiente de la Administración competente en materia de medio ambiente.

Criterios de adjudicación no conformes a derecho: Las mejoras sin determinar sobre qué elementos pueden presentarse

El apartado F del cuadro anexo del PCAP del contrato objeto de la consulta establece como segundo criterio de valoración de las ofertas por orden de importancia las “Mejoras



relacionadas con los servicios del contrato no contempladas en el pliego técnico, valoradas económicamente y sin coste alguno para el Ayuntamiento, así como cualquier otra oferta relativa las condiciones del presente contrato, y que constituya una mejora económica para el Ayuntamiento”, sin que se especifique sobre qué elementos o características podrán efectuarse ni su ponderación, indicando simplemente que deberán cuantificarse económicamente y que se valorarán en función de esa cuantificación dándole la máxima puntuación (25 puntos) a la mejor oferta.

Ello contraviene lo dispuesto en el artículo 131 y 134 de la LCSP fundamentando por sí solo la nulidad de cualquier adjudicación que se apoye en la valoración de las mejoras. El artículo 131 de la LCSP establece que podrán tomarse en consideración las mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad y se indique en el anuncio de licitación, pero exigiendo al mismo tiempo que se haga “precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”. Es decir, no es suficiente una remisión genérica a todo el objeto del contrato ni cabe considerar como mejora “cualquier otra oferta... que constituya una mejora económica...”, sino que la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige tanto su relación directa con el objeto del contrato y una adecuada motivación, como su previa delimitación y ponderación en los pliegos.

La Junta Consultiva de Contratación de la Administración general del Estado, en su Informe 59/2009, concluyó que, siendo legalmente admisible la presentación de mejoras, para que éstas puedan ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta más ventajosa, deben “tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las resoluciones 302/2011 y 318/2011, ambas de 14 de diciembre; 5/2012, de 5 de enero de 2012, y 16/2012, de 13 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en los que declara la nulidad de determinadas licitaciones por falta de definición en los pliegos de las mejoras que pueden presentar los licitadores. En la resolución 318/2011, por ejemplo, el Tribunal advierte que en el caso al que se refiere no existe más que una previsión genérica de que se pueden presentar mejoras en el cuadro resumen y su mención en los criterios a valorar y señala: “Pues bien, debiera existir una previsión concreta con ocasión de los criterios de valoración de qué mejoras se pueden presentar y cómo se van a valorar... Esta falta de previsión supone una evidente vulneración de las normas aplicables a la contratación como hemos tenido ocasión de señalar en ocasiones anteriores”.

Por último, hemos de advertir que la ausencia de determinación de las mejoras y de una ponderación de las mismas en función de su valor, unido la fórmula utilizada en el PCAP para su valoración y su peso específico (25 puntos, casi tanto como la oferta económica a la totalidad del contrato, que puntúa sólo 30), hace que dicho criterio no sólo puede no contribuir a determinar la oferta económicamente más ventajosa, sino que puede tener incluso efectos perversos en el sentido de facilitar que una oferta peor que otras, e incluso la peor de todas, pueda obtener la mayor puntuación en este apartado y ganar la licitación. Aparte de que ya es discutible que las mejoras deban valorarse en función del valor económico que le atribuyan los propios licitadores, la fórmula empleada en el PCAP, que otorga la máxima puntuación (25 puntos) a la mejor oferta de mejoras, independientemente de su valor real de mercado o de su interés para el Ayuntamiento, permite efectos antieconómicos que como hemos dicho alejan dicho criterio de su finalidad que es la de contribuir a determinar la oferta económicamente más ventajosa, lo que incumple lo dispuesto en el artículo 134 de la LCSP.

Incumplimiento de las normas aplicables para la valoración de criterios que dependen de un juicio de valor

El PCAP que rige la contratación objeto de la consulta incluye varios criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor y por los que puede otorgarse hasta un 45% de la puntuación máxima obtenible en la valoración de las ofertas. Aunque inicialmente el PCAP establece, en su cláusula 8.2, que los licitadores deberán presentar sus ofertas en tres sobres cerrados (denominados A, B y C), de forma que en el sobre B figura la documentación técnica relativa a los criterios que dependen de un juicio de valor, al mismo tiempo y en la misma cláusula (apartado 8.2.4), se establecía que junto a esa documentación y en el mismo sobre B se incluiría el “detalle de la oferta económica... y en la que se justifiquen debidamente los precios unitarios de los diferentes trabajos, así como los precios anuales de los conceptos básicos de recogida de basuras, y limpieza viaria para el proyecto o proyectos de Organización del Servicio propuesto”.

Con ello, el PCAP contravenía e incumplía claramente lo dispuesto en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, que dispone literalmente lo siguiente: “La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos”.



Aunque el Ayuntamiento intentó corregir dicha circunstancia y otros errores según consta en la certificación del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de marzo de 2011, lo cierto es que lo hizo de forma que cuando menos tuvo que inducir a confusión a los licitadores, si es que llegó a corregirse efectivamente y a tiempo en el PCAP facilitado a los licitadores (el remitido a esta Junta no incorpora la corrección), ya que, en lugar de eliminar de la cláusula 8.2.4 del PCAP la exigencia de que se incluyera en el sobre B el detalle de la oferta económica junto a documentación relativa a criterios que dependen de un juicio de valor, lo que se hizo fue exigir que toda la documentación de la cláusula 8.2.4, incluida la relativa a dichos criterios, se incluyera en el sobre C, cuando éste debía haber estado reservado exclusivamente a la oferta económica y a las mejoras valoradas. Es decir, como consecuencia de la corrección de errores citada, el Proyecto de Prestación del Servicio, el Material y las Instalaciones pasaban a exigirse tanto en el sobre B como en el sobre C, y en este último había de ir también la oferta económica pero en el primero había de incluirse la justificación de los coeficientes a aplicar en la revisión de precios. No es de extrañar que un licitador se confundiera y quedara excluido por incluir información relativa a la oferta económica en el sobre B.

En cualquier caso, el resultado es que, de acuerdo con la documentación remitida por el Ayuntamiento, el informe de valoración emitido por el Técnico Municipal sobre los criterios que dependen de un juicio de valor incluidos en el sobre B fue “aceptado” por la Mesa de contratación (aunque no sabemos si ello quiere decir que lo hizo suyo) antes de abrirse el sobre C, mientras que el emitido por la Universidad de Alicante se hizo cuando ya se habían abierto ambos sobres, el B y el C, de forma que no se evitó que se pudiera tener conocimiento de la oferta económica y de los aspectos relativos a criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, antes de que fueran valorados los relativos a los aspectos que dependían de un juicio de valor, por lo que la adjudicación en base al informe de la Universidad de Alicante tal como propone ahora la Mesa de contratación incumpliría la finalidad de lo dispuesto en el artículo 26 del Real Decreto 817/2009 antes mencionado, así como lo establecido en el último párrafo del artículo 134.2 de la LCSP que establece: “La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera



aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia...” Y el artículo 22 Real Decreto 817/2009 según el cual la Mesa de contratación ... “e) Valorará las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 134 y 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, clasificándolas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 144.1 de la Ley de Contratos del Sector Público”. (El subrayado es nuestro).

La cuestión, por tanto, estriba en que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 del Real Decreto 817/2009 citado, *la documentación relativa a los criterios que dependen de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición y su valoración se ha de efectuar por la mesa de contratación si la hay, por sí misma o en base a los informes técnicos que se estimen convenientes, pero siempre antes de que se conozca el resto de la proposición de cada licitador.*

En consecuencia, dichos preceptos hacen que nos planteemos dudas sobre la legalidad del propio PCAP tras la corrección de errores (documentación sobre criterios que dependen de un juicio de valor se requieren en el sobre B y también en el C) y, en todo caso, su cumplimiento impediría dar validez al último acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 2 de febrero de 2012, por el que ésta acuerda revocar su propio acuerdo de 10 de junio de 2011 y rechazar en éste la valoración de los criterios del sobre B contenida en el informe emitido en su día por el Ingeniero Técnico Municipal, proponiendo ahora la adjudicación del contrato en base al informe de la Universidad de Alicante, ya que cuando éste se emitió ambos sobres habían sido abiertos y las ofertas económicas eran conocidas.

Inclusión de criterios de solvencia técnica como criterios de adjudicación



El PCAP, en el punto 4 del apartado F del cuadro anexo, establece como criterio de adjudicación del contrato “La maquinaria, material móvil y demás equipos ofertados” por los licitadores, otorgándole a este apartado una puntuación máxima de 15 puntos. Y en su punto 5 se añade otro criterio de adjudicación más, en este caso valorado con 10 puntos, referido a las “Instalaciones fijas e infraestructuras ofertadas”. Todos estos medios son condiciones de aptitud o de capacidad técnica de los licitadores y al mismo tiempo, como ya hemos indicado en otra parte de este informe, el PCAP no establece ningún requisito mínimo de maquinaria, instalaciones o bienes de equipo entre los requisitos de solvencia técnica exigidos para participar en la licitación, tal como establece el artículo 51 de la LCSP y se prevé en su artículo 67.

El Tribunal de Justicia de la CE (actualmente de la UE) se pronunció ya en su sentencia de 20 de septiembre de 1988, recaída en el asunto Gebroeders Beentjes-Países Bajos, en la que, de conformidad con la normativa comunitaria ya vigente entonces y hoy consolidada, afirmaba que “*la verificación de la aptitud de los contratistas para ejecutar las obras que se han de adjudicar y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes en el contexto de la celebración de un contrato público*” y que “*la verificación de la aptitud de los contratistas sea efectuada por los poderes adjudicadores con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica*” mientras que “*Por lo que respecta a los criterios de adjudicación del contrato... los poderes adjudicadores se basarán, o bien únicamente en el precio más bajo, o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, en distintos criterios que pueden variar según el contrato, por ejemplo: el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico.*”

Esta tónica ha sido seguida por el citado Tribunal en Sentencias posteriores; así, la Sentencia de 24 de enero de 2008, Lianakis y otros, Asunto C-532/06, y de 12 de noviembre de 2009 contra la República Helénica, Asunto C-199/07.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en sus Informes 44/1998 y 59/2004 se pronunció también sobre el tema destacando la exigencia legal de separar criterios de aptitud y criterios de adjudicación del contrato y determinando en el segundo de dichos informes en qué condiciones podrían los primeros ser tenidos en cuenta en la fase de adjudicación. Así, en el Informe 59/2004, la Junta destaca que *“la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación de los contratos son dos fases diferentes, regidas por normas también diferentes debiendo utilizarse en la primera uno o varios de los criterios de selección cualitativa enumerados en las Directivas y en la segunda criterios objetivos, dado que la enumeración de las Directivas no es exhaustiva y siempre que no atribuyan a los poderes adjudicadores una libertad incondicional de selección”*, pero admite también que *“utilizar como criterio de adjudicación un mayor número de elementos personales o materiales que los exigidos en el pliego como elementos de aptitud y solvencia, no contradice las Directivas comunitarias ni la interpretación de las misma realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, fundamentalmente en su sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87 Beentjes)”*.

Por otra parte, hay que señalar que los criterios de valoración de las ofertas no sólo no deben confundirse con los requisitos de solvencia que son exigibles para participar en la licitación, sino que han de estar directamente vinculados al objeto del contrato y servir para determinar la oferta económicamente más ventajosa. En el caso que nos ocupa la puntuación a otorgar por maquinaria y equipos ofertados se descompone en tres apartados (valor económico, grado de evolución –características medioambientales- y justificación de los medios propuestos), de los que sólo el segundo se ajustaría a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la LCSP, aunque para ello su ponderación debería estar expresada en base a parámetros objetivos como podría ser un nivel de emisiones de CO2 o de contaminación acústica más bajo que los máximos autorizados o que los exigidos en su caso en el pliego de condiciones técnicas. Pero el valor económico de la maquinaria no está directamente vinculado al objeto del contrato ni es indicador de ventaja alguna, y tanto ésta como la justificación de los medios propuestos y su adaptación a los trabajos a realizar son criterios que debían haber sido requisitos de aptitud o solvencia técnica. Y lo mismo puede decirse de las instalaciones fijas, en las que se valoran aspectos como su situación, sin que se sepa qué es lo preferible puesto que el pliego de condiciones (art. 67) ya exige que el adjudicatario ha de contar con unas oficinas en el casco urbano de Ibi y una nave en su término municipal. En este último apartado, el de las instalaciones fijas, se valora también la presentación de un “plan de mantenimiento de las instalaciones”, que no parece que guarde relación directa con el objeto del contrato y que incluso no concuerda con lo exigido en el artículo 67 del pliego de condiciones técnicas donde, en lo referente a instalaciones fijas, lo que se señala es que “dentro del programa de funcionamiento de talleres deberán los licitadores presentar un plan de mantenimiento de todos los vehículos...”

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De cuanto antecede, ha de concluirse que la presente contratación de la limpieza viaria y la recogida de residuos urbanos, tal y como figura en los pliegos de cláusulas administrativas y de condiciones técnicas, debe regirse por las disposiciones aplicables a los contratos de servicios, teniendo en cuenta, además, que el contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada y su duración, incluidas las prórrogas, no puede exceder los seis años. No debe confundirse la obligación de prestar un servicio público con el tipo de contrato que sea de aplicación, cuestión ésta que ha venido siendo muy frecuente pero que no tenía lugar en las Directivas comunitarias y tampoco lo tiene ya en la Ley de Contratos del Sector Público.



SEGUNDA.- El servicio de limpieza viaria, definido en el pliego de condiciones técnicas remitido, y en general cualquier servicio de limpieza de viales o espacios de dominio público o de titularidad de una Administración pública, no puede considerarse susceptible de explotación por particulares, a riesgo y ventura del que resulte adjudicatario y de forma que se le transfiera a éste el riesgo de explotación económica en el sentido expresado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recogido en la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERA.- En el supuesto de que el Ayuntamiento optara por la gestión indirecta de la recogida de residuos urbanos, la contratación de la gestión de dicho servicio público debe ir precedida, con carácter necesario por Ley, de la elaboración del correspondiente régimen jurídico básico del servicio y del proyecto, anteproyecto o estudio económico de la explotación.

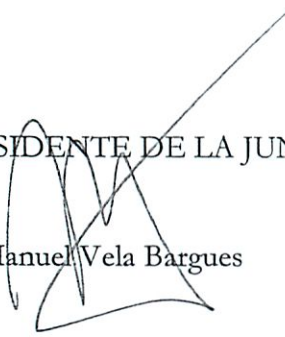
CUARTA.- Deben establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los requisitos de aptitud para participar en la licitación y las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y técnica o profesional que sean adecuadas al objeto del contrato y proporcionales a su dimensión o cuantía, o en su caso la clasificación que resulte exigible, siendo posible exigir adicionalmente a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos de posible resolución de contrato o establecer penalidades, pero siempre como un plus a los requisitos de solvencia o clasificación, nunca como criterios de adjudicación.

QUINTA.- Los criterios de valoración de las ofertas, además de estar directamente vinculados al objeto del contrato, deben servir obligatoriamente para determinar la oferta económicamente más ventajosa de entre las presentadas y, en consecuencia, también su respectiva ponderación o valoración individual debe guardar relación y proporción con el valor real o la ventaja económica que aportan los elementos que se valoran en cada uno de ellos. En el caso de las mejoras o variantes que puedan presentar los licitadores, además de cumplir los requisitos anteriores, debe especificarse en el pliego y en el anuncio de licitación sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

SEXTA.- Cuando se establezcan criterios de valoración de las ofertas que dependan de juicios de valor, la documentación relativa a dichos criterios debe presentarse en sobre independiente del resto de la proposición y evitarse el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos, no siendo por tanto conforme a derecho su valoración una vez conocida la oferta económica o la documentación relativa a los otros criterios que no dependen de un juicio de valor.

SÉPTIMA. Las condiciones de solvencia no pueden utilizarse como criterios de valoración de las ofertas, sino como criterios de selección de los licitadores, fijando en los pliegos las condiciones mínimas requeridas para el contrato en los términos establecidos en el artículo 51 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente artículo 62 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Las condiciones de solvencia que superen las mínimas exigidas podrían valorarse en la fase de adjudicación siempre que dicha circunstancia cumpla la finalidad y requisitos indicados en el artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº Bº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA

José Manuel Vela Bargues



LA SECRETARIA DE LA JUNTA


Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA
SUPERIOR DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA, en fecha 9 de mayo de
2012.