

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 8/2021
RESOLUCIÓN Nº.- 9/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

En Sevilla, a 25 de febrero de 2021.

Visto el escrito presentado por C.M.C., en nombre y representación de la mercantil SAICA NATUR, S.L., mediante el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de desistimiento adoptado por el órgano de contratación en relación con el procedimiento tramitado para la contratación de los servicios de *“Recepción de los residuos de papel/cartón procedentes de los servicios de recogida selectiva en la ciudad de Sevilla”*, Expediente 21/2020, tramitado por la entidad Limpieza Pública y Protección Ambiental Sociedad Anónima Municipal (en adelante LIPASAM), este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de agosto de 2020 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el Anuncio de licitación, junto con los Pliegos y Anexos, correspondientes al contrato de servicios de **“Recepción de los residuos de papel/cartón procedentes de los servicios de recogida selectiva en la ciudad de Sevilla, para su posterior tratamiento y valorización por parte de una empresa gestora autorizada. (EXPEDIENTE DE INGRESO PARA LIPASAM).”**

Vencido el plazo de presentación, y tras la tramitación oportuna, el 16 de octubre de 2020, se publica en la Plataforma el Informe de valoración. Detectada y corregida posteriormente una errata, el 6 de noviembre se publica nuevo informe *“con objeto de corregir la errata detectada en el informe firmado con fecha 15/10/2020. En concreto, donde pone criterios valorables mediante juicios de valor debe decir criterios técnicos evaluables de manera automática o mediante la mera aplicación de fórmulas”*, con el siguiente resumen:

	RESUMEN VALORACIÓN CRITERIOS CUANTIFICABLES	CONCURSANTE	CONCURSANTE
V1	Características de la instalación ofertada y metodología de trabajo	SAICA NATUR	UTE SELECTIVA
V1.1	Acreditar que la instalación cuente con más de un foso o zona de descarga	2,00	2,00
V1.2	Acreditar que la instalación ofertada disponga de más de una báscula verificada	2,00	0,00
V1.3	Acreditar que el gestor tenga en funcionamiento una plataforma/ herramienta informática en la que Lipasam pueda consultar on-line en tiempo real los datos de las pesadas de báscula de sus camiones	3,00	3,00
V1.4	Acreditar la utilización de energía renovable en la instalación de gestión, de producción propia o contratada en origen renovable certificado	1,00	0,00
V2	Distancia de las instalaciones desde el parque Central de Lipasam.	21,67	22,00
V3	Instalaciones de gestión alternativa, autorizadas y de menos de 25 km respecto al Parque Central.	3,00	3,00
V4	Precio de los residuos de papel/cartón	41,54	67
PT	Puntuación Total	74,21	97,00

Continuando con el procedimiento establecido en la cláusula 20 del PCAP, se procede a proponer al órgano de contratación la clasificación y adjudicación del contrato a la UTE SELECTIVA.

Con fecha 5 de noviembre, la Comisión Ejecutiva de LIPASAM, adopta por unanimidad los siguientes acuerdos:

ACUERDOS

PRIMERO.- Conforme a las puntuaciones obtenidas al aplicar los criterios de valoración previstos en el pliego de condiciones del contrato CE 21/2020, clasificar las ofertas válidamente presentadas en el siguiente orden:

Clasificación	Oferta	Puntuación final
1º	UTE SELECTIVA SEVILLA	97,00
2º	SAICA NATUR S.L.	74,21

SEGUNDO.- Requerir a la empresa primera clasificada, para que presente la documentación establecida en los Pliegos de condiciones, y en el caso de que ésta no cumpla debidamente este trámite, requerir a la que le suceda siguiendo el orden de clasificación

TERCERO.- Una vez cumplido adecuadamente el trámite anterior, adjudicar el contrato CE 21/2020 a la empresa UTE SELECTIVA SEVILLA por un importe total de 6,5.-€/Tm respecto al índice de Aspapel (31.456,55.-€).

CUARTO.- Facultar ampliamente a la Directora-Gerente para la realización de cuantos trámites legales sean necesarios para la suscripción del contrato CE 21/2020 y para resolver cualquier tipo de incidencia que pudiera producirse en la ejecución de los acuerdos relativos a su expediente de contratación.

El día 6 de noviembre, se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los acuerdos adoptados, con la denominación “TRASLADO ACUERDO ADJUDICACIÓN ÓRGANO DE CONTRATACIÓN”.

SEGUNDO.- El 27 de noviembre, se recibe en el Registro de LIPASAM escrito presentado por C.M.C., en nombre y representación de la mercantil SAICA NATUR, S.L., mediante el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra “*la resolución de fecha 5 de noviembre de 2020, por la que se adjudica el contrato para la Recepción de los residuos de papel/cartón procedentes de los servicios de recogida selectiva en la ciudad de Sevilla*”, Expediente 21/2020.

Mediante Resolución 35/2020, este tribunal, inadmite el recurso planteado por no estimarse el acto impugnado como incluido entre los susceptibles de reclamación conforme a la normativa vigente, al ser el acuerdo impugnado una aceptación de la propuesta de clasificación y adjudicación, no existiendo aún acto de adjudicación propiamente dicho, sin entrar, como consecuencia de la inadmisión, en el fondo del asunto.

TERCERO.- Efectuado el requerimiento a la UTE, clasificada en primer lugar, para la presentación de la documentación previa a la adjudicación, y presentada ésta, se le requiere subsanación de la misma, dado que no acreditaban la homologación ECOEMBES exigida. Con fecha 9 de diciembre de 2020 se emite informe en el que se pone de manifiesto que “Recibida la subsanación presentada por UTE SELECTIVA SEVILLA se verifica que la homologación presentada por S. SOLIS ANDALUCIA, S.L. (INSTALACIÓN PRINCIPAL OFERTADA POR LA UTE) no corresponde ni con la entidad participante en la UTE ni con la instalación principal ofertada dado que la homologación se circunscribe a S. SOLIS SA y a una instalación de Alcorcón.

En consecuencia con lo descrito anteriormente, el equipo técnico verifica la solvencia técnica exigida en los pliegos de condiciones directamente con ECOEMBES, de la que se recibe la siguiente comunicación: S. SOLÍS SA y S. SOLÍS ANDALUCÍA SL son sociedades diferentes, con CIF diferentes, aunque parten del mismo grupo empresarial. S. Solís Andalucía SL se encuentra ahora mismo en proceso de homologación de sus instalaciones de Alcalá de Guadaíra para el material papel/cartón.

Dado que la solvencia exigida en pliegos debe ser cumplida con anterioridad al plazo de presentación de ofertas establecido en el anuncio de licitación pese a que se solicite su acreditación a posteriori, no puede admitirse el cumplimiento de la solvencia técnica circunscrita a la homologación de ECOEMBES de la instalación secundaria ofertada cuando el mayor porcentaje de tratamiento de papel-cartón se realizará en la instalación principal.

Derivado de los antecedentes indicados en el apartado anterior, los abajo firmantes proponen la exclusión de la UTE SELECTIVA SEVILLA por no acreditar el cumplimiento de la solvencia técnica exigida en pliegos.

Se propone la adjudicación de la licitación de referencia a favor de la segunda clasificada –SAICA NATUR S.L.- por un diferencial de 8,4 €/Tm respecto del índice de *Aspapel*. Según informe de fecha 15/10/2020 la oferta económica final de SAICA NATUR SL era de 3,10 euros/Tm, importe del que se estima el importe de adjudicación (ingreso estimado para LIPASAM en los dos años de contrato): 12.655 tm x 2 años de contrato x 3,10 €/tm = 78.461,00 €”

En sesión celebrada el 18 de diciembre de 2020, la Comisión Ejecutiva, adopta los siguientes acuerdos:

- PRIMERO:** Dejar sin efecto los acuerdos adoptados por esta Comisión Ejecutiva en la sesión del pasado 5 de noviembre de 2020 respecto al expediente de contratación de la recepción de papel/cartón procedente de la recogida selectiva en la Ciudad de Sevilla para su posterior gestión (CE 21/2020).
- SEGUNDO:** Excluir del procedimiento de contratación de la recepción de papel/cartón procedente de la recogida selectiva en la Ciudad de Sevilla, para su posterior gestión (CE 21/2020) a la empresa UTE SELECTIVA SEVILLA por no cumplir con los requisitos de solvencia técnica establecidos en Pliegos.
- TERCERO:** Admitir la oferta única oferta válidamente presentada por SAICA NATUR S.L. en el procedimiento de contratación para la recepción de papel/cartón procedente de la recogida selectiva en la Ciudad de Sevilla, para su posterior gestión (CE 21/2020).
- CUARTO:** Requerir a la única empresa admitida para que cumpla lo establecido en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público con relación al expediente de contratación (CE 21/2020), y para que, en su caso, presente la documentación establecida en los Pliegos de condiciones.
- QUINTO:** Adjudicar el contrato CE 21/2020 por el importe reflejado en su oferta a la única empresa admitida una vez que haya presentado adecuadamente toda la documentación requerida de conformidad con el procedimiento establecido en el trámite anterior.}

Con fecha 21 de diciembre, se requiere a la mercantil SAICA NATUR, la documentación previa a la adjudicación.

CUARTO.- Con fecha con fecha 27 de enero de 2021, se emite informe por el Servicio de Contratación, Área de Coordinación y Servicios Corporativos de LIPASAM, en el que se manifiestan una serie de consideraciones acontecidas en la tramitación del expediente, concluyendo *“(…) la existencia de infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato y de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, en los términos justificados en el presente informe (…)”* y proponiendo el desistimiento del procedimiento de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Concretamente, el informe destaca que:

- Conforme al apartado 1º del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del Contrato, éste tiene por objeto *“la recepción de los residuos de papel/cartón procedentes de los servicios de recogida selectiva en la ciudad de Sevilla, para su posterior tratamiento y valorización por parte de una empresa gestora autorizada”*, tratándose de “un expediente de ingreso para LIPASAM”.
- Respecto al “Presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato”, el apartado 6º del Anexo I del PCAP señala que:

El precio que debe ofertar el gestor en la presente licitación se realizará sobre la base del precio *Aspapel* 1.04.01 del mes para el que proceda la facturación del papel recogido (pesada en la báscula de entrada a las instalaciones del gestor, sin ningún tipo de descuento por impropios ni humedad).

En concreto, para los residuos recogidos en el mes 1 de contrato, aplicará el precio *Aspapel* 1.04.01 de ese mes \pm el diferencial que proponga cada empresa ofertante.

Las sucesivas revisiones mensuales se harán en función de la variación del índice *Aspapel* 1.04.01 publicada para ese mes.

Link: (<http://www.aspapel.es/el-sector/precios-papel-recuperado%20>)

Precio mes 1 (€/t) = Aspapel 1.04.01 \pm diferencial ofertado (€/t).

Precio mes n (€/t) = Precio mes (n-1) (€/t) + Variación índice Calidad 1.04.01 publicado para el mes n (€/t).

- El Contrato se adjudicaría conforme a los criterios de valoración objetivos o aplicables mediante fórmulas matemáticas (100 puntos) establecidos en el PCAP, debiendo destacarse el criterio "**V.4.- Precio de los residuos de papel/cartón (hasta 67 puntos)**" recogido en los siguientes términos:

Se concederá la máxima puntuación (67 puntos) a la oferta que establezca el precio global de venta más alto (precio en euros/tonelada para el primer mes de contrato más alto), mientras que el resto de puntuaciones se determinarán proporcionalmente, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$Vi = 67 \times Pi / MPO$$

MPO = Precio de venta más alto por Tm de los ofertados

Pi = Precio de venta que se valora (licitador i-ésimo)

Vi = Valoración licitador i-ésimo.

- Los extremos extractados se traducen en que los licitadores deberían ofertar un precio global de venta, en valor absoluto, que habría sido previamente calculado por aquéllos aplicando al precio índice de *Aspapel* 1.04.01 el diferencial (+/-) que considerasen oportuno.

Ello en consonancia con lo previsto igualmente en el Anexo II del PCAP (MODELO DE OFERTA ECONÓMICA Y RELATIVA A LA PARTE CUALITATIVA EVALUABLE DE FORMA AUTOMÁTICA), referido al criterio V.4, como refleja la siguiente imagen:

V4. Precio de los residuos de papel/cartón, €/Tonelada
--	--------------------------

- Los licitadores que han concurrido al procedimiento de licitación con arreglo al plazo conferido son SAICA NATUR, S.L. y la UTE SELECTIVA SEVILLA, los cuales formularon a su vez las siguientes ofertas económicas en relación con el precio de los residuos de papel/cartón (criterio V.4):

➤ SAICA NATUR, S.L.:

V4. Precio de los residuos de papel/cartón	-8,4 €/Tonelada
--	------------------------

➤ UTE SELECTIVA SEVILLA:

V4. Precio de los residuos de papel/cartón	-6,5 €/Tonelada * Referencia ASPAPEL 1.04.01 agosto 2020.
--	--

- En fecha 15.10.2020 se emitió informe de valoración de las ofertas (rectificado posteriormente por error material en fecha 04.11.2020) en los siguientes términos:

V4.- Precio de los residuos de papel/cartón.

Se concederá la máxima puntuación a la oferta que establezca el precio global de venta más alto (precio en euros/tonelada). El precio a ofertar en la presente licitación se realizará sobre la base del precio Aspapel 1.04.01 del mes para el que proceda la facturación del papel recogido. En este caso se utilizará el valor del mes de agosto de 2020, siendo de 11,50 euros/Tm.

SAICA NATUR S.L. propone una oferta diferencial del índice de Aspapel menos 8,4 euros /Tm. Resultando una oferta de $11,50 - 8,40 = 3,10$ euros/Tm.

UTE SELECETIVA SEVILLA propone una oferta diferencial del índice de Aspapel menos 6,5 euros/Tm. Resultando una oferta de $11,50 - 6,50 = 5,00$ euros/Tm.

Por tanto, la oferta más ventajosa es la presentada por UTE TEXTIL SEVILLA que se puntúa con 67 puntos.

Para calcular la puntuación de SAICA NATUR SL aplicamos la fórmula quedando de la siguiente manera $SAICA = 67 \times 3,10 / 5,00 = 41,54$

- SAICA NATUR S.L:	41,54
- UTE SELECTIVA SEVILLA:	67,00

- Seguidos los trámites de valoración previstos con fecha 20.10.2020 se formula propuesta de adjudicación, derivado de las puntuaciones obtenidas y reseñadas en el informe técnico de fecha 15.10.2020, a favor de UTE SELECTIVA SEVILLA por un diferencial de 6,5 €/Tm respecto del índice de Aspapel. Dicha propuesta fue aprobada por la Comisión Ejecutiva de LIPASAM con fecha 05.11.2020, requiriéndose a dicha entidad para que presentase la documentación establecida en los Pliegos de condiciones.
- Requerida a UTE SELECTIVA SEVILLA la documentación correspondiente y recibida la misma se puso de manifiesto que la misma no cumple el requisito de la solvencia técnica establecido en los Pliegos de condiciones -así se recoge en el Informe de fecha 9 de diciembre de 2020-, y en su virtud la Comisión ejecutiva con fecha 18.12.2020 acordó, entre otros aspectos, la exclusión de la UTE SELECTIVA SEVILLA *"por no cumplir con los requisitos de solvencia técnica establecidos en Pliegos"* y admitir la oferta formulada por SAICA NATUR, S.L. al ser la única válidamente presentada en el marco del Contrato, requiriéndole para que aportase la documentación previa a la adjudicación del mismo.
- El licitador SAICA NATUR, S.L. interpuso con fecha 27.11.2020, ante el Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla (TARCAS), *recurso especial en materia de contratación* contra la propuesta de adjudicación del Contrato de fecha 05.11.2020 a favor de la UTE SELECTIVA SEVILLA, solicitando la exclusión de la oferta de dicha UTE y, subsidiariamente, la anulación *"de la cláusula relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante empleo de fórmulas y consiguiente anulación de todo el procedimiento de licitación"*.

A este respecto, SAICA NATUR, S.L. alegaba que (i) existía un error en la fórmula aplicada por LIPASAM para valorar los precios ofertados (esto es, en el criterio de adjudicación V.4) ya que los licitadores tenían que ofertar el precio / tonelada tomando como referencia en índice Aspapel de agosto (11,5 €/tm) y no el diferencial (que es lo que habría interpretado erróneamente la Sociedad), de suerte que su oferta formulada (-8,4 €/tm) debía ser considerada como el precio ofertado y no como el diferencial a aplicar; y (ii) la fórmula matemática correspondiente al criterio V.4 es errónea puesto que al tener en cuenta el precio ofertado y no el diferencial *"se otorga a mi patrocinada una puntuación [86,58 puntos] que está por encima del límite previsto en los pliegos [67 puntos]. Se trata de una fórmula que no opera ni para valores cero ni para valores negativos"*.

Situación y circunstancias planteadas

A fecha de emisión del presente informe no se ha dictado resolución de adjudicación del contrato, planteándose a la luz de la documentación referida, diversas dudas sobre la estricta corrección de la tramitación seguida y de la elaboración e interpretación de la documentación aportada por los licitadores en el procedimiento, ante la posibilidad de que la redacción del PCAP hubiere inducido a error a aquellos y tuviere errores que hicieran de hecho inviable su aplicación.

El procedimiento de adjudicación y la ejecución del Contrato se rige por unos Pliegos cuya redacción, a la luz de la documentación e información aportada por los licitadores pudieran ser haber inducido la presentación de ofertas erróneas o contradictorias, al recoger aparentemente en sus proposiciones presentadas el diferencial a tener en cuenta y aplicar sobre el precio *Aspapel* de referencia, y no el precio global ofertado de venta de los residuos de papel/cartón (€/tm), que era el parámetro o valor que estrictamente se solicitaba en el PCAP, a efectos de valoración de ofertas.

El hecho de que ambos licitadores hayan ofertado un importe negativo (-8,4 y -6,5) evidencia que estarían incluyendo en sus proposiciones económicas, para su valoración con arreglo al criterio de adjudicación V.4, un valor diferencial a aplicar (en este caso negativo) al índice Aspapel de referencia (11,5), y no el precio global de venta de los residuos de papel/cartón, puesto que este precio, por su propia naturaleza y lo establecido en el PCAP no puede tener un valor negativo al encontrarnos ante un Contrato que supone un ingreso para LIPASAM y que tiene un suelo de 0 €, conforme al apartado 6º del Anexo I del Pliego.

Ese valor o parámetro diferencial forma parte del precio de venta del primer mes pero éste no puede ser tratado y, por tanto, valorado, como si fuera el precio propiamente dicho, ya que de conformidad con lo establecido en el apartado 6º del Anexo I del PCAP, los diferenciales tendrían que ser determinados por los licitadores y aplicados al índice referido para ofertar los precios globales de venta que considerasen, en lugar de ofertar directamente esos diferenciales para su valoración como parece que ha sucedido en este caso.

Estos valores ofertados como diferenciales habrían sido asumidos y considerados por tanto de forma incorrecta en el Informe de valoración de las ofertas obrante en el expediente emitido en fecha 15.10.2020-, siendo en dichos valores contrarios a lo exigido en el PCAP.

Los términos y hechos anteriores evidenciarían pues que la propia redacción del PCAP hubiera determinado un error por parte de los licitadores.

Así en el citado apartado 6º del Anexo I se contempla que *"El precio que debe ofertar el gestor en la presente licitación se realizará sobre la base del precio Aspapel 1.04.01 del mes para el que proceda la facturación del papel recogido (pesada en la báscula de entrada a las instalaciones del gestor, sin ningún tipo de descuento por impropios ni humedad). En concreto, para los residuos recogidos en el mes 1 de contrato, aplicará el precio Aspapel 1.04.01 de ese mes \pm diferencial ofertado (€/t)"*, es decir, un precio definido por la suma o resta sobre el precio Aspapel de un determinado diferencial estimado por el licitador.

Asimismo, en el modelo de proposición económica y en la fórmula matemática relativas al criterio de adjudicación V.4 (precio de los residuos de papel/cartón), se haría referencia igualmente a un precio ofertado en valor absoluto, sin que pueda considerarse que la propuesta debiera consistir en el diferencial a aplicar al precio Aspapel de referencia.

Las ofertas presentadas por ambos licitadores con un valor negativo indicarían pues que se refieran al valor diferencial a restar del precio de referencia Aspapel para mediante una operación aritmética -resta- determinar el precio ofertado, lo que contravendría lo

establecido en el Pliego, que requiere de la presentación de un precio por un valor, ya sumado o deducido (+/-) el diferencial que se hubiera estimado por el licitador.

La hipótesis de una interpretación alternativa, obviando el término negativo (-) de ambas ofertas presentadas y considerando que se tratara del precio global de venta ofertado para los residuos recogidos, ya deducido el correspondiente diferencial -como el licitador SAICA NATUR, S.L. alega de forma sobrevenida en el recurso especial interpuesto-, determinaría de hecho una aplicación imposible de la fórmula de valoración del criterio de adjudicación -como pone de manifiesto este mismo licitador en dicho recurso-, otorgando una puntuación por encima del límite máximo asignado (67 ptos.) a dicho criterio de valoración en el PCAP.

A la luz de todo lo anterior, cabe concluir que las propuestas formuladas por los licitadores serían contrarias a lo exigido por el PCAP, o en su caso hubieran incurrido en error, inducidas por una posible confusa y/o oscura redacción del mismo, pudiendo entenderse que si el contrato se adjudica a la única oferta válida en este momento, se estaría vulnerando la normativa aplicable ya que dicha adjudicación tendría lugar con arreglo a una oferta erróneamente formulada y/o atendiendo a una fórmula matemática inviable si se obviase el error en dicha proposición.

Apreciados los errores anteriores, se planteado la viabilidad de la anulación y retroacción de actuaciones para proceder a una nueva valoración de las ofertas, considerándose que en este momento no sería posible acordar dicha retroacción de actuaciones al encontrarnos ante criterios de adjudicación automáticos, y que, al margen de la exclusión acordada de uno de los licitadores, se produciría una vulneración de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación de los licitadores, puesto que éstos podrían llegar a solicitar que se considerasen alternativamente como oferta económica uno u otro valor conforme a las posibles interpretaciones referidas según su conveniencia, siendo ya conocidas las ofertas formuladas por los competidores, haciendo así un uso indebido del criterio de adjudicación establecido en el PCAP para valorar los precios de venta (criterio V.4).

A la vista del informe, con fecha 28 de enero de 2021, la Comisión Ejecutiva de LIPASAM, acuerda desistir del procedimiento de contratación, en base a lo dispuesto en el artículo 152.4 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, fundamentando el mismo en los motivos expuestos en el Informe de fecha 27 de enero de 2021 transcrito, así como iniciar un nuevo expediente para la contratación de la recepción de residuos de papel/cartón procedentes de la recogida selectiva en la ciudad de Sevilla.

El 29 de enero de 2021, se publican y notifican, a través de la Plataforma, los acuerdos de 18 de diciembre de 2020 (Exclusión UTE y propuesta de adjudicación a SAICA) y 28 de enero de 2021 (Desistimiento del procedimiento).

QUINTO.- El 11 de febrero de 2021 se presenta en el Registro Electrónico de la Sede electrónica del Punto de Acceso General (<https://sede.administracion.gob.es/>), escrito firmado por C.M.C., en nombre y representación de la mercantil SAICA NATUR, S.L., mediante el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento, adoptado con fecha 28 de enero.

Con fecha 15 de febrero, por parte del Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, se traslada a este Tribunal el recurso interpuesto, el cual se pone en conocimiento de LIPASAM, solicitándole la documentación a que se refiere el art.. 56.2 de la LCSP.

La documentación remitida por la unidad tramitadora tiene entrada en el Tribunal el día 17 del mes corriente, oponiéndose al recurso formulado y manifestando el traslado del recurso a los interesados, a fin de que puedan efectuar alegaciones.

El 17 de febrero, se presenta asimismo en el Registro General, Recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la UTE SELECTIVA SEVILLA, frente al *"Informe Propuesta de Clasificación a favor de segundo clasificado*, por el que se propone: (i) excluir a mi

representada de la licitación, y (ii) adjudicar a favor del segundo clasificado, SAICA NATUR, S.L.”, de fecha 9 de diciembre de 2020.

Con fecha 23 de febrero se presenta en el Registro General, escrito de alegaciones por parte de la representación de la UTE SELECTIVA SEVILLA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012, Acuerdo de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En relación a **la legitimación**, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, la recurrente se encuentra legitimada.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

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

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir.

Como este Tribunal manifestaba en su Resolución 44/2021, la posibilidad de control a través del recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al afirmar (Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto Hospital Ingenieure, apartado 48, 50 y 51 (criterio confirmado por la Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto Koppensteiner GMBH), lo siguiente:

«Pues bien, en la medida en que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar una licitación para un contrato público de servicios está sujeta a las normas materiales pertinentes del Derecho comunitario, procede inferir que está asimismo comprendida en el ámbito de aplicación de las normas establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

(...)

Además, el sistema general de la Directiva 89/665 impone una interpretación de dicho concepto en sentido amplio, por cuanto el artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer que, cuando se reclame una indemnización de daños y perjuicios porque una decisión de la entidad adjudicadora se haya adoptado ilegalmente, la decisión impugnada debe ser previamente anulada.

En efecto, admitir que los Estados miembros no están obligados a instaurar procedimientos de recurso de anulación con respecto a los acuerdos por los que se cancela una licitación equivaldría a autorizarles a privar, en ejercicio de la facultad prevista en la disposición

mencionada en el apartado anterior, a los licitadores lesionados por tales acuerdos, adoptados con infracción de las normas del Derecho comunitario, de la posibilidad de promover acciones de indemnización de daños y perjuicios».

Este criterio ha sido recogido por los órganos de recursos contractuales (Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 17/2011; cuya interpretación se ha asumido también por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 263/2012, de 21 de noviembre; el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 96/2012, de 16 de octubre de 2012 y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, mediante Resolución 54/2013, de 25 de septiembre de 2013), distinguiendo entre desistimiento del procedimiento y renuncia a celebrar un contrato.

En esta línea se pronunciaba el Tribunal de Recursos de Andalucía en su Resolución 256/2020, estimando que el desistimiento de la licitación es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2. c) del artículo 44 de la LCSP, en tanto que constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación y defendiendo que el objetivo de esta doctrina es garantizar el efecto útil de la Directiva 89/665, “Como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la finalidad de esta Directiva es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano europeo, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse y, precisamente para garantizar el respeto de dichas directivas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer recursos lo más eficaces y rápidos posible”

En su Resolución 1207/2019, el tribunal Central, estima igualmente la posibilidad de recurso especial contra el acuerdo de desistimiento del proceso de licitación, acordado al amparo del artículo 152 de la LCSP, conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP, por cuanto se trata de un acto que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento. Así lo ha entendido el Tribunal en anteriores ocasiones, por todas, Resolución de 6 de noviembre, o 95/2015, de 30 de enero, declarando el Tribunal en esta última que, aunque *“la impugnación de los acuerdos de renuncia al contrato o el desistimiento del procedimiento de contratación no están previstas expresamente entre los actos recurribles contemplados entre las competencias de este Tribunal prevista en el artículo 40 del TRLCSP”,* procede considerar *“la renuncia o el desistimiento como actos administrativos que impiden la continuación del procedimiento de contratación, tal y como hicimos en las Resoluciones 318/2014, de 25 de abril; 263/2012, de 21 de noviembre; 2/2012, de 5 de enero,...”*

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, la impugnación se fundamenta, básica y principalmente, en la consideración de que por parte del Órgano de Contratación se acuerda el desistimiento con base en una posible redacción oscura de la cláusula relativa al precio, defendiendo que, conforme al Pliego, las entidades licitadoras debían indicar el precio por tonelada, y así se hizo por éstas, *“El problema que surge es que la Mesa de Contratación interpreta que el dato ofertado por las entidades licitadoras es el*

diferencial respecto del precio de ASPAPEL y no el precio definitivo. Esto es, la cuestión controvertida es la relativa a la interpretación del precio ofertado en el sentido de determinar si las entidades licitadoras ofrecieron el diferencial respecto del precio de ASPAPEL o el precio definitivo."

Defiende el recurrente, que *"en el caso que nos ocupa no nos encontramos ni ante una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato ni ante una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, sino que el problema ante el que nos encontramos es ante una divergencia de los criterios de interpretación relativos a la oferta económica. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que ambas entidades licitadoras ofrecieron en su oferta el precio definitivo."*, concluyendo, además, que no concurre causa de interés público y que *"la actuación de la Administración actuante vulnera el principio confianza legítima y la doctrina de los actos propios"*, ya que, *"una vez que la Administración actuante excluyó a la UTE SELECTIVA SEVILLA por no cumplir con la solvencia técnica, se propuso a mi patrocinada como adjudicataria del contrato"* y *"Una vez excluida la UTE SELECTIVA SEVILLA se requirió a mi patrocinada para que aportara el aval correspondiente"*.

En base a todo ello, solicita, teniendo en cuenta que por parte de la Administración actuante ya se ha iniciado el procedimiento de licitación, la adopción de medida cautelar de suspensión de la tramitación de dicho procedimiento de licitación, la declaración de nulidad de la resolución por la que se acuerda desistir del procedimiento y la adjudicación del contrato a su favor.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas, ha de dejarse constancia, del carácter revisor de los Tribunales especiales en materia de Contratación. Como señalaba el Tribunal Central en su Resolución 267/2017, *"la función de este Tribunal es de carácter revisor. Así, como hemos indicado en reiteradas resoluciones (entre otras 58/2016, 367/2016, 24/2015, 196/2014) nuestro cometido es el de revisar los actos recurridos para determinar si se hallan incursos en vicios de legalidad, y de ser así, anularlos y ordenar en su caso la reposición de actuaciones al momento anterior a aquellos, pero en ningún caso puede sustituir a los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación."* Este carácter revisor se destaca igualmente en nuestras Resoluciones 2/2012, 6/2012, 7/2013, 8/2013, 12/2017, 6/2017 o 14/2017, 4/2019 o 3/2020, así como en las Resoluciones 267/2017 del Tribunal Central, 81/205 del Tribunal de Aragón, a las nº 263/2011 y 1/2012 del de Andalucía, por citar algunas.

La función revisora que al Tribunal corresponde no puede, pues, ampliarse a la sustitución del centro tramitador en sus actuaciones, ni, obviamente a la de la Mesa y el propio Órgano de Contratación en las decisiones y acuerdos que a éstos corresponde adoptar, del mismo modo que no puede sustituir un juicio técnico, ni resolver la adjudicación en favor de uno u otro licitador, correspondiéndole, eso sí, verificar el cumplimiento de la normativa vigente y el ajuste a derecho de la actuación administrativa, adoptando si se verificara lo contrario, los acuerdos oportunos a fin de que en la sede correspondiente se depuren las actuaciones y se alcance un resultado acorde a la legalidad. En este sentido, la LCSP, en su art. 57.4, viene a disponer expresamente que *"En caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma."*

El órgano de contratación, por su parte, manifiesta que “las manifestaciones y pretensiones deducidas por SAICA no pueden ser tomadas en consideración al no ajustarse al ordenamiento jurídico aplicable, y al omitir hechos de especial relevancia como la impugnación indirecta del PCAP que realizó la recurrente al manifestar que la fórmula utilizada para la valoración / aplicación del criterio de adjudicación del que trae causa este expediente era nula de pleno derecho, entre otros motivos igualmente esgrimidos por aquélla.”

Considerando que “los licitadores deberían ofertar un precio global de venta, en valor absoluto, que habría sido previamente calculado por aquéllos aplicando al precio índice de Aspapel 1.04.01 el diferencial (+/-) que considerasen oportuno”, y a la vista de la ofertas presentadas, ambas en términos negativos (-8.4 y -5.6), a la hora de efectuar la valoración, se entendió que lo ofertado por ambos licitadores había sido el diferencial, por lo que se procedió a restar éste al valor del de agosto, obteniendo así el precio global necesario para aplicar la fórmula prevista en Pliegos.

Como señala el informe de 27 de enero, no carente de lógica, el hecho de que ambos ofertaran un precio en negativo “*evidencia que estarían incluyendo (...) un valor diferencial*”, (...) puesto que este precio, por su propia naturaleza y lo establecido en el PCAP no puede tener un valor negativo al encontrarnos ante un contrato que supone un ingreso para LIPASAM y que tiene un suelo de 0 €, conforme al apartado 6º del Anexo I del Pliego”.

A raíz de tal valoración, se propuso la adjudicación en favor de la UTE, destacando el informe que la entidad recurrente omite por completo la interposición por su parte de un recurso frente a la misma, “a pesar del carácter trascendental que resulta inherente a dicho recurso habida cuenta de las manifestaciones y pretensiones deducidas por SAICA a través del mismo, con independencia de que fuera inadmitido por el TARCAS mediante Resolución núm. 40/2020, de 04.12.2020”, pasando de “solicitar la anulación del PCAP y, por ende, de todo el procedimiento de licitación como consecuencia de la nulidad que según aquélla afectaba a la fórmula recogida en el citado Pliego para la aplicación del criterio de adjudicación V.4, a impugnar un acuerdo de desistimiento que se ajusta a las pretensiones que aquélla formuló en su día”

Efectivamente, y así consta a este Tribunal (Recurso 35/2020, resolución 40/2020), “el licitador SAICA NATUR (ahora recurrente) interpuso con fecha 27.11.2020, ante este Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla recurso especial en materia de contratación contra la propuesta de adjudicación del Contrato de fecha 05.11.2020 a favor de la UTE SELECTIVA SEVILLA, solicitando la exclusión de la oferta de dicha UTE y, subsidiariamente, la anulación “*de la cláusula relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante empleo de fórmulas y consiguiente anulación de todo el procedimiento de licitación*”.

Como recuerda el informe remitido a este Tribunal, “A este respecto, SAICA alegaba que (i) existía un error en la fórmula aplicada por LIPASAM para valorar los precios ofertados (esto es, en el criterio de adjudicación V.4) ya que los licitadores tenían que ofertar el precio / tonelada tomando como referencia el índice Aspapel de agosto (11,5 €/tm) y no el diferencial (que es lo que habría interpretado erróneamente la Sociedad), de suerte que su oferta formulada (-8,4 €/tm) debía

ser considerada como el precio ofertado y no como el diferencial a aplicar; y (ii) la fórmula matemática correspondiente al criterio V.4 es errónea puesto que al tener en cuenta el precio ofertado y no el diferencial "se otorga a mi patrocinada una puntuación [86,58 puntos] que está por encima del límite previsto en los pliegos [67 puntos]. Se trata de una fórmula que no opera ni para valores cero ni para valores negativos".

Considera el órgano de Contratación que "El hecho de que nos encontremos ante un procedimiento de adjudicación en el que los licitadores han formulado sus ofertas como diferenciales y no como verdaderos precios de venta de los residuos de papel / cartón en los términos exigidos el criterio de adjudicación V.4, apartado 6º del Anexo I y modelo de propuesta económica recogidos en el PCAP permite afirmar que la redacción del PCAP es confusa y ha inducido a error a los licitadores a la hora de confeccionar sus ofertas, de manera que el desistimiento acordado es la única opción o alternativa válida para dar cumplimiento al ordenamiento jurídico aplicable".

Defiende asimismo el cumplimiento de los requisitos de índole formal y material; concretamente: (i) el desistimiento ha de tener lugar antes de que el contrato sea formalizado entre las partes y de que, por ende, se produzca su perfección ex artículo 36 de la LCSP; y (ii) aquél debe encontrarse fundamentado en una infracción no subsanable de las normas aplicables en sede de preparación y / o adjudicación del contrato, debiendo justificarse la existencia conjunta y simultánea de ambos requisitos", considerando que "en el supuesto que nos ocupa es evidente que esa concurrencia tiene lugar por cuanto:

- (i) Desde un punto de vista formal, el Contrato no ha sido aún formalizado, por lo que el Acuerdo de desistimiento da cumplimiento a esa vertiente procedimental que exige el artículo 152.2 de la LCSP.
- (ii) Desde un punto de vista material, el hecho de que la propia redacción del PCAP haya conllevado que los dos (2) licitadores que han concurrido al procedimiento de referencia formularan ofertas erróneas ha de considerarse como un vicio o error cometido por LIPASAM que conlleva la vulneración de las normas de preparación del contrato, tal y como exige el artículo 152.4 de la LCSP.

A la vista de lo expuesto, el informe concluye la concurrencia de duda razonable sobre cual fuera el sentido real de las ofertas económicas presentadas, como deban ser las mismas consideradas y la forma de aplicación de la fórmula establecida para su valoración, considerando evidente que nos encontramos ante un desistimiento válidamente acordado por el órgano de contratación puesto que la redacción errónea o confusa del Pliego se configura *per se* como causa o motivo que permite que ese desistimiento despliegue la totalidad de efectos que le son inherentes *ex lege* y que, por lo tanto, el expediente de contratación en cuestión pueda ser anulado o revocado.

Se destaca, asimismo que la posibilidad de que pueda emplearse la figura del desistimiento a los fines que nos ocupan ha sido admitida por nuestros Tribunales

Administrativos en supuestos análogos al que nos ocupa, trayendo a colación la Resolución núm. 44/2020, de 23.09.2020, del Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla (TARCAS), en la que se desestimaron los recursos especiales interpuestos por los licitadores contra la resolución de desistimiento dictada por el órgano de contratación porque cabía considerar que los términos en los que aparecían formulados los criterios de adjudicación objetivos o evaluables con arreglo a fórmulas matemáticas y el modelo de oferta habían inducido a uno de los licitadores a formular una propuesta con valores desmesurados, diversas Resoluciones del Tribunal Central y la doctrina fijada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 10/17, de 13 de julio de 2017" Posibilidad de eliminación de un criterio de valoración contenido en el PCAP), poniendo de manifiesto, remitiéndose a su vez a la doctrina establecida Tribunal Central (Resolución 40/2019) que "queda prohibida la interpretación contra preferente de los pliegos, con la consecuencia de que de concluirse por el Tribunal que la oscuridad en los pliegos imposibilita una lectura unívoca de los mismos, han de retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la formulación de los pliegos a fin de que éstos se redacten correctamente" y que "Es por lo demás obvio, que la aplicación de una determinada cláusula no puede ser obviada por el órgano de contratación, ni tampoco generar una interpretación que pueda dar lugar a una infracción del principio de transparencia e igualdad de todos los licitadores. De este modo, se antoja imposible, como pretende el recurrente, realizar una interpretación secundum legem de las cláusulas referidas, pues, como indica el informe citado, una vez que se aprecia que una cláusula ofrece una interpretación oscura y contraria a derecho, lo procedente es la retroacción de actuaciones a efectos de que se redacten de nuevo los pliegos".

A mayor abundamiento señala el informe, que, incluso admitiendo la posibilidad de que, de forma alternativa, se tome en consideración para su valoración con arreglo al criterio de adjudicación V.4 el valor ofertado en términos negativos por los licitadores como si se tratase del verdadero precio de venta total de los residuos de papel/cartón, esa nulidad del PCAP vuelve a evidenciarse por cuanto la fórmula matemática de valoración del criterio de adjudicación relativo a dicha proposición económica arrojaría valores imposibles o contradictorios con la propia ponderación establecida en el mismo, superando las puntuaciones otorgadas el valor máximo (67 puntos) establecido en el Pliego. La hipótesis de una interpretación alternativa, obviando el término negativo (-) de ambas ofertas presentadas y considerando que se tratara del precio global de venta ofertado para los residuos recogidos, ya deducido el correspondiente diferencial, determinaría de hecho una aplicación imposible de la fórmula de valoración del criterio de adjudicación, otorgando una puntuación por encima del límite máximo asignado (67 puntos) a dicho criterio de valoración en el propio PCAP.

A la luz de todo lo anterior, se concluye que "las propuestas formuladas por los licitadores (y, por tanto, por la propia recurrente) serían contrarias a lo exigido por el PCAP, o en su caso hubieran incurrido en error, inducidas por una posible confusa y/o oscura redacción del mismo, y por tanto no deben ser tomadas en consideración por el órgano de contratación puesto que ello sería contrario al ordenamiento jurídico aplicable; situación que permite afirmar que el Acuerdo de desistimiento impugnado es conforme a la legalidad aplicable puesto que dicha infracción de las normas de preparación del Contrato no admite subsanación alguna pese a las aseveraciones deducidas por la recurrente.

En efecto, no hubiera sido posible que, dado el estado en el que se encontraba la tramitación del procedimiento cuando tuvo lugar el desistimiento del Contrato, hubiera sido acordada, en su lugar, la retroacción de actuaciones al encontrarnos ante criterios de adjudicación automáticos, ya que, al margen de la exclusión acordada de uno de los licitadores, esa posible actuación vulneraría los principios de transparencia, igualdad y no discriminación rectores en sede de contratación pública, dado que los licitadores podrían llegar a solicitar que se considerasen alternativamente como oferta económica uno u otro valor conforme a las posibles interpretaciones referidas según su conveniencia, siendo ya conocidas las ofertas formuladas por los competidores, haciendo así un uso torticero, fraudulento y desviado del criterio de adjudicación V.4 establecido en el Pliego, lo cual se encuentra prohibido por nuestro ordenamiento jurídico por cuanto la modificación de las ofertas económicas formuladas, adaptándolas a una u otra interpretación alternativa, y el uso del criterio de valoración de esa forma, es fraude de Le.

Pero es que, además, debe destacarse que, aunque la recurrente lo omita, la realidad es que aquélla solicitó ante este TARCAS, a través de su recurso especial inadmitido mediante Resolución núm. 40/2020, de 04.12.2020, que se procediese a la anulación del PCAP y, por extensión, del procedimiento de licitación de referencia habida cuenta de la nulidad de la fórmula matemática recogida en ese criterio de adjudicación V.4 al ser errónea puesto que al tener en cuenta el precio ofertado y no el diferencial "se otorga a mi patrocinada una puntuación que está por encima del límite previsto en los pliegos. Se trata de una fórmula que no opera ni para valores cero ni para valores negativos"; argumento y pretensiones que permiten afirmar que, a través de este recurso, es SAICA la que vulnera sus propios actos y no LIPASAM, toda vez que el hecho de que aquélla hubiera sido propuesta como adjudicataria y hubiera aportado el aval en concepto de garantía definitiva no impide que el desistimiento pueda ser acordado válidamente, dado que así lo permite el artículo 152 de la LCSP. "

En sus alegaciones al recurso, la UTE SELECTIVA SEVILLA , defiende:

1. La Procedencia de dar prioridad a la resolución del Recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE SELECTIVA SEVILLA, frente al Informe propuesta de clasificación a favor de segundo clasificado, de fecha 9 de diciembre de 2020, por ser éste el primer acto producido, y resultar determinante su pronunciamiento para la resolución del recurso interpuesto por SAICA NATUR, S.L.,
2. Improcedencia de acordar la adopción de medida cautelar consistente en la suspensión del segundo procedimiento de contratación por no concurrir los presupuestos necesarios para la aplicación de justicia cautelar, en la medida en que se trata de un acto legítimo tendente a satisfacer el interés general que viene a exigir la ejecución y prestación del servicio público en cuestión, sin que la medida cautelar adoptada sea necesaria para garantizar el sentido de una hipotética resolución estimatoria de la pretensión de la recurrente.
3. Procedencia de rechazar los motivos de fondo expuestos por la recurrente, pues en ambos casos: (i) formulación de oferta económica, y (ii) propuesta de adjudicación, no debe soslayarse que la UTE fue la entidad que originariamente ostentó la condición de adjudicataria, encontrándose impugnada la retirada de tal condición.

Destaca la UTE que “como no podía ser de otro modo, LIPASAM no admite la oferta o formulación de precios en negativo. Si esto llegase a suceder, la oferta económica suscrita en esos términos hubiese sido irremediabilmente rechazada”, constatando que su oferta se hizo en términos de diferencial y no en precios absolutos.

CUARTO.- Consideradas las manifestaciones de las partes, hemos de partir de lo dispuesto al efecto en los Pliegos, concretamente de las previsiones establecidas en el apartado 6 del Anexo I y la definición del criterio de adjudicación “Precio” (apartado 12. Criterios de adjudicación)

Conforme al apartado 6 referido:

6. Presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato.

El precio que debe ofertar el gestor en la presente licitación se realizará sobre la base del precio *Aspapel* 1.04.01 del mes para el que proceda la facturación del papel recogido (pesada en la báscula de entrada a las instalaciones del gestor, sin ningún tipo de descuento por impropios ni humedad).

En concreto, para los residuos recogidos en el mes 1 de contrato, aplicará el precio *Aspapel* 1.04.01 de ese mes ± el diferencial que proponga cada empresa ofertante.

Las sucesivas revisiones mensuales se harán en función de la variación del índice *Aspapel* 1.04.01 publicada para ese mes.

Link: (<http://www.aspapel.es/el-sector/precios-papel-recuperado%20>)

Precio mes 1 (€/t) = Aspapel 1.04.01 ± diferencial ofertado (€/t).

Precio mes n (€/t) = Precio mes (n-1) (€/t) + Variación Índice Calidad 1.04.01 publicado para el mes n (€/t).

(...)

En caso de que, como consecuencia de las sucesivas revisiones mensuales de precios, resultase un precio negativo (*gasto para LIPASAM*), se establece un precio suelo de 0 euros/tonelada (bajo ningún concepto supondrá un gasto para LIPASAM durante la vigencia del contrato).

La cláusula transcrita, viene a determinar el precio al que se abonará mensualmente el papel, el cual vendrá dado por la cantidad resultante de aplicar “el diferencial que proponga cada empresa ofertante” al “índice *Aspapel* 1.04.01 publicada para ese mes”, sin que el resultado pueda ser un precio negativo.

A los criterios de adjudicación se refiere el Anexo I en su apartado 12, figurando entre éstos (el subrayado es nuestro):

V4.- Precio de los residuos de papel/cartón (hasta 67 puntos).

Se concederá la máxima puntuación (67 puntos) a la oferta que establezca el precio global de venta más alto (precio en euros/tonelada para el primer mes de contrato más alto), mientras que el resto de puntuaciones se determinarán proporcionalmente, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$V_i = 67 \times P_i / MPO$$

MPO = Precio de venta más alto por Tm de los ofertados

P_i = Precio de venta que se valora (licitador i-ésimo)

V_i = Valoración licitador i-ésimo.

En esta línea, el Anexo II, **MODELO DE OFERTA ECONÓMICA Y RELATIVA A LA PARTE CUALITATIVA EVALUABLE DE FORMA AUTOMÁTICA**, contempla que la oferta se realizará en “€/Tonelada”, como sigue:

V4. Precio de los residuos de papel/cartón, €/Tonelada
--	--------------------------

Ciertamente, de ello se deriva que la oferta a realizar lo era en términos “Precio de venta”, pues esta es la variable que la fórmula contempla, no en términos de diferencial, sin perjuicio de que dicho diferencial será el que se tendrá en cuenta para la fijación del precio en los meses sucesivos.

A la vista de las ofertas realizadas en este Criterio, ambas en términos negativos, se interpreta, no sin cierta lógica, teniendo además en cuenta que, como señala el Anexo I, se establece un suelo de 0 €, no pudiendo resultar precios negativos, que las ofertas se han efectuado en términos de diferencial, requiriéndose una simple operación matemática para determinar el precio de venta y así proceder a la aplicación de la fórmula, circunstancia ésta que, en cuanto común a ambos licitadores, no ocasionaría, en principio lesión o perjuicio a ninguno de ellos.

En efecto, y como señalábamos en la citada Resolución 44/20, sobre la aclaración e interpretación de ofertas, hemos de traer a colación la doctrina comúnmente aceptada conforme a la cual la naturaleza automática de un criterio de valoración, *per se*, impide hacer una interpretación de lo que debe ser un dato objetivo, que no precisa interpretación alguna. Una vez realizada, la oferta es inmodificable y vincula al oferente en sus propios términos, sin que se admita aclaración alguna que pueda implicar su modificación, máxime una vez conocida la del resto de los licitadores concurrentes.

En este sentido, se pronunciaba el Tribunal Andaluz de Recursos Contractuales, Resolución 228/2020, afirmando que “la naturaleza automática del criterio de valoración impide a la mesa de contratación hacer una interpretación flexible de lo que debe ser un dato objetivo, que no precisa interpretación alguna, al margen de las consecuencias que para la ejecución del contrato supondría dicha opción” teniendo en cuenta que “los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día en los extremos cuestionados en el recurso, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes”, destacando que “la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros) y concluyendo que “si la mesa de contratación hubiera valorado la oferta de la recurrente teniendo en cuenta el número mínimo de horas ofertadas, como indica la recurrente, no solo se habría apartado de las condiciones que el órgano de contratación había fijado en los pliegos que aprobó, sino que habría vulnerado el principio de igualdad de trato en perjuicio del resto de licitadoras”.

A mayor abundamiento, se da el caso de que el ahora recurrente, al conocer el informe de valoración y la propuesta de adjudicación, manifestó expresamente que había ofertado conforme a lo requerido en Pliegos, esto es: no es el diferencial, sino el precio de venta, si bien es cierto, como ocurriera en el caso examinado en la citada Resolución 44/2020, que en ese momento ya conocía todos los términos de la oferta del otro licitador, y admitir otra cosa le llevaría directamente a perder la adjudicación, mientras que defender que su oferta lo era en términos de precio de venta y que la fórmula era incorrecta, podría permitirle una impugnación indirecta de los Pliegos y una nueva posibilidad de concurrencia si se iniciase un nuevo procedimiento, circunstancias que este Tribunal no puede desconocer y que obran en el expediente.

Sobre tal proceder, este Tribunal ha de señalar que la oferta en criterios objetivos no es interpretable, los criterios de adjudicación de naturaleza automática, son, por esencia, de aplicación automática y objetiva, no susceptibles de interpretación, y menos aún en contra de la literalidad expresada y de la voluntad manifestada por el oferente.

El escenario que se plantea, es pues:

- 1.- Las dos ofertas se realizan en términos negativos, por lo que el órgano de contratación interpreta que lo que se ha ofertado es el diferencial, y en base a ello, efectúa la valoración.
- 2.- La UTE manifiesta que su oferta se hizo, efectivamente, en términos de diferencial.
- 3.- La recurrente, SAICA, manifestó en su primer recurso, que su oferta se hizo no en términos de diferencial, sino que se ofertó el precio de venta.
- 4.- Ciertamente, llegados a este punto, en el que ambos conocen plenamente la oferta del otro, no proceden aclaraciones, ni la realización de nueva valoración.

El órgano de contratación en el momento en que fue consciente de la situación, debió actuar en consecuencia, no procediendo, en cualquier caso efectuar una propuesta de adjudicación en base a la oferta que se interpreta y valora como la realizada por SAICA (se interpreta que oferta un diferencial de -8,40, resultando una oferta de: 3,10 (11,50-8,40)), y por un precio de 3,10, cuando consta en el expediente el pronunciamiento expreso manifestado en el recurso interpuesto contra la propuesta de adjudicación a la UTE, de fecha 5 de noviembre de 2020, de que su oferta contenía el precio/tonelada y no el diferencial, no siendo, en consecuencia, de 3,10, y ello con independencia de que el recurso fuera inadmitido, siendo lo cierto que el escrito de interposición consta y forma parte del expediente de contratación.

5.- Considerando las circunstancias concurrentes, la duda razonable sobre cuál fuere el sentido real de las ofertas presentadas y el hecho de que la divergencia en las ofertas realizadas pudo estar inducida por la propia redacción del Pliego, por lo que el error no sería imputable al licitador, no procediendo la exclusión, el órgano de contratación acuerda el desistimiento del procedimiento, en un momento en el que, efectivamente, y como señala el informe remitido al Tribunal, el contrato aún no se había adjudicado, existiendo únicamente una propuesta de adjudicación.

Ciertamente, de la lectura del criterio de adjudicación y del modelo de oferta que consta como Anexo II, la oferta a realizar es el precio global de venta en €/Tonelada que la adjudicataria abonará a LIPASAM el primer mes de contrato, y, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Cláusula 6 del Anexo I, no son admisibles precios negativos,

estableciéndose que “bajo ningún concepto supondrá un gasto para LIPASAM durante la vigencia del contrato”, y en consecuencia, un precio suelo de 0 €/tonelada.

A la vista de ello, realizadas ambas ofertas en términos negativos, se podría optar, incluso por la exclusión de ambas, en cuanto contradictorias con el Pliego. En pro de la concurrencia, se optó por una interpretación que suponía tomarlas como diferencial, interpretación que no puede, sin embargo mantenerse cuando consta manifestación en contrario de una de las licitadoras, como es el caso.

Llegados al momento procedimental actual, y ya sea por el hecho de entender que es la propia redacción de los Pliegos la que imposibilita una lectura unívoca de los mismos, o porque en base a una interpretación de éstos, se han mantenido ofertas que chocan frontalmente con lo dispuesto en ellos, ciertamente la situación descrita adolece de defectos insubsanables, y precisamente para evitar la celebración de un contrato en cuya preparación y/o procedimiento de adjudicación se haya incurrido en defectos no subsanables, evitando así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes, se acude al mecanismo del desistimiento (Tribunal Central, Resol. 1371/2019, 323/2016).

Nos encontramos así, ante ofertas realizadas en términos negativos, que no se ajustan al Pliego, ni a la fórmula de valoración prevista en el mismo, una clasificación y primera adjudicación en base a una valoración realizada sobre unos parámetros de interpretación, que, a la postre, no resultan ciertos, según manifiesta expresamente una de la interesadas, lo que plantea múltiples interrogantes en cuanto al sentido real de las ofertas realizadas, las cuales han de ser, a efectos de su valoración, equiparables en términos comparativos, sin que proceda aclaración ni nueva valoración, una vez conocidas por el resto de licitadores, ¿cuál es el precio de venta de cada una a efectos de aplicación de la fórmula de valoración?, ¿cuál es el diferencial a tener en cuenta para los meses sucesivos?

A la vista de las consideraciones expresadas en los fundamentos que anteceden, las circunstancias concurrente y el *iter* procedimental descrito, considera este Tribunal que concurren en el procedimiento y en la preparación del contrato infracciones no subsanables de entidad suficiente para justificar el desistimiento.

Es más, como señalaba el Tribunal de Aragón en su Acuerdo 11/2014, asumiendo como propia, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 263/2012, de 21 de noviembre de 2012, *«aun siendo técnicamente mejorable la motivación que figura en la resolución objeto de impugnación, ésta debe considerarse suficiente, en particular si se valora el contenido de la resolución impugnada en conjunto con el expediente de contratación, considerando que la motivación del desistimiento no debe necesariamente encontrarse en la resolución que lo acuerda sino que debe justificarse en el expediente tal y como señala el artículo 155.4 TRLCSP»*.

Además, en nuestro Acuerdo 17/2013, se declaró en relación a la potestad de desistimiento que *«implica una revisión o modificación del PCAP —o del PPT— en cuya decisión están presentes, tanto aspectos de legalidad como de oportunidad. De legalidad porque la decisión de desistir ha de estar amparada en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato (error en la determinación del objeto en este caso) o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. Y de oportunidad, porque el acuerdo sobre desistimiento, fundado en el motivo expresado, corresponde adoptarlo unilateral y directamente al órgano de contratación, sin sujeción a procedimiento alguno. Es decir, en estos supuestos la*

Ley habilita al ente público contratante a que haga uso de la discrecionalidad en el sentido de darle la oportunidad, si lo estima conveniente, de poner fin al procedimiento. Pues todo ente adjudicador tiene cierta discrecionalidad para valorar si concurren las circunstancias que determinan el desistimiento del procedimiento licitatorio, ya que la contratación pública no constituye un fin público en si misma, sino en la medida que atiende a la finalidad de satisfacer un interés público. Pero siempre que respete un elemento reglado (como es propio de toda potestad discrecional), relativo a la necesidad de que concurra algún motivo de ilegalidad que afecte a las reglas sobre preparación del contrato o selección del contratista, y que dicha circunstancia quede reflejada y acreditada en el expediente».

Teniendo en cuenta los documentos obrantes en el expediente, los escritos y alegaciones presentadas por los interesados y los recursos planteados, así como las alegaciones efectuadas en y ante los mismos, hemos de concluir, como anteriormente señalábamos, la procedencia de la decisión adoptada por el órgano de contratación.

Conforme a los preceptos legales de aplicación, y teniendo en cuenta cuanto antecede, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por C.M.C., en nombre y representación de la mercantil SAICA NATUR, S.L., contra el Acuerdo de desistimiento adoptado por el órgano de contratación en relación con el procedimiento tramitado para la contratación de los servicios de *“Recepción de los residuos de papel/cartón procedentes de los servicios de recogida selectiva en la ciudad de Sevilla”*, Expediente 21/2020, tramitado por la entidad Limpieza Pública y Protección Ambiental Sociedad Anónima Municipal.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá 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 a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES