Recurso 141/2023
Resolución 242/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 3 de mayo de 2023

VISTO el recurso interpuesto por las entidades **AMBIENTAL Y SOSTENIBLE, S.L.** y **SUSTRATOS DE EXTREMADURA, S.L.** (en compromiso de UTE) contra el acuerdo de adjudicación, de 24 de febrero de 2023, de la entidad contratante relativo al contrato de servicios denominado "Servicio de retirada, transporte, tratamiento y aplicación de Biosólidos procedentes de las E.D.A.R's de ACOSOL, S.A. (código LER 19 08 05)", (Expediente 4270 (96/2022)), convocado por la entidad pública empresarial Abastecimiento de Agua y Saneamiento de la Costa del Sol, S.A. (ACOSOL), ente instrumental adscrito a la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 y 7 de diciembre de 2022, respectivamente, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 10.142.969,20 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento, se encontraban las ahora recurrentes.

A la presente licitación le es de aplicación el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RDL 3/2020).

Tras la tramitación del procedimiento de licitación, la entidad contratante mediante acuerdo de fecha 24 de febrero de 2023, adjudica el contrato mencionado a favor de ECILIMP, S.L. y BIOMASA DEL GUADALQUIVIR, S.A. (U.T.E. ECILIMP-BIOMASA -RETRASOL-).

SEGUNDO. El 20 de marzo de 2023, las entidades AMBIENTAL Y SOSTENIBLE, S.L. y SUSTRATOS DE EXTREMADURA, S.L. (en adelante la UTE o la recurrente) presentaron en el registro de este Tribunal escrito, que califica como recurso especial en materia de contratación, contra el acuerdo de adjudicación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución. En el escrito de impugnación la recurrente solicita trámite de vista de expediente ante este Órgano y la práctica de determinada prueba.

Asimismo, el presente recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal a la entidad contratante solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 23 de marzo de 2023.

La Secretaría de este Tribunal, el 31 de marzo de 2023, solicitó a la entidad contratante información relacionada con el trámite de vista solicitado por la recurrente. La documentación solicitada tuvo entrada en este Tribunal el 4 de abril de 2023.

A la vista de la documentación recibida, la Secretaría del Tribunal, el 13 de abril de 2023, concedió plazo de alegaciones a la recurrente, para que determinase la documentación concreta a la que solicita acceder, a la entidad adjudicataria para que justificase los aspectos confidenciales de la oferta y a la entidad contratante para que manifestase los documentos a los que la recurrente tuvo acceso en el trámite de vista que tuvo lugar durante la tramitación del procedimiento. Las alegaciones han sido recibidas.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas presentado la U.T.E. ECILIMP-BIOMASA (en adelante, RETRASOL o la mercantil adjudicataria).

Finalmente el 28 de abril de 2023, tuvo entrada en este Tribunal escrito de la entidad contratante solicitando el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 de la LCSP, por remisión del artículo 120 del RDL 3/2020 y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En el presente supuesto la actuación impugnada procede de una sociedad mercantil dependiente de una mancomunidad de municipios, que se rige por el citado RDL 3/2020, cuyo artículo 5 dispone en sus apartados 1 y 2 que *"Quedan sujetas al presente real decreto-ley las entidades contratantes que realicen alguna de las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14.*
(…)
2. A los efectos de este real decreto-ley se entenderá por:
a) «Entidad contratante»: los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública de conformidad con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, las empresas públicas, así como otras entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 6".

Por su parte, el citado artículo 8, dispone que *"1. El presente real decreto-ley se aplicará a las actividades siguientes:*
a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable.
b) El suministro de agua potable a dichas redes.(...)".

En este sentido, ACOSOL, ostenta la condición de entidad contratante de las previstas en el RDL 3/2020, conforme a sus estatutos que disponen que *«La Sociedad tendrá por objeto la prestación de servicios relativos al ciclo*

integral del agua, a efectos meramente enunciativos, se expresan las siguientes actividades: (...)», siendo competente este Tribunal para conocer del recurso interpuesto, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, *"En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades"*, toda vez que la entidad contratante no ha puesto de manifiesto que disponga por sí de órgano especializado para la resolución de los recursos especiales y reclamaciones en materia de contratación.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la UTE reclamante constituida por empresas que han licitado con el compromiso de constituir una unión temporal en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP por remisión del artículo 121 del Real Decreto-ley 3/2020. En el presente supuesto la oferta de la recurrente queda clasificada en tercer lugar e impugna en la adjudicación del contrato la valoración de las ofertas y cuestiona la admisión de las clasificadas en primer y segundo lugar.

Sobre esta cuestión la entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones solicita la inadmisión del recurso al considerar que las recurrentes carecen de la legitimación suficiente, sobre el particular manifiestan: *«Por último en este punto, dado que la UTE (la cual no tiene personalidad jurídica propia distinta de la de las empresas que la integran) en este caso ni siquiera se encuentra constituida al tiempo de la interposición del recurso, a juicio de esta parte no cabe admitir la formulación de un recurso por persona física que dice actuar "en nombre de la UTE y en representación de la mencionada UTE/sociedad" sin acreditar su representación para ello, siendo las distintas entidades (de forma individual o conjunta) que concurren a la licitación agrupadas bajo esta fórmula legal las que gozarían de legitimación para impugnar los actos del procedimiento de licitación que afecten a sus legítimos intereses y resulten impugnables en esta vía».*

Pues bien, se ha de tener en cuenta lo regulado en el artículo 24 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que establece lo siguiente al respecto: *«2. En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso»*. La recurrente ha acreditado que la persona física que formaliza el recurso tiene capacidad de representación de una de las licitadoras que componen la citada UTE y este Tribunal tras consulta el Registro Mercantil ha podido ratificar la vigencia de su cargo como administrador solidario de AMBENTAL Y SOSTENIBLE, S.L., por lo no cabe atender a lo solicitado por la entidad adjudicataria y concluir, en fin, que la recurrente tiene legitimación para la interposición del escrito de impugnación.

TERCERO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si la reclamación se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de reclamación en esta vía, de conformidad con lo establecido en el artículo 119 del Real Decreto-ley 3/2020 .

El objeto de la presente licitación es un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por una entidad contratante de las previstas en el artículo 5 del Real Decreto-ley 3/2020 y el objeto de la reclamación es el acuerdo de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de reclamación en materia de contratación al amparo de los artículos 1 y 119.2.c) del Real Decreto-ley 3/2020.

Como se ha indicado, procede señalar que la recurrente denomina a su escrito de impugnación recurso especial en materia de contratación y no reclamación en materia de contratación, si bien esta última es la calificación jurídica adecuada y como tal debe tramitarse y resolverse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: *«El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter»,* por lo que procede la reclamación en materia de contratación pese a la calificación jurídica errónea de recurso especial en materia de contratación que utiliza la recurrente.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP, aplicable por remisión del artículo del artículo 121 del Real Decreto-ley 3/2020, establece que *"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.".

La disposición adicional decimoquinta de la LCSP en su apartado 1, al que se remite el artículo 61.1 del Real Decreto-ley 3/2020, establece que *"Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado."* .

En el supuesto examinado, se recurre el acuerdo de adjudicación, que se remitió por medio de correo electrónico a la recurrente el 24 de febrero 2023, sin que conste la fecha de recepción. El acto fue publicado en el perfil de contratante el 21 de marzo de 2023, por lo que al haberse presentado la reclamación el 20 de marzo de 2023 en el Registro de este Tribunal, la misma se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido.

Sobre esta cuestión la entidad contratante solicita la inadmisión del recurso al considerar que es extemporáneo, argumenta que en el mismo se cuestiona fundamentalmente la valoración del sobre B de las ofertas presentadas a la licitación, contenida en el informe técnico de 3 de febrero de 2023, que fue publicado en el perfil de contratante el 6 de febrero de 2023, por lo que el recurso interpuesto el 20 de marzo se habría presentado fuera del plazo legal previsto. En este sentido, indica la entidad contratante, que la propia recurrente manifiesta que le fue notificado la valoración técnica de las ofertas el mismo 6 de febrero. Sobre lo anterior, se ha de tener en cuenta que como este Tribunal ha indicado en numerosas ocasiones la valoración de las ofertas no se considera un acto de trámite cualificado a efectos de que pueda ser impugnado de forma autónoma mediante la

interposición del recurso especial, teniéndose que esperar a la adjudicación que se considera el acto finalizador del procedimiento, por lo que no cabe acoger la tesis defendida por la entidad contratante.

Así por ejemplo se indica en las Resoluciones 112/2020, de 14 de mayo y 419/2022, de 4 de agosto, -entre otras muchas- que *«A estos efectos hay que señalar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación—que pone fin al mismo y para llegar a ésta se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina "actos de trámite", que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial -en términos legales, que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos-. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias de la recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite»*. Por tanto, se concluye que el momento correcto para la impugnación de la valoración de las ofertas nace con la resolución de adjudicación y no con la publicación o notificación de un informe técnico en el perfil de contratante, por lo que no se puede acoger la causa de inadmisión alegada por la entidad contratante y, en definitiva, concluir que el recurso se ha presentado dentro del plazo legal establecido para ello.

QUINTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre la solicitud de la recurrente de acceso al expediente.

La recurrente solicita el acceso al expediente en la sede del Tribunal. En este sentido señala que tras una primera solicitud ante la entidad contratante tuvo acceso parcial al expediente de contratación, en concreto, al anexo I de las ofertas presentadas. Argumenta, que al no encontrarse la valoración de las ofertas motivadas, solicitó un segundo trámite de vista, esta vez respecto de la oferta de la recurrente, que le fue denegado, el 14 de marzo de 2023, argumentando la entidad contratante que ya le había dado acceso al expediente. La recurrente considera que esa denegación le ha provocado indefensión motivo por el que solicita el acceso completo del expediente de contratación.

Sobre lo anterior, se debe tener en cuenta que el artículo 52 de la LCSP establece lo siguiente: *«Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley»*, la habilitación de este Órgano para conceder el trámite de vista del expediente al recurrente queda recogida en el apartado tercero del citado artículo 52, en el que se establece: *«el incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso».* De lo anterior se concluye que el precepto exige para que este Tribunal pueda proceder a conceder trámite de vista del expediente que se haya producido un incumplimiento previo por parte de la entidad contratante, evidentemente, el acceso que podrá dar este Órgano quedará vinculado por la petición que la recurrente haya realizado ante la propia entidad contratante ya que es precisamente su incumplimiento del que deriva la competencia de este Órgano para conceder el acceso. Así lo viene considerando este Tribunal en otros supuestos (v.g. Resolución 105/2023, de 21 de febrero).

Como afirmamos, ante la petición genérica realizada por la recurrente del trámite de vista, la Secretaría del Tribunal concedió plazo de alegaciones a la recurrente -teniendo en cuenta, como anteriormente se ha indicado, que dicha solicitud se encuentra limitada por la documentación que solicitó ante el órgano de contratación, la oferta de la adjudicataria- para que concretara la documentación a la que solicita la vista del expediente y para que justificase en qué medida dicho acceso resulta necesario para interponer un recurso suficientemente fundado en derecho. Asimismo, se concedió plazo de alegaciones a la adjudicataria y a la entidad contratante.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita acceso a la siguiente documentación:

> *«1.- Memoria descriptiva de la organización del Servicio que contenga toda la documentación, descripciones y Declaraciones Responsables exigidas en todos los subapartados de la cláusula 3.1 del PPTP.*
> *Justificación: En este apartado se ha debido acreditar la disponibilidad de capacidad de transporte y tratamiento suficiente para atender la producción de ACOSOL, S.A. con lo que se podrán obtener los datos de capacidad de tratamiento disponible para este contrato. Su oferta ha obtenido 5 puntos.*
> *1.b.- Solución técnica a la recogida, carga y transporte de biosólidos en la EDAR Manilva y en la EDAR La Cala de Mijas, donde no se dispone de silo de almacenamiento, atendiendo en todo caso al cumplimiento de la normativa vigente. Los gastos generados en este punto serán asumidos íntegramente por la empresa ofertante.*
> *Justificación: Ambas licitadoras hemos obtenido 5 puntos, si bien el Órgano de contratación nos requirió, a ambas, especificación técnica a dicha solución técnica ofertada para que fuera enviada por correo electrónico en el plazo de 3 días. Nuestra respuesta fue enviada un día antes del límite de plazo requerido y la respuesta de UTE RETRASOL llegó el mismo día que finalizó el plazo, sin que haya quedado acreditado que la confidencialidad de ambas respuestas al requerimiento se haya preservado y habiendo sido la nuestra la que llegó en primer lugar necesitamos corroborar que ambas soluciones mantienen su originalidad».*

2. Alegaciones de la entidad contratante.

La entidad contratante afirma que hubo una primera solicitud por parte de la recurrente de acceso al expediente, que tuvo lugar el 13 de febrero de 2023, con anterioridad a la resolución de adjudicación, con relación a dicho trámite afirma lo siguiente:

> *«la Declaración de confidencialidad que aportó la UTE RETRASOL en la última página (107) de su sobre "B", en la que designa como confidencial la "MEMORIA DESCRIPTIVA DE LA ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO", en la diligencia de acceso al expediente que tuvo lugar el 13 de febrero de 2023, por parte de ACOSOL no se le dio acceso a la parte de la oferta técnica de la UTE RETRASOL referente a la "Documentación aclaratoria sobre la Solución Específica para la instalación de Silo/Tolva en las E.D.A.R. de Manilva y La Cala de Mijas", y además, habida cuenta de que en el Informe Técnico de Valoración, la UTE RETRASOL y la entidad recurrente obtienen en este ítem la misma puntuación (5 puntos). No obstante, como la propia recurrente expone en sus escritos, durante el acceso al expediente, se le mostró y acreditó la forma y fecha de recepción en ACOSOL de esta documentación aclaratoria.*
> *Respecto de esta parte de la oferta, el Órgano de Contratación considera que se corresponde a una "formulación original de carácter técnico, proyecto y/o diseño de solución "a medida" o similar", siendo estas cuestiones parte del Know-how de la empresa y que, en base a la doctrina jurisdiccional, son materia genuinamente confidencial y de especial protección ante su divulgación, para evitar ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios y a su formulación original de carácter técnico».*

Tras el requerimiento sobre la documentación concreta a la que accedió la recurrente la entidad contratante indica lo siguiente:

«De la "U.T.E. ECILIMP, S.L. y BIOMASA DEL GUADALQUIVIR, S.L. (UTE RETRASOL)" (UTE ADJUDICATARIA), se dió acceso a los siguientes documentos de su oferta:

- Un total de 37 páginas (nº 78 a 107) de su Oferta Técnica (Sobre "B")- correspondientes a los puntos 2 a 7 de su índice. El punto nº 1 de su índice, se excluye al corresponder a la "Memoria Descriptiva de la organización del Servicio", punto que se declara como confidencial en documento de Designación de Confidencial, contenido en la pag.107. El resto de puntos que esta UTE designó como confidenciales, se mostraron, al considerarse que contienen datos no susceptibles de ser considerados confidenciales y ser relevantes para el derecho de defensa de la entidad recurrente.

- 1 página del Sobre C que contiene la Propuesta Económica».

Asimismo, manifiesta que la recurrente realizó segunda solicitud de trámite de vista de expediente, el 10 de marzo de 2023, que fue denegada por la entidad contratante en tanto que consideraba que no existían nuevos argumentos en el escrito de la recurrente por lo que entendió que ya se había cumplido con el trámite.

Finalmente, la entidad contratante argumenta sobre la documentación a la que no pudo acceder la recurrente por ser considerada confidencial lo siguiente:

«Este órgano de contratación valoradas las circunstancias concurrentes adoptó acuerdo de garantía de confidencialidad y derecho a la protección de secretos comerciales en relación a la propuesta de prestación del servicio y soluciones técnicas a la recogida de residuos en varias de las plantas depuradoras sin afectar al resto de la documentación contenida en la oferta que fue puesta de manifiesto al recurrente en tiempo y forma legal.

A mayor abundamiento, el acceso al expediente interesado ha sido concedido habiendo podido acceder al mismo salvo en lo referido a la oferta técnica y soluciones aportadas por las licitadoras que previamente habían sido declaradas de confidenciales dando así cumplimiento por más a la doctrina fijada a Informe 15/2012 de 19 de septiembre de la JCC Administrativa de Aragón , Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 , resolución 68/2016 de 25 de octubre y por más reciente la contenida a Resolución 558/2020 de 23 de abril del TACRC. Se ha dado por tanto un equilibrio entre los derechos de acceso y transparencia con el deber y derecho a la confidencialidad de aquellas soluciones técnicas que sean parte de la oferta y cuya resultado y valoración sea relevante a la adjudicación propuesta».

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

Finalmente, la entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones vuelve a declarar confidencial la memoria descriptiva a la que solicita el acceso la recurrente, excepto los apartados «1.4. DECLARACIONES RESPONSABLES Y ESCRITOS DE COMPROMISO», «1.4.1. ACREDITACIÓN COMO GESTORES DE RESIDUOS CON LER 19 08 05 Y CÓDIGO nima, DE LOS MIEMBROS DE LA UTE RETRASOL» y «1.4.2. ACREDITACIÓN ADMINISTRATIVA Y MEDIOAMBIENTAL COMO TRANSPORTISTA DE LODOS DE LOS MIEMBROS DE LA UTE RETRASOL».

La justificación es la siguiente: *«Todos estos apartados deben ser considerados confidenciales por contener el knowhow (saber hacer) de las empresas de la UTE: la propuesta técnica, el personal, los medios materiales y la experiencia en la gestión de lodos de EDAR, son propias de la UTE RETRASOL, son absolutamente indispensables para la realización del servicio, ya afectan de forma directa al valor estratégico de la UTE, conteniendo información sobre sus ventajas competitivas frente a empresas de la competencia en el mercado. También contienen*

información relativa a otros clientes de la empresa, información que debe estar protegida respecto a la competencia (apartado 1.1.4. acreditación de experiencia en contratos similares)».

Más adelante manifiesta: *«Proteger los secretos industriales, técnicos o comerciales y la información que pueda afectar la competencia leal entre las empresas es proteger un importante activo, de gran relevancia, por ser fruto de inversiones en investigación y de conocimientos adquiridos por la experiencia y capacidad, por representar un valor estratégico de las ventajas competitivas frente al resto de empresas licitadoras y por referirse a una determinada forma de gestión empresarial.*
Por ello, la UTE RETRASOL considera que la indicada documentación de la oferta presentada no podrá en ningún caso ser mostrada ni formar parte del expediente, por afectar de forma directa o indirecta a materias que suponen un importante activo, por ser un valor estratégico de las ventajas competitivas frente al resto de empresas licitadoras, por referirse a su forma de entender la gestión empresarial, y por incluir información comercial, técnica, personal, que debe ser preservada por el deber de confidencial».

Sobre lo anterior, concluye: *«Atendiendo a todo lo expuesto, entendemos que la indicada en este escrito como "Documentación Confidencial" es verdaderamente reservada y no debe ponerse en conocimiento de terceros, ni mucho menos de competidores directos como es la mercantil AMBIENTAL y SOSTENIBLE, S.L. o la mercantil Sustratos de Extremadura, S.L. ya que afecta a un valor estratégico de nuestras empresas y a la competencia en el mercado.*
Se trata de garantizar así la denegación de acceso a determinada documentación privada que afecta a intereses comerciales legítimos, datos de carácter personal, derechos de propiedad intelectual o información que pueda afectar la competencia leal entre las empresas (medios técnicos, descripción de los servicios, cartera de colaboradores o proveedores, clientes, etc… así como el contenido, alcance o términos de los acuerdos alcanzados con los mismos, que debe mantener la consideración de confidencial por motivos no solo obvios, sino legalmente previstos».

4. Consideraciones del Tribunal.

A la vista lo alegado por las partes procede manifestar que en el presente supuesto el órgano de contratación concedió trámite de vista de expediente. En este sentido, teniendo en cuenta lo que afirma el órgano de contratación y que anteriormente se ha reproducido, no resulta cierta la aseveración de la recurrente respecto de la documentación a la que tuvo acceso durante el procedimiento de contratación respecto de la oferta de la adjudicataria. Así, si bien manifiesta que solo tuvo la posibilidad de acceder a los anexos de la oferta, la entidad contratante manifiesta que tuvo acceso a: *«Un total de 37 páginas (nº 78 a 107) de su Oferta Técnica (Sobre "B")- correspondientes a los puntos 2 a 7 de su índice. El punto nº 1 de su índice, se excluye al corresponder a la "Memoria Descriptiva de la organización del Servicio", punto que se declara como confidencial en documento de Designación de Confidencial, contenido en la pag.107»*, es decir, que tuvo acceso a partes del expediente declaradas como confidenciales por la adjudicataria, a excepción del documento *«memoria descriptiva de la organización del servicio»,* en la que se recogen los documentos correspondientes a la metodología de trabajo, así como la solución técnica de recogida, carga y transporte; documentos también declarados confidenciales por la adjudicataria y que este Tribunal considera que la misma ha sido justificada de forma suficiente, en los términos reproducidos, y que se extendería a la documentación aclaratoria adicional en la que se describen soluciones técnicas. Por tanto, la no divulgación de la *«memoria descriptiva de la organización del servicio»* y su aclaración de la proposición de la adjudicataria, está debidamente fundamentada a la vista de lo anteriormente indicado y comprendida bajo el concepto legal de secreto comercial (y 133 de la LCSP) ya que su contenido se encuentra estrechamente relacionado con la aplicación de conocimientos y metodologías coincidentes a la luz de lo expuesto, plenamente

con los artículos 51.2, 56.5 y 133 de la LCSP, como este Tribunal ha concluido en otras ocasiones (v.g. Resolución 353/2021, de 30 de septiembre).

Asimismo, estimamos decisivo observar si la solicitud de información de la recurrente está debidamente fundamentada con relación a un error evidente que ha supuesto una menor valoración de su oferta, es decir qué pretende conseguir expresamente con la vista de todos los documentos. La recurrente justifica el trámite de vista del expediente en que necesita acceder a la documentación acreditativa de la capacidad disponible de las plantas presuntamente incorporadas en la oferta de la adjudicataria, documentación que este Tribunal ha concluido que no se exige en los pliegos rectores de la licitación. Asimismo, la recurrente tras el requerimiento del Tribunal de que concretase la documentación, solicita acceder a la justificación de la oferta presentada por la entidad adjudicataria por la sospecha de que se hubiera conculcado el secreto de su oferta al ser presentada la documentación por la adjudicataria en un momento posterior a la suya, dentro del plazo concedido por la entidad contratante. Dicha cuestión no resulta objeto de controversia en el escrito de recurso inicialmente presentado, ni tiene un mínimo soporte probatorio que ponga en duda la presunción del correcto proceder de la entidad contratante, ya que la recurrente alega la necesidad de verificar la originalidad de la aclaración presentada por la adjudicataria respecto de la suya propia presentada en primer lugar, pero sin aportar indicio alguno o sospecha basada en algún hecho concreto sobre esta cuestión. Por lo anterior, procede desestimar la solicitud de vista de expediente de la recurrente.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre la valoración de las ofertas respecto del criterio de adjudicación denominado *«kilómetros recorridos anuales (cláusula 3.2 del PPTP). Hasta 5 puntos»* y *«titularidad de las instalaciones de tratamiento propuestas (cláusula 3.2 del PPTP). Hasta 5 puntos».*

La oferta de la recurrente queda clasificada en último lugar, siendo la tercera de las tres proposiciones presentadas con una puntuación de 92,22. La segunda clasificada obtiene 95,91 puntos y la primera 98,79 puntos. La UTE cuestiona la valoración de las ofertas respecto de tres criterios de adjudicación y además cuestiona fundamentalmente la admisión de la oferta de la entidad adjudicataria. Por razones sistemáticas se comenzará analizando las alegaciones de la recurrente respecto de dos criterios de adjudicación para posteriormente y de forma conjunta analizar la alegación respecto de la admisión de la oferta de la entidad adjudicataria y su valoración.

1. Alegaciones de la recurrente.

1.1. Respecto del criterio de adjudicación *«kilómetros recorridos anuales (cláusula 3.2 del PPTP). Hasta 5 puntos».*

Como punto de partida procede reproducir la configuración establecida en el pliego de cláusulas administrativas particulares del citado criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor:

> *«Se asignará puntuación máxima a la empresa licitadora que realice el menor número de kilómetros anuales desde los centros productores de lodos de ACOSOL, S.A. hasta las instalaciones de tratamiento ofertadas, según el cuadro existente en el ANEXO I.B del Pliego Técnico.*
> *La empresa que oferte el mayor número de kilómetros anuales obtendrá 0 puntos. Resto de licitadores se asignará puntuación proporcional a los dos supuestos anteriores».*

Según figura en el informe técnico de valoración de ofertas respecto de los criterios sujetos a juicio de valor, de 3 de febrero de 2023, la oferta de la recurrente no obtiene puntuación. En el informe aparece una tabla con las

puntuaciones pero las mismas no se encuentran motivadas. Dicho informe técnico es asumido por la mesa de contratación en sesión celebrada el 6 de febrero de 2023.

Como anteriormente se ha indicado, tras el primer acceso al expediente, la recurrente presenta un escrito dirigido al órgano de contratación en el que le manifiesta que considera que ha existido un error en la concesión de puntuaciones respecto de este criterio de adjudicación dado que, según afirma, su oferta es que la contiene un menor número de kilómetros por lo que debería de haber recibido el máximo de puntos -5- en lugar de la no asignación de puntuación, en el sentido anteriormente reproducido.

En respuesta a este escrito, se emite informe técnico de 23 de febrero de 2023, que es publicando en el perfil de contratante al día siguiente -24 de febrero- y en el que se indica lo siguiente:

> *«Respecto a la valoración del punto 4 definido en la cláusula 14.1 del PCAP, de kilómetros recorridos anuales, sólo han sido consideradas, con la documentación presentada en la oferta de la UTE ACOSOL 2023, como instalaciones disponibles para el tratamiento de biosólidos la planta de SUSTRATOS EXTREMADURA S.L. y las fincas agrícolas en Extremadura, al no haberse acreditado titularidad y disponibilidad del resto de instalaciones propuestas.*
> *Por ello, en el cálculo de los kilómetros recorridos anuales en función de las distancias entre centros productores y centros destinos, se han considerado todos los desplazamientos a Extremadura, siendo, por tanto, la oferta de la UTE ACOSOL 2023 la que más kilómetros recorrería, correspondiéndole 0 puntos en este apartado.*
> *En base a ello, se mantiene la puntuación indicada en el informe de valoración técnica emitido en su día».*

La recurrente cuestiona esta actuación del órgano de contratación argumentando lo siguiente: *«No ha habido en ningún momento solicitud por parte del Órgano de Contratación o de la Mesa a la UTE ACOSOL 2023 de aclaración o subsanación que justificaran las cantidades de kilómetros referidas en el Anexo I.B, han considerado sólo las de Extremadura ("[…] al no haberse acreditado titularidad y disponibilidad del resto de instalaciones propuestas").; sin embargo admitieron las instalaciones disponibles ofertadas por las otras licitadoras sin haber acreditado la disponibilidad, basándose tan sólo en cumplimentar el Anexo I.*
Es de destacar que el Informe Técnico resalta la acreditación de titularidad y disponibilidad, no siendo suficiente la cumplimentación del Anexo I. Si bien el criterio de valoración se hará por utilización de "juicios de valor", como se especifica en el PCAP y existe la teoría de la discrecionalidad técnica, sin embargo sólo se aplica en la oferta de UTE ACOSOL 2023. Mostramos nuestra disconformidad con este agravio comparativo, atenta contra el principio de transparencia del artículo 1 LCSP y 27 RD Ley 3/2020 de 4 de febrero, por ende, a los principios de igualdad de trato a los licitadores y no discriminación».

Más adelante en su escrito de impugnación la recurrente manifiesta que su oferta es una media aritmética del desplazamiento de seis meses a Extremadura y el resto del período a la planta del Saucejo que se encuentra en el término municipal del Saucejo (Sevilla). Sobre esta instalación afirma que la misma *«está pendiente de resolver en poco tiempo»*. Sobre lo anterior, manifiesta que la valoración de las ofertas respecto del criterio de adjudicación se realiza de acuerdo al *"Cálculo de kilómetros anuales estimados, a partir de los centros productores de lodos de depuradoras gestionados por Acosol, S.A. hasta las instalaciones de tratamiento finales ofertadas."*.

A su juicio, no hay ningún impedimento al cálculo que ha realizado en su oferta a partir de los centros productores hasta las instalaciones de tratamiento finales ofertadas. En este sentido, argumenta que no se exige en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que las plantas ofertadas deban ser aceptadas por el

órgano de contratación. Afirma, que la valoración de la titularidad de las plantas, así como su capacidad máxima disponible se realizan en otros criterios de adjudicación pero no en este. Así, considera que el hecho de que a la planta le falte documentación acreditativa no significa que no pueda ser valorada con base en la estimación en el cálculo de kilómetros que se va a realizar anualmente. Además, argumenta que ha hecho un cálculo conservador respecto de su puesta en servicio.

Considera que el trato a la hora de valorar su oferta ha sido discriminatorio en tanto que el juicio de valor respecto de su oferta ha sido en su contra. Por lo anterior, solicita que le sean concedidos los 5 puntos máximos con los que está ponderado el criterio de adjudicación.

1.2. Respecto del criterio de adjudicación *«titularidad de las instalaciones de tratamiento propuestas (cláusula 3.2 del PPTP). Hasta 5 puntos».*

En segundo lugar, la recurrente cuestiona la valoración de las ofertas respecto del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor, denominado *«titularidad de las instalaciones de tratamiento propuestas» ponderado con hasta un máximo de 5 puntos»*, el citado criterio queda configurado de la siguiente forma:
«En este apartado se valorará la propiedad y/o titularidad de la/s instalación/es propuesta/s.
Obtendrá la puntuación máxima, la propuesta con la máxima capacidad disponible ofertada (hasta un máximo de 72.449,78 Tn/anuales) y que sea propiedad y/o titular de la empresa licitadora, acreditando la propiedad o titularidad mediante escritura o con el acuerdo contractual correspondiente.
Se valorará con 0 puntos a la empresa que oferte menos capacidad en instalación propia o titular de la misma. Resto de licitadores se asignará puntuación proporcional a los dos supuestos anteriores».

En el informe técnico de 3 de febrero de valoración de ofertas anteriormente indicado se manifiesta que las tres entidades licitadoras obtienen 5 puntos, dicha puntuación se contiene en una tabla que contiene los datos numéricos. Se acompaña una aclaración en la puntuación de la oferta de la recurrente señalando lo siguiente: *«Deberá acreditarse la titularidad de las fincas agrícolas presentadas o el correspondiente compromiso contractual al momento de la adjudicación».* Dicho informe fue asumido por la mesa de contratación en su sesión celebrada el 6 de febrero.

La recurrente cuestiona la puntuación recibida por las ofertas argumentando lo siguiente: *«Las tres licitadoras han obtenido el máximo de puntos, cinco. Mostramos nuestra disconformidad con dicha valoración, en atención al Hecho anterior, sólo obtendrá la puntuación máxima la propuesta con máxima capacidad disponible ofertada».*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

2.1. Respecto del criterio de adjudicación *«kilómetros recorridos anuales (cláusula 3.2 del PPTP). Hasta 5 puntos».*

El órgano de contratación en el informe al recurso alude a la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica que rige en la valoración de las ofertas respecto de los criterios sujetos a juicio de valor. Sobre la cuestión concreta objeto de debate reproduce el contenido del informe técnico en el que se contiene la motivación de la valoración de la proposición y manifiesta lo siguiente: *«Este extremo y conclusión técnica no sólo NO HA SIDO NEGADO DE CONTRARIO sino que además ninguna acreditación aporta referida a las existencia REAL de dichas instalaciones en los municipios de UTRERA, TRIGUEROS, EL SAUCEJO Y ARDALES, ni aporta licencias municipales de obras y actividad. A mayor abundamiento la propia recurrente reconoce en su escrito de recurso que dichas instalaciones NO EXISTEN ni ESTÁN EN SERVICIO.*

Así indica que la falta de aportación de la documentación justificativa de la disponibilidad de las instalaciones, las plantas de tratamiento, sólo puede ir en perjuicio del licitador recurrente sin que quepa soluciones de subsanación o aclaraciones que afectarían al principio de no discriminación e igualdad de trato. Sobre esta cuestión concluye *«Téngase en cuenta que el objeto de la contratación es el servicio de retirada, transporte, tratamiento y aplicación, por lo que la no disponibilidad de plantas para la prestación impide la ejecución del contrato a satisfacción por lo que no puede ser valorado a los efectos de aplicación de criterios de adjudicación. Así las mencionadas ubicaciones NO EXISTEN a los efectos de la presente contratación, no sólo a la fecha de presentación de la oferta sino incluso en la actualidad, por lo que difícilmente podrían utilizarse tales manifestaciones a los efectos de aplicar criterios de adjudicación y menos aún ejecutar el contrato en las condiciones ofertadas».*

Asimismo, se acompaña al informe del órgano de contratación un informe complementario que se denomina *«documento de trabajo»* en el que se incluye la motivación de las puntuaciones recibidas por las ofertas. Respecto a la puntuación obtenida por la recurrente en su oferta se manifiesta: *«Debido a que la única planta que se considera es la que actualmente existe y cuenta con autorización, en Villafranca de los Barros, se realiza un cálculo de los kms, en base a los porte anuales estimados y calculados por la empresa oferente, en base a los kms reales desde cada EDAR a dicha planta. El computo obtenido es de 518.265 kms, siendo el mayor de todas las empresas oferentes y obteniendo 0 punto. La ubicación de las fincas no se aporta, pero como todas deben estar en Extremadura, el kilometraje sigue siendo el más elevado, obteniendo 0 puntos. Se adjunta tabla con el recalculo de los Kilómetros desde cada Edar hasta la planta de Villafranca de los Barros».*

En definitiva solicita la desestimación de este motivo de recurso.

2.2. Respecto del criterio de adjudicación *«titularidad de las instalaciones de tratamiento propuestas (cláusula 3.2 del PPTP). Hasta 5 puntos».*

El órgano de contratación alude a la doctrina relativa a la discrecionalidad técnica en la valoración de las ofertas respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor.

Procede reproducir el contenido del documento de trabajo aportado por el órgano de contratación junto a su informe al recurso en el que se contiene la motivación de las puntuaciones otorgadas respecto del citado criterio de adjudicación a cada una de las proposiciones presentadas:

«a) UTE ECILIMP Y BÍOMASA (RETRASOL) (Se valora hasta 72.449,78 Tns)
Según se describe en las páginas 86 a 88 de la oferta:
Acredita la titularidad de las siguientes instalaciones de tratamiento:
1- El Montecillo
2- El Salao
3- Montes Orientales
CAPACIDAD DISPONIBLE: 78.672,96 Tns/año
PUNTUACIÓN OBTENIDA: 5,00
b) UTE SUSTRATOS EXTREMADURA Y AMBIENTAL (Se valora hasta 72.449,78 Tns)
En la página 14 de la oferta se acredita la titularidad de la planta Villafranca de los Barros, única existente y que cuenta con autorización actualmente. Se valora la fincas agrícolas presentadas, pero deberá acreditar la titularidad de las mismas, o un compromiso contractual con los titulares de las mismas al momento de la adjudicación.
Acredita la titularidad de las siguientes instalaciones de tratamiento:
1- PDC de Villafranca de los Barros

2- FINCAS AGRÍCOLAS
3-
CAPACIDAD DISPONIBLE: 37.000,00 Tns/año + 199.992,00 Tns/año
PUNTUACIÓN OBTENIDA: 5,00
c) UTE SACYR, VALORIZA, G.VALORA Y PUSAMA (Se valora hasta 72.449,78 Tns)
En el Anexo IV de la oferta:
Acredita la titularidad de las siguientes instalaciones de tratamiento:
1- Planta de Compostaje de Lodos Guadalete
2-
3-
CAPACIDAD DISPONIBLE: 72.449,78 Tns/año
PUNTUACIÓN OBTENIDA: 5,00»

3. Alegaciones de la adjudicataria.

Finalmente, la entidad adjudicataria se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, y teniendo en cuenta su extensión aquí se dan por reproducidos.

En síntesis y con relación a las dos cuestiones argumenta lo siguiente:

«Así, a la fecha de presentación de las ofertas, el recurrente reconoce que no cuenta con la planta del Saucejo como instalación realmente operativa y existente; ni consta tampoco acreditada la titularidad y disponibilidad de la planta de Ardales y la planta de Utrera que figuran en su oferta, y de las que el Informe Técnico también dice que "no se ha acreditado la titularidad y disponibilidad".

La primera conclusión y evidencia asombrosa es que la UTE ACOSOL 2023 incluyó en su memoria técnica de la oferta instalaciones que en el momento de presentación de las ofertas, que es en base al cual se deben valorar los medios que cada ofertante pone a disposición, no existían como cuerpo cierto, siendo en ese momento proyectos de instalaciones que hipotéticamente se estarían tramitando pero que no están construidas, ni cuentan con todos los permisos, licencias municipales de actividad, ni los códigos NIMA de las instalaciones, que el pliego administrativo exige en su cláusula 7.

Como dichas instalaciones no existen y no cuentan con los preceptivos permisos, no cumplen con la exigencia del Pliego y por tanto, no se pueden considerar como posible destino para tratar los lodos objeto de la licitación. Dado que esas instalaciones no existen en el momento de presentación de las ofertas, no es posible que se empleen para el cálculo de los kilómetros o distancias y puntuaciones técnicas de esos apartados, ni para el cálculo de la capacidad disponible de la oferta presentada. Se trata de una incongruencia irreparable de la oferta de la UTE ACOSOL 2023.

A juicio de esta parte, esto hubiera sido motivo sobrado para que, desde la apertura de las ofertas, y comprobación de los técnicos de ACOSOL de que estas instalaciones ofertadas no existían y se les habían asignado cantidades de lodo a tratar y se habían planteado como destinos para valorar con puntuación técnica, aspectos que no se pueden modificar de la oferta una vez presentada, la presentada por el recurrente hubiera sido rechazada declarándose su exclusión de la licitación, vía art. 326 LCSP, en relación con lo previsto en los arts. 90.1.c), 92, 140 y 141 del mismo texto».

En definitiva, la adjudicataria alega que la oferta de la recurrente no debería haber sido admitida a la licitación, considera que de la interposición del recurso se desprende temeridad o mala fe dado que reconoce la falta de disponibilidad de parte de las instalaciones ofertadas.

4. Consideraciones del Tribunal.

4.1. Respecto del criterio de adjudicación *«kilómetros recorridos anuales (cláusula 3.2 del PPTP). Hasta 5 puntos».*

Como se ha indicado la recurrente cuestiona la valoración de su oferta que no ha sido puntuada en este criterio de adjudicación. Sobre lo anterior, procede comenzar indicando que a la hora de valorar las ofertas hay que estar al contenido de los pliegos, así lo hemos sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio: *"En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos."*

En relación con ello, este Tribunal, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, y 200/2017, de 6 de octubre y 14/2021, de 21 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras.

Así se ha de tener en cuenta que para la valoración de los kilómetros recorridos sólo pueden computar las instalaciones de tratamiento ofertadas que se encuentren en funcionamiento y dispongan de todas las autorizaciones exigidas en los pliegos. Sobre lo anterior, la mesa de contratación comprueba que no se acredita en la proposición de la recurrente las autorizaciones administrativas de determinadas instalaciones en tanto que están en proceso de su puesta en funcionamiento por lo que las mismas no son tenidas en cuenta. En este sentido, la ausencia de la autorización administrativa correspondiente respecto de determinadas instalaciones ofertadas supone un claro incumplimiento de la cláusula 2.2. del pliego de prescripciones técnicas (PPT), que exige que las mismas cuenten con la correspondiente autorización, que lógicamente se debería haber incluido en la proposición, según queda exigido en la cláusula 3.2. del PPT. Por tanto, la mesa de contratación tiene solamente en cuenta la instalación ofertada que sí cuenta con autorización.

La recurrente tiene conocimiento de esta circunstancia a lo largo del procedimiento de contratación, y trata de rebatir la actuación de la mesa de contratación con base en dos argumentos fundamentalmente; que dicha cautela le fue aplicada únicamente a su oferta y que la mesa debió de solicitarle subsanación o aclaración sobre su oferta, sin embargo, no es posible considerar ninguno de los argumentos.

En primer lugar, respecto de la alegada discriminación ello habría supuesto que la mesa de contratación ante dos circunstancias sustancialmente iguales hubiera actuado de forma diferente, sin que quede acreditado lo anterior, la oferta de la recurrente no es valorada respecto de las instalaciones de las que no se presenta la autorización administrativa exigida en los pliegos. Sin embargo, esta circunstancia no ocurre con la valoración de las ofertas del resto de licitadores, o al menos la recurrente no lo pone de manifiesto en su escrito, por lo que no se acredita dicho trato desigual.

Sobre la cuestión relativa a la subsanación de los defectos en las proposiciones, este Tribunal entre otras, en su Resolución 86/2018, de 27 de marzo, se ha pronunciado en los siguientes términos: *«nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa -en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito*

que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP)- pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica. Así, la resolución citada señala que "(...) respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la Mesa de contratación, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta». En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 532/2016, de 8 de julio.

Y si bien lo anterior no es óbice a que la mesa o el órgano de contratación puedan solicitar puntualmente aclaraciones suplementarias de las ofertas cuando consideren que existe en las mismas error material susceptible de rectificación, tal posibilidad excepcional no se planteará cuando, como en el caso examinado, los términos de la oferta no arrojen datos que permitan evidenciar la existencia de error material, aritmético o de transcripción susceptible de aclaración"».

En el presente supuesto como indicamos la oferta de la recurrente no es valorada por la mesa de contratación respecto de aquellas instalaciones de las que no presenta la autorización administrativa requerida en los pliegos rectores de la licitación, por lo que el kilometraje calculado e incluido en la proposición resultaba manifiestamente incorrecto. En este sentido, queda claro que, sin prejuzgar la actuación de mesa de contratación que recalcula las distancias, la oferta de la recurrente no podía obtener puntuación en este criterio de adjudicación y que cualquier aclaración que se le hubiese solicitado habría supuesto permitir al licitador una modificación de la oferta inicial. En este sentido, este Tribunal se ha manifestado en reiteradas ocasiones (v.g. Resoluciones 317/2015, de 15 de septiembre, 331/2015, de 1 de octubre, 108/2016, de 20 de mayo, 163/2016, de 6 de julio, 220/2016, de 16 de septiembre, 289/2016, de 11 de noviembre, 12/2017, de 13 de febrero, 28/2017, de 9 de febrero, 42/2017 de 2 de marzo, 182/2017, de 9 de septiembre, 61/2019, de 7 de marzo, 303/2020, de 17 de septiembre, y 14/2021 de 21 de enero, entre otras muchas). Así, citamos la Resolución 42/2017 por resultar un supuesto relativamente similar al presente, en la que se recoge que:

> *«Finalmente, sobre la posibilidad de aclarar los extremos referidos antes de acordar la exclusión - cuestión que plantea en última instancia la recurrente entendemos que, aun admitiendo la aclaración para la referencia contenida en el listado de VIAJES HALCÓN a los grupos 1, 2 y 3 en el sentido de que tales grupos son los mencionados en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, para clasificar al personal incluido en su ámbito de aplicación a efectos de dietas, lo cierto es que hay determinada información que no hubiera podido ser aclarada porque faltaba ab initio y de ser facilitada con posterioridad supondría modificación por ampliación de la oferta inicial. Nos referimos a las tarifas especiales de servicios y a la necesidad de que en las tarifas ofertadas esté incluido el precio de habitación individual con desayuno incluido, toda vez que la mera remisión a los importes de las dietas de aquel Real Decreto no permite constatar tal extremo y en algunos casos del listado se observa que los importes señalados -coincidentes con las dietas de alojamiento del Real Decreto- no incluyen el desayuno contraviniendo en este punto el tenor del pliego.*
>
> *Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que "excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta".*

Por lo que, en definitiva, a la vista de todo lo anterior, comprobado que la oferta no podía obtener puntuación en el criterio de adjudicación controvertido y que tampoco procedía la aclaración de la proposición, procede la desestimación de este motivo de recurso.

4.2. Respecto del criterio de adjudicación *«titularidad de las instalaciones de tratamiento propuestas (cláusula 3.2 del PPTP). Hasta 5 puntos».*

Con relación a la impugnación de la valoración de las ofertas respecto del criterio de adjudicación reproducido la recurrente viene a argumentar que la mesa de contratación aplicó de forma incorrecta el criterio dado que solo una de las ofertas podía obtener la máxima puntuación.

Sobre esta cuestión procede interpretar la configuración del criterio de adjudicación en la forma recogida en los pliegos y anteriormente reproducida. Como se ha indicado, debemos estar a lo establecido en el PCAP que constituye la ley del contrato. Así se ha de mencionar que el criterio de adjudicación valora la titularidad de las instalaciones propuestas en función de su máxima capacidad disponible hasta un máximo que queda fijado en 72.449,78 toneladas (tn)/anuales, umbral en el que todas las ofertas obtienen la puntuación máxima. Así se establece en el criterio: «*Obtendrá la puntuación máxima, la propuesta con la máxima capacidad disponible ofertada (hasta un máximo de 72.449,78 Tn/anuales)».* Después de indicar este límite a las puntuaciones se manifiesta que se valora con 0 puntos la empresa que oferte menos capacidad y que al resto de ofertas se le asignará una puntuación proporcional.

Se da la circunstancia que las tres licitadoras ofertan por encima del umbral máximo establecido en el criterio de adjudicación motivo por el que reciben todas, la máxima puntuación. Este Tribunal considera que dicha valoración respeta, sin entrar a prejuzgar su legalidad, la configuración del criterio de adjudicación establecida en el PCAP. Por lo que como indicamos, se concluye que la valoración de las ofertas respecto de este criterio de adjudicación respeta lo establecido en el PCAP, por lo que procede la desestimación de este motivo de recurso.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: Valoración de las ofertas respecto del criterio de adjudicación relativo a la capacidad máxima disponible en las instalaciones de tratamiento. Admisión de la oferta que ha resultado finalmente adjudicataria.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente cuestiona la valoración de las ofertas respecto del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor denominado: *«capacidad máxima disponible en las instalaciones de tratamiento (cláusula 3.2 del pptp). hasta 5 puntos».*

Como se ha indicado, el criterio se encuentra en el PCAP como sujeto a juicio de valor, quedando regulado de la siguiente forma: *«Atendiendo al contenido del ANEXO I.A del PPTP aportado, se puntuará la capacidad de tratamiento disponible y acreditada de tratamiento de lodos.*
Obtendrá 5 puntos la empresa licitadora que más capacidad disponible oferte, hasta un máximo de 72.449,78 Tn/anuales (6.037,48 Tn medias mensuales). La licitadora que oferte la capacidad mínima exigida en este pliego (36.225 Tn/anuales), obtendrá 0 puntos. El resto de licitadores se le valorará proporcionalmente a los supuestos anteriores, hasta el máximo de 72.449,78 Tn/anuales. La oferta con mayor valor disponible recibiría 5 pts. En el caso de superarse los 72.449, 78 Tn/anuales disponibles, la oferta se puntuará con 5 puntos.
Todas las capacidades autorizadas deberán estar acreditadas y certificadas por el órgano competente para su valoración. En caso contrario este apartado será valorado con 0 puntos».

La valoración de las ofertas es realizada en informe técnico emitido a estos efectos de 3 de febrero de 2023, que se publica en el perfil de contratante el 6 de febrero. El informe incluye una tabla en la que aparecen las

puntuaciones de las distintas ofertas. Respecto del criterio de adjudicación objeto de controversia las tres ofertas obtienen la puntuación máxima. 5 puntos. Dicho informe técnico es asumido por la mesa de contratación en sesión celebrada el mismo 6 de febrero de 2023.

Como se ha indicado la recurrente cuestiona las puntuaciones otorgadas a las ofertas. En este sentido argumenta que la valoración se otorga simplemente de acuerdo con la cumplimentación de datos en el anexo I del PPT. Considera que dicha actuación resulta insuficiente y manifiesta que, al menos, la capacidad máxima declarada en la oferta de la adjudicataria es incorrecta. Alega que es inferior a la mínima prevista en el pliego y que asciende a 36.225 tn/anuales.

La recurrente argumenta que para conocer la capacidad disponible de la adjudicataria para el tratamiento de residuos se debe conocer la capacidad que tiene comprometida por haber resultado adjudicataria de otros contratos. Afirma, que dicha documentación es pública, que la ha solicitado, y que la ha recibido de forma parcial. Sobre lo anterior señala: *«De todo lo anterior se desprende que las instalaciones de "El Montecillo", con una capacidad nominal acreditada de 39.000 Tn/año para el código LER 19 08 05 según la A.A.U. (Autorización Ambiental Unificada) y no de 40.000 como manifiestan en el anexo I letra A del sobre B, ostenta la capacidad disponible, conforme a los compromisos descritos, de entre 19.895 y 22.571 tn/año y no de 29.800 tn/año como manifiestan en el anexo I letra A del Sobre B».* Más adelante en su escrito de impugnación señala: *«De todo lo anterior se desprende que las instalaciones de "El Salao y Darro", con una capacidad nominal conjunta de 54.375 tn/ año para el código LER 19 08 05 según la A.A.U. (Autorización Ambiental Unificada), tienen su capacidad disponible agotada y superada (está gestionando ya 57.800 Tn/año), y no se corresponde con las 48.873 tn/año manifestadas como disponibles en el anexo I letra A del Sobre B, sin disponibilidad».*

De lo anterior, la recurrente concluye que: *«En resumen la capacidad disponible de la UTE RETRASOL es como máximo de 22.571 tn/año en el mejor escenario, claramente insuficiente para satisfacer las necesidades de ACOSOL y, de acuerdo con las cláusulas 2.5 y 3.2 del PPTP, así como de la cláusula 14.1 del PCAP, su oferta debería haber sido considerada NO APTA, por no llegar al mínimo exigido de capacidad 36.225 Tn/año; o si no fuera así, al carecer de la documentación requerida por la actora para poder alegar con todas las previsiones posibles, al no llegar al máximo de capacidad (72.449,78 Tn/año) su puntuación será inferior a cinco puntos.*
La puntuación estará en función de la capacidad disponible ofertada por la tercera Ute Valoriza-Valora-Pusama, que ha ofertado una única instalación en Jerez de la Frontera y de la que, también, hemos solicitado a la Junta de Andalucía la memoria anual presentada en el ejercicio 2022 para acreditar la capacidad disponible no comprometida. En este caso, teniendo en cuenta que la capacidad máxima autorizada para el código LER 190805 de esta instalación es de 82.300 tn/año (aunque en el Anexo I hayan cumplimentado como Capacidad Máxima Autorizada 100.400Tn/año), teniendo, según manifiesta la misma UTE, que dispone de 72.450 toneladas no comprometidas, algo manifiestamente imposible toda vez que en esa planta se tratan buena parte de los lodos producidos en la provincia de Cádiz y parte de los producidos por EMASESA, de quienes son adjudicatarias».

De lo anterior, la recurrente viene a concluir que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida o subsidiariamente no valorada y duda sobre la capacidad de tratamiento ofertadas por la entidad que queda clasificada en segundo lugar. Considera que el órgano de contratación debió exigir la acreditación de las capacidades de las instalaciones de tratamiento contenidas en cada proposición. Finalmente, argumenta que el aspecto a valorar es la capacidad de las instalaciones ofertadas por lo que *«No cabe que esa capacidad disponible se busque o se trate de fundamentar en el traslado de esos lodos gestionados y ya contratados con anterioridad a otras instalaciones o terrenos fuera del territorio andaluz, como argucia para conseguir la valoración en este apartado. De hecho, los requisitos son acreditar la capacidad disponible de las plantas incluidas en el Anexo I, no*

sería aceptable que dichas medidas se propusieran a posteriori». Manifiesta que en el supuesto de que se estimase esta pretensión la misma afectaría a la valoración de las ofertas respecto del criterio de adjudicación *«titularidad en las instalaciones de tratamiento de propuestas»* que también se debería ver reducida.

Indica, que no cabe en esta cuestión una apreciación discrecional en tanto que estamos ante un dato que es totalmente objetivo, la capacidad máxima disponible de las instalaciones.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Manifiesta en el informe al recurso la doctrina sobre la discrecionalidad técnica. Afirma que la recurrente pretende poner en tela de juicio la idoneidad de las instalaciones y capacidad de tratamiento de las ofertas del resto de licitadoras sobre la base de documentos e informaciones ajenas al expediente de contratación como una suerte de valoración futura sobre la capacidad de la que resulte adjudicataria para dar cumplimiento al contrato en las condiciones exigidas en los pliegos.

Asimismo, indica que las otras dos licitadoras a las que se refiere la recurrente justifican convenientemente la capacidad disponible en las distintas plantas ofertadas comprometiendo cantidades iguales o superiores a 72.449,78 Tn/anuales para el tratamiento de lodos procedentes de depuradoras gestionadas por ACOSOL, S.A., dando cumplimiento a lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares al apartado 14 14.2 y de conformidad al anexo I.A. Además reproduce diversas partes de ambas proposiciones de las que a su juicio se desprende que disponen de la capacidad alegada.

Se adjunta al informe documento interno de trabajo en el que se recoge la motivación de la puntuación de las ofertas respecto del citado criterio de adjudicación *«capacidad máxima disponible de las instalaciones de tratamiento».* En el mismo se indica lo siguiente:

> *«a) UTE ECILIMP Y BÍOMASA (RETRASOL)*
> *Según se describe entre la página 78 y 85 de la oferta:*
> *CAPACIDAD ANUAL OFERTADA Y ACREDITADA: 78.672,96 Tns*
> *PUNTUACIÓN OBTENIDA: 5,00*
> *b) UTE SUSTRATOS EXTREMADURA Y AMBIENTAL*
> *En la página 67, se enumeran 5 plantas y un listado de fincas agrícolas en Extremadura. De las plantas enumeradas, la única que se considera para esta valoración es la PDC de Villafranca de Los Barros, pues es la única existente en la actualidad y que cuenta con código de autorización NIMA. Para el resto de las plantas se presentan dictámenes de la Junta de Andalucía, positivos, para su futura implantación. Con lo cual solo valoramos la capacidad disponible en la única planta existente y de las fincas agrícolas que aporta.*
> *CAPACIDAD ANUAL OFERTADA Y ACREDITADA: 37.000,00 +199.992,00 Tns*
> *PUNTUACIÓN OBTENIDA: 5,00 (Se valora la capacidad de la única planta existente y de las fincas)*
> *c) UTE SACYR, VALORIZA, G.VALORA Y PUSAMA*
> *En el Anexo IV de la oferta:*
> *CAPACIDAD ANUAL OFERTADA Y ACREDITADA: 72.449,76 Tns*
> *PUNTUACIÓN OBTENIDA: 5,00»*

En definitiva, solicita que sea desestimado este motivo de recurso.

3. Alegaciones del adjudicatario.

Finalmente, la entidad adjudicataria se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente, en síntesis manifiesta lo siguiente:
- Que el pliego en ningún momento indica de forma específica que se deban considerar para el cálculo de las capacidades disponibles de cada instalación las memorias anuales de gestión de residuos de cada instalación, por tanto, no es exigible ni la aportación de dichas memorias anuales por parte de las empresas ofertantes, ni el estudio de las mismas como criterio para calcular la capacidad disponible de cada instalación. En este sentido argumenta que si la recurrente no estaba conforme con la redacción de los pliegos debió impugnarlos.
- Que en cualquier caso, las memorias anuales de gestión de residuos recogen datos a pasado sobre la actividad de una instalación de gestión de residuos, sin que sirvan de referente para la gestión futura de dicha instalación dado que los contratos de gestión de residuos varían con frecuencia y contratos por servicios que se hayan prestado en un año, igual no se continúan en el año siguiente.
- Después de argumentar sobre la documentación incluida en su oferta, concluye que las toneladas que la UTE RETRASOL ha ofertado como disponibles en el momento de presentación de las ofertas, el 30 de diciembre de 2022, estaban realmente disponibles y se le acreditó a ACOSOL dicha disponibilidad en la oferta presentada, sin que haya planteado duda o discusión al respecto y se trata de información declarada confidencial, que entendemos las empresas de la competencia no tendrían por qué conocer.

La entidad adjudicataria tras rebatir diversas afirmaciones contenidas en el escrito de recurso concluye que queda acreditada no solo la capacidad máxima autorizada por la autoridad competente en las instalaciones ofertadas por la UTE RETRASOL, sino también la capacidad máxima de tratamiento como para obtener los 5 puntos y desde luego la capacidad de tratamiento disponible, por encima de las 36.225 tn/año que exige este contrato.

4. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha indicado la recurrente cuestiona la capacidad de tratamiento disponible de las instalaciones ofertadas por la entidad adjudicataria. También duda de la capacidad autorizada y ofertada como disponible por la licitadora clasificada en segundo lugar.

Con relación a la adjudicataria, manifiesta la recurrente sobre la capacidad de tratamiento total y disponible respecto de las plantas de *«El Montecillo», «El Salao»* y *«Montes Orientales»,* tras realizar una serie de cálculos teniendo en cuenta la información pública a la que ha podido acceder, que la capacidad disponible aportada por el adjudicatario debería haber hecho que fuera excluida de la licitación al quedar por debajo del mínimo establecido en 36.225 Tn/anuales. A su juicio, la capacidad disponible de la adjudicataria es de 22.571 tn/año. Por lo que la misma sería inferior.

En este sentido en la oferta de la adjudicataria aparecen las siguientes capacidades totales:

Planta	Capacidad autorizada (t/año)	Capacidad disponible (t/año)
EL MONTECILLO	39.000	29.800
EL SALAO	27.375	25.613
MONTES ORIENTALES	27.000	23.260
Total	93.375	78.673

Además se hace referencia a que dispone de un acuerdo con otra entidad para gestionar 20.000 tn/año que entraban en la planta de El Salao de otros clientes quedando liberada esta capacidad disponible en la citada planta para la presente licitación. Adjunta en su oferta carta de compromiso con la citada entidad.

La recurrente concluye que la capacidad autorizada y real es como máximo la que se recoge en la siguiente tabla, sintetizando sus alegaciones:

Planta	Capacidad autorizada (t/año)	Capacidad disponible (t/año)
EL MONTECILLO	39.000	Entre 19.895-22.571
EL SALAO	27.375	Sin disponibilidad
MONTES ORIENTALES	27.000	Sin disponibilidad
Total	93.375	Máximo de 22.571

De lo anterior, se ha de concluir que la capacidad declarada por la adjudicataria se ve incrementada por el acuerdo que se incluye en su oferta con otra entidad que le permite aumentar la capacidad disponible en 20.000 tn/año, de lo que se habría de entender que en ningún caso la capacidad de la adjudicataria queda por debajo del mínimo exigido de 36.225 tn anuales. En este sentido, aún computando la mínima capacidad disponible calculada por la recurrente que asciende a 19.895 tn/año y añadiendo la capacidad liberada como consecuencia del citado acuerdo resultaría una capacidad de 39.895 tn/año que como decimos sería superior a la mínima (36.225 Tn/anuales), por lo que procede la desestimación del motivo de recurso contra la admisión de la oferta de la entidad adjudicataria por el supuesto incumplimiento de la capacidad disponible mínima para el tratamiento de los residuos.

La recurrente a continuación, cuestiona la realidad de los datos alegados por la adjudicataria y por la segunda clasificada a la vista de la información pública que ha podido obtener. Sobre esta cuestión, se ha de volver a insistir en que se debe estar a lo exigido en los pliegos reguladores de la licitación que constituyen la ley del contrato y concluir que las ofertas deben ser valoradas según lo dispuesto en las reglas que rigen la licitación. Así, respecto de la capacidad autorizada y disponible de las plantas en la cláusula 2.5 del PPT, se indica lo siguiente*: «2.5.- Las empresas licitadoras deberán justificar la disponibilidad de tratamiento de los biosólidos producidos en las instalaciones de ACOSOL, S.A. según normativa vigente, presentando la capacidad máxima autorizada acreditada por la administración competente en las instalaciones ofertadas, y la capacidad de tratamiento disponible para este contrato. Esta capacidad de tratamiento disponible deberá ser superior a las toneladas producidas por ACOSOL,S.A. Se deberá presentar escrito de compromiso de retirada, transporte y tratamiento de la totalidad de los biosólidos producidos por ACOSOL, S.A. La capacidad mínima disponible debe ser superior a las 36.225 Tn/anuales».* Es decir, que si bien la capacidad autorizada debe ser acreditada, la disponible se oferta mediante un compromiso presentado por el licitador, sin que se exija mayor documentación al respecto y sin que quepa deducir un incumplimiento *ab initio* de lo ofertado en la forma que argumenta la recurrente.

Así también se desprende de la cláusula 3.2. del PPT, del que se contiene que la exigencia de acreditación se refiere a la capacidad del tratamiento, pero no de la capacidad disponible que debe ser comprometida pero no certificada. Así lo extrae este Tribunal de la redacción de la citada cláusula que establece: *«Descripción de la/s planta/s y procesos de tratamiento de lodos así como los equipos para el compostaje de los mismos, o del tratamiento ofertado. Se deberá indicar la cantidad de lodo que se puede gestionar en cada instalación,*

presentando la capacidad de tratamiento autorizada acreditada por la administración competente y disponibles para este contrato con ACOSOL, S.A. en cada una de las instalaciones ofertadas. Se adjunta modelo de presentación de estos datos en ANEXO I de este Pliego Técnico» dicha declaración se realiza mediante la cumplimentación del citado anexo. En este sentido, si bien queda claro la forma de acreditar o certificar la capacidad máxima autorizada, no resulta tan evidente la manera en la que se acreditaría la capacidad disponible dado que puede verse afectada por distintos factores como por ejemplo, contratos que se finalicen en el año en curso, como manifiesta la adjudicataria en su oferta.

En este sentido, la recurrente alude a la capacidad comprometida por adjudicaciones que se encuentran en vigor y de la que trata de poner en cuestión la declaración de la disponibilidad ofertada por la entidad adjudicataria. Sin embargo y como se ha indicado se ha de tener en cuenta el compromiso que la adjudicataria presenta con una tercera empresa, al que nos hemos referido anteriormente, sobre la gestión de los 20.000 tn/anuales. Por otro lado, respecto del hecho de los contratos vigentes a los que se refiere la recurrente que limitarían la disponibilidad del tratamiento de las plantas incluidas en la proposición de la adjudicataria, esta indica en su proposición que: *«Por otro lado, de cara a 2023, cabe señalar que hay previsto que algunos contratos de gestión de lodos que BIOMASA DEL GUADALQUIVIR tiene con otros clientes finalicen a principios de 2023 con lo que quedaría mayor capacidad disponible. Además de lo anterior, y ya para caso muy puntuales, BIOMASA DEL GUADALQUIVIR, dispone de otra planta de compostaje en propiedad, situada en Huelva. Por todo lo indicado anteriormente, la UTE se compromete a destinar el 100 % de la producción de lodos de las EDARs Arroyo de la Miel, Cerro del Águila y La Cala a la Planta de Compostaje "El Salao" y si fuese necesario se podría enviar lodos de las demás EDARs tanto a dicha planta como a la de "Montes Orientales"».*

La recurrente también cuestiona la capacidad disponible para el tratamiento de la instalación ofertada por la licitadora clasificada en segundo lugar. Así, afirma que no resulta correcta la capacidad autorizada declarada en su proposición. Manifiesta que si bien la capacidad recogida en la oferta asciende a 100.400 tn/año en realidad esta instalación tiene una capacidad máxima de 82.300 tn año. Sobre esta afirmación consta en la oferta de la citada licitadora Resolución de la Delegación Territorial en Cádiz de la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía azul, de 23 de noviembre de 2022, en la que se acuerda la modificación de la capacidad máxima de tratamiento de la instalación a 100.400 tn/año, mediante una modificación no sustancial de la Autorización Ambiental Integrada (AAI/CA/062/16). Sobre este particular también se indica en la oferta: *«Por otro lado, la capacidad total de tratamiento autorizada de la Planta de Lodos de Guadalete, a la que se llevarán los lodos generados, en caso de que la UTE resulte adjudicataria del presente contrato, es de 100.400 toneladas anuales, por lo que cuenta con una holgada capacidad para tratar hasta 72.449,78 toneladas de lodos anuales que se ponen a disposición para este contrato con ACOSOL S.A., sin interferir con las actuales actuaciones que se están llevando a cabo para el tratamiento de lodos de otras procedencias. La UTE, tal y como se muestra en el apartado 2.1, se compromete a disponer de dicha capacidad para el contrato de ACOSOL».* Además la recurrente también cuestiona la capacidad disponible para el tratamiento de la planta ofertada por la segunda clasificada alegando que es imposible que tenga esa capacidad.

De lo anterior, este Tribunal concluye que no ha habido un incumplimiento del PCAP en tanto que las entidades licitadoras han declarado la capacidad disponible de tratamiento y han acreditado la capacidad autorizada que era lo que se exigía sin que se pueda presuponer *ab initio* que el contrato va a ser incumplido. Al respecto, este Tribunal, en anteriores ocasiones, en relación a los incumplimientos de los requisitos o exigencias técnicas, ha manifestado que éstos no pueden presumirse *ab initio*, pudiendo únicamente verificarse en la fase de ejecución del contrato, sin que sea razonable adivinar ni presumir que la entidad licitadora, que ha asumido el compromiso de ejecutar la prestación con arreglo a las condiciones previstas en los pliegos, vaya a incumplirlo, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir

tales incumplimientos (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal 147/2020, de 1 de junio, 258/2020, de 23 de julio y 520/2021 de 3 de diciembre), circunstancias que no concurren en el supuesto examinado.

Este argumento es en cierta forma esgrimido en el informe al recurso por la entidad contratante cuando afirma que «*Pretende la recurrente poner en tela de juicio la idoneidad de las instalaciones y capacidad de tratamiento de las ofertas del resto de licitadoras sobre la base de documentos e informaciones ajenas al expediente de contratación como una suerte de valoración futura sobre la capacidad de la que resulte adjudicataria para dar cumplimiento al contrato en las condiciones exigidas en los pliegos.*
La información aportada a los hechos segundo a décimo y prueba solicitada al escrito de recurso especial tiene como una pretensión alterar y revisar la valoración del técnico informante, en una suerte de revisionismo subjetivo y artidista alejada de la documental incorporada a las ofertas presentadas (sobre A y B) que es lo que vincula la decisiones del Órgano de contratación.».

Como indicamos, sobre la cuestión de si se encuentra o no acreditada la capacidad disponible de las instalaciones y de si ello podría suponer un problema en la ejecución del contrato dado que se desconocen los acuerdos que puedan existir de los licitadores con terceros, sería en su caso una posible deficiencia de los pliegos que debió haber sido puesta de manifiesto con ocasión de su aprobación. Es decir, no se detecta incumplimiento de los pliegos rectores de la presente licitación.

En definitiva, una vez formalizado el contrato, la adjudicataria está obligada a ejecutarlo cumpliendo con las prescripciones técnicas exigidas y en los términos incluidos en su proposición. De lo contrario, en el supuesto de que el órgano de contratación verifique en fase de ejecución del contrato algún incumplimiento, podría imponerle las penalidades previstas en los pliegos y, en su caso, proceder a su resolución.

Así, la cláusula 26 del PCAP prevé que «*Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en un incumplimiento defectuoso de la prestación objeto de contrato, o hubiese incumplido los compromisos o las condiciones especiales de ejecución, ACOSOL, S.A. podrá proceder a la imposición de las penalidades económicas que el Órgano de Contratación, a propuesta del Responsable del contrato, y en atención a la gravedad del incumplimiento, considere procedentes, sin superar cada una de ellas, el 10% del precio del contrato (IVA excluido) y con el límite total de las que se impongan, del 50% del precio del contrato (IVA excluido).»* Además entre las causas de resolución del contrato se recoge en la cláusula 27 del PCAP la siguiente *«El incumplimiento de la obligación principal del contrato».*

En consecuencia, este Tribunal considera que el recurso ha de ser desestimado, dado que por las razones antes expuestas, a la fecha de la presente resolución, no se pueden apreciar los incumplimientos alegados por la recurrente por los motivos anteriormente argumentados.

Por lo anterior procede la desestimación de este motivo de recurso.

Por otro lado, retomando ahora la cuestión de la solicitud del trámite de vista solicitada por la recurrente y que se ha denegado por los motivos anteriormente argumentados, procede ahora manifestar que aunque a meros efectos dialécticos se hubiera la misma aceptado, el trámite no habría tenido relevancia tras la desestimación del presente recurso, ya que la oferta de la recurrente queda clasificada en tercer lugar, de acuerdo con la garantía de la confidencialidad de las ofertas (art. 56.5 LCSP), los principios eficacia, celeridad y economía procesal (v.g. Resolución 323/2022).

En este sentido la recurrente queda clasificada en tercer lugar -como se ha indicado anteriormente-, y sus pretensiones quedan totalmente desestimadas de conformidad con lo anteriormente fundamentado, por lo que teniendo en cuenta dicha circunstancia ningún interés legítimo tendría en acceder al expediente para ampliar su recurso respecto de la primera clasificada en tanto que ya no podría acceder a la adjudicación. En conclusión, teniendo en cuenta que ha quedado justificada la confidencialidad respecto de aquellas cuestiones de la oferta de la adjudicataria sobre las que solicita acceso la recurrente, la colisión entre su derecho de acceso y la confidencialidad de la oferta de la adjudicataria, no habría resultado razonable que se resolviese de forma distinta a la acordada ya que, en caso contrario, se podría conculcar el derecho de la confidencialidad sin que de dicha circunstancia la UTE pudiera obtener respecto de su posición como recurrente un beneficio claro, que debería ser acceder a la adjudicación -objetivo imposible al haber quedado clasificada la tercera sin que haya prosperado su recurso respecto de la segunda clasificada- más allá de la reparación genérica de la legalidad objetivo que supera el concepto de legitimación para la interposición del recurso especial contenido en el artículo 48 de la LCSP y que además podría conculcar los derechos de la adjudicataria respecto de la confidencialidad de su oferta y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 56 de la LCSP.

OCTAVO. Sobre la imposición de multa solicitada por la entidad contratante y la adjudicataria.

La entidad contratante y la adjudicataria solicitan la imposición de multa justificada en el uso indebido de la figura del recurso especial por parte del licitador, la primera, con base en los siguientes argumentos:

> *«La recurrente – con otra forma jurídica- es la actual prestadora de este servicio por contrato formalizado con fecha 17 de noviembre de 2022 al expediente EX-N-4229(95/2022) con vigencia hasta la entrada en vigor de esta nueva contratación Tiene por tanto un doble interés en el recurso especial en materia de contratación cuál es no sólo atacar el acto de adjudicación a otro licitador sino, además, por se garantiza por la vía de la suspensión automática la prestación del servicio hasta resolución del recurso en perjuicio del interés público.».*

La adjudicataria sobre esta cuestión manifiesta lo siguiente:

> *«Más bien, pudiera parecer que dado que el Recurrente, que ha quedado acreditado no dispone de las instalaciones que ha ofertado, es actualmente quien viene gestionando el contrato de lodos de ACOSOL en condiciones económicas favorables y con una solución técnica legalmente cuestionable, pretende complicar el procedimiento de esta licitación para alargar el plazo de resolución, entre tanto, gana tiempo para avanzar en los trámites de futuras instalaciones y dinero, a costa de poner en riesgo el prestigio de ACOSOL y del resto de empresas ofertantes, lo cual podría entenderse como actuación de mala fe y ser objeto de posible reclamación por daños y perjuicios».*

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: «*En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma*», en este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

> *"Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el*

acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)".

En el supuesto analizado, este Tribunal considera que, si bien se han desestimado todos los motivos del recurso, ello no es suficiente para concluir que el mismo, en su conjunto, carezca de falta de fundamentación. Además, las argumentaciones aducidas por la recurrente carecen de entidad suficiente para inducir a error o equivocación a este Tribunal, por lo que no se aprecia que el recurso en su globalidad suponga un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, ni por tanto, que el mismo se haya interpuesto con temeridad o mala fe manifiesta. Además este Tribunal considera que parte de las alegaciones de la recurrente se derivan de la falta del conocimiento del contenido del resto de las ofertas debido a su declaración de confidencialidad de lo que se desprende la ausencia de la pretendida temeridad o mala fe y que las mismas se deban al desconocimiento del contenido de las proposiciones.

Finalmente, y sobre la solicitud de prueba solicitada por la recurrente el órgano de contratación manifiesta*: «Debemos oponernos a la solicitud de prueba interesada al otrosí tercero digo del escrito de recurso especial por cuanto la misma versa sobre documentos y extremos ajenos al expediente de contratación objeto de recurso sin que la misma sea pertinente ni útil a los efectos de ser valorados por el Técnico informante ni por el Órgano de contratación que se encuentra vinculado por los documentos y manifestaciones puestas de manifiesto en tiempo y forma legal en las ofertas presentadas.*
Admitir dichas pruebas – ajenas al procedimiento de contratación y de las ofertas presentadas y no exigidas en los pliegos- y tomarlas en la consideración que pretende la recurrente supondría vulnerar el principio fundamental de no discriminación e igualdad de trato de todas las ofertas».

La entidad adjudicataria sobre esta cuestión argumenta en su escrito de alegaciones lo siguiente: *«Ninguno de los oficios que pretende el recurrente deben tramitarse por el TARCJA, pues los datos de la oferta ya han sido puestos a disposición de ACOSOL y se han considerado para la adjudicación.*
En cuanto a la referencia que de contrario se hace tanto en sus fundamentos como en el otrosí tercero para prueba documental consistente en oficiar a la Delegación Territorial de Huelva sobre la planta de "El Raigal", está completamente fuera de lugar tanto la gratuita mención que se hace en la pág. 15 del recurso como el

solicitar datos al respecto, pues esta planta no ha sido ofertada en modo alguno para el contrato de ACOSOL, como bien puede ratificar el mismo órgano de contratación».

Pues bien, el artículo 56.4 de la LCSP dispone que *«Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada».* Al respecto, la prueba solicitada se estima innecesaria. Y ello dado a que como se ha venido argumentando en el cuerpo de esta resolución la comprobación de los extremos que con la misma se pretenden acreditar nada nuevo aporta al expediente y en nada cambiaría el sentido de la presente resolución. Es por ello que la prueba propuesta se estima innecesaria y debe rechazarse.

NOVENO. Sobre la solicitud de RETRASOL respecto del expediente administrativo y sobre la alegación relativa al posible error de la entidad contratante al considerar apta la oferta de la recurrente.

La entidad adjudicataria solicita recibir copia íntegra del expediente de conformidad con el artículo 56.2. de la LCSP. En este sentido la entidad adjudicataria manifiesta en su escrito que: *«no se ha facilitado a nuestra UTE RETRASOL copia del expediente que haya podido ser remitido desde ACOSOL al Tribunal para la preparación y presentación de estas ALEGACIONES, quedando pendientes de que una vez se remita dicho expediente se nos dé traslado en debida forma, y estas alegaciones puedan ser completadas en el plazo que para ello conceda el Tribunal».*

Sobre lo anterior, cumple manifestar que de conformidad con el citado artículo 56.2. de la LCSP, por remisión del artículo 120 del RDL 3/2020, la remisión del expediente se realiza por la entidad contratante al Tribunal y no al resto de interesados en el procedimiento administrativo. La concesión del trámite de alegaciones se encuentra previsto en el apartado siguiente del citado artículo 56.3 de la LCSP que establece *«3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 52 con respecto al acceso al expediente por parte del recurrente, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso».* Por tanto, realizado el trámite de conformidad con lo dispuesto en el procedimiento del recurso especial en materia de contratación no procede acceder a lo solicitado por la entidad adjudicataria.

Asimismo, la entidad adjudicataria viene de alguna forma a cuestionar la admisión de la oferta de la recurrente en el procedimiento, sobre esta alegación debe manifestarse que tal pretensión excede del ámbito propio de las alegaciones. En tal sentido ha de señalarse que en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 68/2022, de 28 de enero, 381/2019, de 14 de noviembre, 6/2018, de 12 de enero y 108/2018, de 17 de abril, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual).

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por las entidades **AMBIENTAL Y SOSTENIBLE, S.L.** y **SUSTRATOS DE EXTREMADURA, S.L.** (en compromiso de UTE) contra el acuerdo de adjudicación, de 24 de febrero de 2023, de la entidad contratante relativo al contrato de servicios denominado "Servicio de retirada, transporte, tratamiento y aplicación de Biosólidos procedentes de las E.D.A.R's de ACOSOL, S.A. (código LER 19 08 05)" (Expediente 4270 (96/2022)), convocado por la entidad pública empresarial Abastecimiento de Agua y Saneamiento de la Costa del Sol, S.A. (ACOSOL), ente instrumental adscrito a la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, aplicable por remisión del artículo 121.1 del Real Decreto-ley 3/2020, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación

TERCERO. 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 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.