



CONSELLERIA D'HISENDA I ADMINISTRACIÓ PÚBLICA
Junta Superior de Contractació Administrativa
Avellanes, 14 – 4t K
46003 VALÈNCIA
Tel. (961) 613138
Fax. (961) 613149

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

INFORME 4/2012, DE 9 DE MAIG DE 2012. CONTRACTES DE SERVICIS I CONCESSIONS DE SERVICI PÚBLIC. INEXISTÈNCIA DE CONCESSIÓ DE SERVICI PÚBLIC. ALGUNES QÜESTIONS RELATIVES ALS PLECS DE CLÀUSULES ADMINISTRATIVES. CRITERIS DE SELECCIÓ PRÈVIA I CRITERIS D'ADJUDICACIÓ. ESTABLIMENT DE MILLORES. REVISIÓ DE PREUS. VALORACIÓ DELS CRITERIS QUE DEPENEN D'UN JUÍ DE VALOR. PROCEDIMENT.

ANTECEDENTS

En data 27 de febrer de 2012 (correcció d'error de 8 de març de 2012), ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa, sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Ibi, de conformitat amb allò que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 31 de maig, amb el següent tenor literal:

“En data 15 de març de 2011 l'òrgan de contractació aprova l'expedient de contractació de la gestió del servei de neteja viària i recollida de residus sòlids urbans i convoca la corresponent licitació, publicant-se edicte de licitació en el BOP núm. 64 d'1 d'abril de 2011.

En els plecs de clàusules administratives particulars es van fixar diversos criteris per a la valoració de les ofertes, de conformitat amb allò que disposa l'article 134 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic. Els criteris que depenen de juí de valor, a justificar en el sobre B, i els que resulten quantificables per mitjà de l'aplicació de fórmules, en el sobre C, respectivament.

Transcorregut el termini de presentació d'ofertes concorren cinc licitadors, dels quals un queda exclòs de la licitació per acord de la Mesa de Contractació per incloure dades relatives a l'oferta econòmica en el sobre B, corresponent a la documentació relativa als criteris la ponderació de la qual depenia d'un juí de valor, infringint d'esta manera l'article 26 del Reial Decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desenrotlla parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic.

Després de l'obertura dels sobres B i C de les ofertes admeses, s'emet un informe de valoració pel tècnic municipal, proposant l'adjudicació del contracte a l'oferta que considera més avantatjosa en aplicació dels criteris establits.

La Mesa de Contractació de data 12 de juliol de 2011 acorda encarregar a l'òrgan de contractació competent que realitze els tràmits pertinents per a la contractació d'un informe tècnic extern sobre l'expedient de contractació que es tramita i valoració de les ofertes, previ a l'adjudicació d'este.

Pel Departament d'Enginyeria de la Construcció, OOPP i Infraestructura Urbana de la Universitat d'Alacant, s'emeten sengles informes de valoració de la documentació corresponent als criteris d'adjudicació continguts en els sobres B i C presentats pels licitadors, sent la valoració corresponent al sobre C exactament igual a la de l'informe emés pel tècnic municipal, diferint en canvi en la ponderació dels continguts en el sobre B i proposant per tant l'adjudicació a un altre licitador distint.

La Mesa de Contractació de data 2 de febrer de 2012, a la vista de la discrepància en els informes de valoració emesos pel tècnic municipal i pel Departament d'Enginyeria de la Construcció, OOPP i Infraestructura Urbana, de la Universitat d'Alacant acorda rebutjar la valoració dels criteris del sobre B continguda en l'informe tècnic de data 08/06/2011 emés per l'Enginyer Tècnic Municipal, i acceptar la valoració dels criteris continguts en els sobres B i C, efectuada pel Departament d'Enginyeria de la Construcció, OOPP i Infraestructura Urbana de la Universitat d'Alacant, proposant l'adjudicació del contracte al licitador que resulta amb la màxima puntuació segons l'informe de la Universitat d'Alacant, basant-se en les raons següents:

1r) Des d'un punt de vista formal, la titulació de l'Enginyer Superior Industrial, Professor del Departament d'Enginyeria de la Construcció, OOPP i Infraestructura Urbana de la UA, és superior a la de l'Enginyer Tècnic Municipal.

2n) El Ple de l'Ajuntament, per acord de data 23 de desembre de 2010, va encomanar a l'Àrea de Contractació, l'adopció de les mesures concretes a fi que siguen ateses les recomanacions corresponents a la matèria de contractació formulades per la Sindicatura de Comptes, en el seu Informe de Fiscalització de 2008. En el present cas, cal recordar que en relació als criteris de valoració, la ponderació de l'oferta econòmica hauria d'aproximar-se a un 50% del total i la valoració dels altres criteris hauria de poder efectuar-se, en la mesura que siga possible, per mitjà de paràmetres objectius, prèviament definits en els plecs de condicions. Per això, este criteri ha d'observar-se no sols en la fixació dels criteris d'adjudicació en els plecs, sinó també a l'hora d'interpretar-los i decidir l'adjudicació d'un contracte entre les ofertes que complisquen amb la resta de criteris.

3r) La situació actual de crisi econòmica definix un escenari pressupostari més restrictiu que en exercicis anteriors i durant un període no definit, la qual cosa aconsella, per un criteri elemental de prudència, proposar l'adjudicació a favor de l'oferta que, sense minva de qualitat, represente un menor cost.

Una vegada requerit el licitador proposat per la Mesa de Contractació als efectes que aporte la documentació que s'especifica en el plec de clàusules administratives, així com que acredite documentalment haver depositat la garantia definitiva, requisit previ a l'adjudicació del contracte, este ha complit les seues obligacions en termini.

Per tot això, en virtut dels articles 2 i 17 del Reial Decret 30/1991, de 18 de gener, que regula el Règim Orgànic i Funcional de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, se sol·licita consulta sobre els aspectes següents:

- A la vista del procediment seguit, si és vàlida la proposta de la Mesa de Contractació de data 2 de febrer de 2012.
- Si, a la vista de les repetides propostes dels grups polítics de l'oposició en eixe sentit, seria vàlid declarar desert el concurs.
- Si és necessari la sol·licitud de nou informe tècnic de valoració a la vista de la discrepància entre els que n'hi ha i l'expedient.

S'adjunta per a això la documentació següent:

- Còpia dels plecs de condicions tècniques i de clàusules administratives que regixen la present contractació
- Còpia de les actes de les meses de contractació realitzades.
- Còpia d'informes tècnics.”

A la vista d'una discordança en el text anterior, s'insta a l'Ajuntament per al seu aclariment, tenint entrada un escrit, en data 8 de març de 2012, amb el tenor literal següent:

“Advertit error en la sol·licitud de consulta formulada en data 24/02/2012, NRE: 965, a esta Junta Superior de Contractació Administrativa, en relació amb l'expedient de contractació de la gestió del servei públic de neteja viària i recull residus sòlids urbans que es tramita en este Ajuntament, consistent en la referència al Reial Decret 30/1991, de 18 de gener, de règim orgànic i funcional de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, quan la consulta s'eleva a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana.

És per això, que en virtut del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 31 de maig, del Govern Valencià, s'eleva a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana la consulta remesa en data 24/02/2012.”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La contractació objecte de la consulta de l'Ajuntament d'Ibì ha d'analitzar-se tenint en compte el que disposa la Llei de Contractes del Sector Públic (d'ara en avant, LCSP) d'acord amb la redacció vigent en el moment de l'aprovació dels plecs i de la licitació, anterior a l'entrada en vigor del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la dita llei.

Segons el que estableix el plec de clàusules administratives particulars de 25 de febrer de 2011 (d'ara en avant, PCAP), que regix la contractació que motiva la consulta, el contracte té com a objecte “**la concessió de la gestió del servei de neteja viària i de recollida de residus sòlids urbans**” en el municipi d'Ibì, en els termes descrits en el Plec de condicions tècniques del contracte. D'acord amb este últim els servicis a contractar són, en resum, la gestió i prestació dels següents:

- a) El servei de recollida de residus urbans (envasos, paper-cartó, vidre i resta de domèstics o de supermercats i mercats municipals) i el seu transport al lloc de tractament, així com la instal·lació i manteniment dels recipients de recollida.

Queden exclosos els residus industrials, hospitalaris o sanitaris, pneumàtics, vehicles abandonats i altres tòxics o contaminants.

- b) El servei ordinari de neteja viària (agranat i neteja de vials, neteja de papereres, escocells, estàtues, engolidors, etc.) i alguns servicis especials de neteja (festes, fires, emergències, ...), així com la instal·lació i manteniment de papereres. Queden expressament exclosos els servicis de neteja del mobiliari urbà, la desratització i desinfectació i la neteja de parcs i jardins no inclosos en l'annex del plec de condicions tècniques.

El preu de la contractació s'estableix de forma global para cada un dels servicis expressats anteriorment de la manera següent: 815.821,41 euros per la recollida de residus urbans durant 2011 i de 622.370,55 euros pel de neteja viària durant el mateix any, més l'IVA corresponent a cada un dels dits imports. No és rellevant per al present informe, però ja que el Plec és de febrer de 2011 i que la licitació es desenrotlla en els mesos següents, suposem que els dits preus estan expressats en termes anuals i es corresponen amb el preu a pagar per la prestació dels dits servicis durant el primer any de vigència del contracte i no durant el que quedara de 2011.

El pagament del preu és per mensualitats i amb càrrec al pressupost ordinari municipal; el termini de duració del contracte s'estableix en 25 anys i el seu valor estimat, segons s'indica en la clàusula 3 del PCAP, ascendix a la quantitat de 35.954.799,25 euros.

Encara que la consulta de l'Ajuntament se centra en la possibilitat de declarar desert el concurs i en la validesa o no de la proposta de la mesa de contractació de 2 de febrer de 2012, en què esta revoca un acord seu anterior i modifica una proposta d'adjudicació del contracte, per l'existència d'informes tècnics no coincidents, així com en la qüestió de si és necessari sol licitar nous informes tècnics de valoració, hem d'assenyalar que no és possible resoldre totes estes qüestions sense contextualitzar tota la contractació i advertir aquelles que afecten tot el procediment. És suficient assenyalar d'entrada que com a mínim rellevant és la presumpta discrepància entre els informes tècnics de valoració de les ofertes a què es referix l'escrit de la consulta. Si s'observen estos detingudament es veurà que les diferències entre ambdós informes es produïxen en aquells criteris de valoració que depenen d'un juí de valor i, en canvi, no hi ha diferències en la resta de criteris que poden obtindre's automàticament per mitjà de l'aplicació de fórmules establides en el plec. No seria d'estranyar que, si l'Ajuntament sollicitara un tercer informe algú que no conega els emesos, obtinguera un tercer resultat que segurament no seria totalment idèntic a cap dels anteriors en aquells criteris que depenen d'un juí de valor i reflectixen l'opinió o el paréixer de qui informa.

Falta d'adequació del tipus de contracte al seu objecte i forma de retribució.

Encara que en el PCAP no s'indiquen els codis del CPV descriptors de l'objecte del contracte, del Plec de condicions tècniques que regix la contractació es dedueix amb total claredat que l'objecte principal del contracte ho constituïxen les prestacions de fer corresponents a la recollida de residus urbans i a la neteja viària, a canvi d'una retribució determinada a priori en el contracte i pagada per l'Ajuntament. Estes prestacions (CPV 90511000-2 i 90600000-3) es troben compreses en la categoria 16 de l'annex II de la LCSP (i de la Directiva 2004/18/CE), modificat pel Reial Decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desenrotlla parcialment la LCSP.

Des de l'entrada en vigor de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, esta Junta ja s'ha pronunciat en diferents ocasions sobre la impossibilitat legal d'utilitzar la figura contractual de la concessió en aquelles contractacions que, d'una banda, tenen com a objecte prestacions de servicis definides en l'article 10 de la LCSP¹ i compreses en el seu annex II i simultàniament, d'una altra, les contraprestacions a percebre pel contractista no s'ajusten, com és el cas que ens ocupa, al que disposa l'article 257 del LCSP

¹ Noteu la considerable diferència del que disposa este article i la que establia l'article 196.3 de l'anterior Llei de Contractes de les Administracions Públiques. Mentres que en este s'excloïen els de consultoria i els que pogueren ser objecte de qualsevol altre tipus de contracte regulat en la dita Llei, en la LCSP es consideren contractes de servicis tots els que tinguen com a objecte prestacions de fer consistents en una activitat o dirigides a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o un subministrament.

per als contractes de gestió de servicis públics, el qual estableix que tals contraprestacions inclouran, per a fer efectiu el seu dret a l'explotació del servici objecte del contracte, una retribució fixada en funció de la seua utilització que es percebrà directament dels usuaris o de la mateixa Administració.

Així, en l'Informe 1/2010, de 26 d'octubre, amb motiu d'una consulta d'un altre Ajuntament sobre una contractació anàloga a la present, esta Junta arribava a la conclusió que quan “la retribució del contractista prové del mateix ajuntament i, encara que provinguera de tercers, no és procedent de l'explotació del servici a compte i risc del contractista, sinó de la prestació del servici a canvi d'un preu cert ..., la figura del contractista, lluny d'assimilar-se al concessionari, s'assimila al que en termes de la Directiva 2004/18 i la pròpia LCSP es denomina ‘prestador de servicis’. La inexistència, per tant, de risc, encara que fora al principi limitat per la configuració jurídic pública del servici, porta per si sola a la conclusió que estem davant de contractes de servicis”.

En Informe 2/2010, de 31 de gener de 2011, esta Junta recorda que en este tipus de contractes, “com en tot contracte oneros, ha de fixar-se un preu, preu que no és ni més ni menys que la remuneració al contractista per la prestació del servici i, si és el cas, per les inversions que siguen necessàries per a això. Així l'article 257 de la Llei de Contractes del Sector Públic (LCSP) determina que el contractista té dret a les contraprestacions econòmiques previstes en el contracte, entre les quals s'inclourà, per a fer efectiu el seu dret a l'explotació del servici, una retribució fixada en funció de la seua utilització que es percebrà directament dels usuaris o de la mateixa Administració.

És a dir, en el contracte de concessió la Llei distingix dos possibles classes de contraprestació al concessionari del servici: una, en funció de la utilització del servici, necessària i obligatòria per ser on residix principalment el “compte i risc” de l'explotació, i una altra que, en cas d'haver-la, no estarà en funció de la dita utilització i dependrà de les prestacions previstes en el contracte que obliguen l'adjudicatari a efectuar inversions o gastos que no siguen retribuïts per les tarifes o retribucions per la utilització”.

Igualment, en l'Informe 4/2011, de 22 de novembre, en resposta a la consulta relativa a la paralització per l'Ajuntament d'Almoradí del procediment d'adjudicació del contracte per a la gestió indirecta per mitjà de concessió del servici públic de recollida, transport i eliminació de residus urbans i de neteja viària del dit municipi, ja destaquem que quan la retribució al contractista prové del propi ajuntament i no esdevé de l'explotació del servici sotmés a la incertesa de la demanda i dels preus de mercat, sinó de la prestació d'un servici públic obligatori a usuaris determinats i sense competència, i quan no existix, per tant, risc inherent a l'explotació, havíem d'afirmar sense vacil·lacions que es tracta d'un contracte de servicis en el sentit de la normativa comunitària i, com no pot ser d'una altra forma, de la pròpia LCSP.

Concretament, en este últim informe s'apreciaven, igual que ara, les circumstàncies següents: “En el cas de la neteja viària del municipi ni tan sols pot dir-se que siga un servici susceptible d'explotació econòmica per un particular, com exigix l'article 251.1 de la LCSP, ja que no pot establir-se almenys una part significativa del preu en funció de la utilització del servici pels usuaris, i perquè ho foren els de recollida i tractament de residus, on sí que cal establir tarifes o preus unitaris per la seua utilització, seria necessari que els usuaris tingueren alguna alternativa als servicis prestats pel concessionari perquè realment existisca risc”.

Cal portar a col·lació també la Jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, citada en el dit Informe, on es fixen criteris per a la distinció entre contractes públics de

servicis i concessions. En particular, en la Sentència de 10 de març de 2011, dictada en l'assumpte C-274/09, s'indica:

1.- És necessari comprovar així mateix si el mode de remuneració acordat consisteix en el dret del prestador a explotar un servici i implica que este assumix el risc d'exploració del servici en qüestió. Si bé este risc pot ser certament molt limitat des del primer moment, la qualificació de concessió de servicis requerix a pesar que l'entitat adjudicadora transferisca al concessionari la totalitat o, almenys, una part significativa del risc que corre.

2.- El risc d'exploració econòmica del servici ha d'entendre's com el risc d'exposició a les incerteses del mercat que pot traduir-se en el risc d'enfrontar-se a la competència d'altres operadors, el risc d'un desajust entre l'oferta i la demanda dels servicis, el risc d'insolvència dels deutors dels preus pels servicis prestats, el risc que els ingressos no cobrisquen íntegrament els gastos d'exploració o inclús el risc de responsabilitat per un perjudici causat per una irregularitat en la prestació del servici.

3.- En canvi, riscos com els vinculats a una mala gestió o a errors d'apreciació de l'operador econòmic no són determinants als efectes de qualificar un contracte com a contracte públic o com a concessió de servicis, ja que tals riscos, en efecte, són inherents a qualsevol contracte, ja es tracte d'un contracte públic de servicis o d'una concessió de servicis.

En este sentit, cal destacar que al si de la Unió Europea es troba en tramitació la Proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, Document COM (2011) 897 final, de 20.12.2011, que definix el dret a explotar obres o servicis, previst en els punts 2, 4 i 7 de l'apartat 1, com aquell que implica la transferència al concessionari del risc operacional substancial.

Es considerarà que el concessionari assumix el risc operacional substancial quan no estiga garantit que recupere les inversions realitzades ni a cobrir els costos que haja contret per a explotar les obres o els servicis que siguen objecte de la concessió.

El risc econòmic pot ser dels tipus següents:

- a) risc relacionat amb la utilització de les obres o la demanda de prestació del servici;
- b) risc relacionat amb la disponibilitat de les infraestructures proporcionades pel concessionari o utilitzades per a la prestació de servicis als usuaris.

Teniu en compte que la Directiva 2004/18/CE, encara que no regula les concessions de servicis, sí que dóna una definició d'estes, definició que contempla la proposta de Directiva indicada: un contracte a títol oneros celebrat per escrit entre un més operadors econòmics i un o més poders o entitats adjudicadors, l'objecte del qual és la prestació de servicis diferents de les concessions d'obra pública i concessions d'obra, i la contrapartida dels dits servicis és, bé el dret a explotar els servicis objecte del contracte únicament, o este mateix dret en conjunció amb un pagament.

Noteu que la diferència entre la definició de la Directiva 18/2004/CE i la proposta és substancial, perquè mentres que la directiva parla del dret a explotar els servicis objecte del contracte únicament, o este mateix dret en conjunció amb un "preu", la Proposta parla de "pagament". Pagament que pot vindre de tercers o de la pròpia entitat contractant i directament relacionat amb la utilització (demanda) i, si és el cas, la disponibilitat.

En conseqüència, esta Junta no pot sinó reiterar el criteri que, d'acord amb la normativa comunitària i la LCSP, només és possible la concessió de servicis compresos en l'annex II de la LCSP quan estos siguen susceptibles d'exploració econòmica per particulars al seu compte i risc, la seua contraprestació siga precisament el dret a eixa exploració i la seua retribució per a fer efectiva dita dreta depenga, almenys d'una forma significativa, de la utilització del servici per una pluralitat d'usuaris. No sembla que els servicis de neteja viària (compresos en la divisió 90600000-3 del CPV) puguin ajustar-se de cap manera a tals

requisits i els d'arreglega, transport o tractament i eliminació o valorització de residus sí que podrien, però en condicions diferents de les plantejades per l'Ajuntament en la contractació objecte de consulta.

Per tant, en este punt, hem de concloure que la contractació objecte de la consulta de l'Ajuntament d'Ibi, tal com està plantejada, correspon a un contracte de servicis dels definits en l'article 10 de la LCSP que, per la seua quantia i per estar comprés en la categoria 16 de l'annex II de la LCSP, es troba subjecte a regulació harmonitzada d'acord amb el que disposa l'article 16 de la mateixa Llei. En conseqüència, la seua duració màxima, incloses les pròrrogues, no hauria d'excedir 6 anys i, així mateix, seria necessari acreditar la classificació com a empresa contractista de servicis per a poder optar a la seua adjudicació, segons el que disposa l'article 46 del Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, i de conformitat amb el que estableix l'article 54 de la LCSP (actualment article 65 del seu text refós, aprovat per Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre).

Inexistència de normes reguladores del servici i d'avantprojecte d'explotació o d'estudi econòmic previs a la licitació.

Entre la documentació facilitada per l'Ajuntament consultant no es troba, ni consta cap referència en els plecs, a l'elaboració i aprovació prèvia per l'Ajuntament de les corresponents normes reguladores del règim jurídic i de l'avantprojecte, projecte o estudi econòmic d'explotació del servici públic la gestió indirecta dels quals es vol contractar per mitjà de concessió, a la qual cosa obliguen els articles 116 i 117 de la LCSP i l'article 183.1 de l'encara vigent Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques. Este últim disposa que els projectes d'explotació de servicis públics comprendran un estudi economicoadministratiu del servici, del seu règim d'utilització i de les particularitats tècniques que resulten necessàries per a la seua definició, que harà d'incorporar-se per l'òrgan de contractació a l'expedient de contractació abans de l'aprovació d'este últim.

Pel que fa a les normes reguladores del servici, l'article 68 del Plec de condicions tècniques remés per l'Ajuntament, sorprenentment, estableix que seran els licitadors els que hauran d'incloure en les seues propostes "un projecte de reglament del servici, en què es definisquen les seues característiques, les normes de funcionament intern, els drets i deures dels usuaris i dels operaris del servici, la referència als distints servicis, el règim disciplinari i els procediments de queixa, reclamacions i suggeriments dels usuaris". Això no s'ajusta al que disposa l'article 67.4 del Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, apartat a), on s'estableix que, en els contractes de gestió de servicis públics, el PCAP deu, a més de contindre el règim jurídic bàsic del servici públic, expressar els reglaments reguladors del servici i dels aspectes jurídics, econòmics i administratius.

Quant als aspectes econòmics de l'explotació, encara que no es determinen tarifes per la prestació dels servicis, sinó preus globals màxims, el PCAP exigix igualment que siguen els licitadors en la seua proposició els que presenten una descomposició dels costos i la justificació de tots els preus "per mitjà del corresponent estudi econòmic, en què es recullen els mitjans assignats a cada un dels treballs, tant per a la proposta indicada en este Plec, com per als possibles millores, ...".

Sobre esta qüestió, esta Junta ja va tindre ocasió de pronunciar-se en l'Informe 11/2004, de 29 de novembre, sol·licitat per l'Ajuntament d'Oliva amb motiu d'un contracte per a la concessió del Servici de Control d'Estacionament Limitat de Vehicles en la via pública

(ORA). Entre altres qüestions, en el dit Informe s'advertia "que és reiterada la Jurisprudència del Tribunal Suprem que declara nul·les de ple dret les licitacions de gestió de servicis públics que no acompanyen el projecte o avantprojecte d'exploració del servici, recaient esta obligació sobre el licitador", i es portava a col·locació la interlocutòria del Tribunal Suprem de 19 de juny de 2003 ratificant la sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana 90/2001 de 27 de gener del 2001 que declara la nul·litat de ple dret d'un contracte de gestió de servicis públics per haver infringit l'article 159.1 de la Llei 13/95, de 18 de maig, de Contractes de les Administracions Públiques, a l'haver-se omés el preceptiu tràmit previ d'aprovació de l'avantprojecte d'exploració, així com ambdós sentències del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, de 5 de juny de 2002, i del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, de 30 de juny de 1999.

Així mateix en l'Informe 2/2010, de 31 de gener de 2011, anteriorment esmentat, esta Junta determina que en estos contractes, com en qualsevol altre contracte concessional (concessió d'obres públiques), la retribució al contractista i en conseqüència el preu del contracte ha de fixar-ho l'administració basant-se en l'avantprojecte d'exploració que obligatòriament ha d'acompanyar a la licitació si el contracte comprén l'execució d'obres, o basant-se en l'estudi econòmic per a la determinació de les tarifes que hauran d'abonar els usuaris quan el contracte no compregua l'execució d'obres i esta siga l'única forma de retribució al contractista. Així l'article 183 del Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques citat, en relació amb l'article 117 de la LCSP, estableix que "A excepció dels supòsits a què fa referència l'article 158.2 de la Llei els projectes d'exploració hauran de referir-se a servicis públics susceptibles de ser organitzats amb unitat i independència funcional. Comprèdran un estudi economicoadministratiu del servici, del seu règim d'utilització i de les particularitats tècniques que resulten necessàries per a la seua definició, que haurà d'incorporar-se per l'òrgan de contractació a l'expedient de contractació abans de l'aprovació d'este últim.

Per això, esta Junta entén que en el cas sotmés a consulta s'incomplixen les normes abans citades amb la conseqüència que, a més, des del punt de vista econòmic, la inexistència d'un pressupost o avantprojecte d'exploració del servici previ a la licitació fa impossible valorar amb suficients elements de juí i fonamentadament qualsevol ofertes presentades. No es tracta només de comparar els costos que cada empresa es compromet a suportar en condicions només parcialment determinades, sinó les seues respectives ofertes o propostes davant d'una estructura completa i prèviament definida d'ingressos i gastos vinculats a l'exploració del servici, els segons a partir d'uns mínims o estàndards de qualitat del servici establits per l'Ajuntament, i els ingressos tenint en compte tots els que poden obtindre's de l'exploració del servici. En l'exploració d'un servici de recollida de residus, màximament si s'ha implantat un sistema de recollida selectiva, els ingressos del concessionari o, per dir-ho d'una altra forma, la seua retribució, no sols consistix en els imports pagats per l'Ajuntament, sinó també en els rendiments o ingressos que poden obtindre's de la venda dels dits residus per al seu reciclatge o valoració per les entitats que es dediquen a això. I res d'això es diu en el plec, ni s'estableix cap cànon o retorn a l'Ajuntament en concepte de participació en els dits ingressos i es desconeix si tal circumstància ha sigut tinguda en compte d'alguna manera en la fixació del preu o pressupost màxim que ha de pagar l'Ajuntament, una part significativa del qual hauria d'estar en funció de la utilització del servici perquè siga possible utilitzar la figura contractual de la concessió.

Els plecs que regixen la licitació mesclen disposicions que són pròpies dels contractes públics de servicis, com són preus globals i fixos per prestacions determinades contractades per l'Ajuntament per al municipi com si fóra un únic usuari o beneficiari d'estes (en el cas de la neteja viària ho és realment al tractar-se de vials i espais públics), amb altres que són pròpies d'un contracte de gestió de servicis públics com les establides

en la clàusula 23.1 del PCAP, on la primera obligació de l'adjudicatari que s'establix és "prestar el servici amb la continuïtat convinguda i garantir als particulars el dret a utilitzar-ho en les condicions que hagen sigut establides i per mitjà de l'abonament, si és el cas, de la contraprestació econòmica compresa en les tarifes aprovades". A quines tarifes es referix? En quines condicions poden els particulars utilitzar el servici de neteja viària o el de recollida de residus?

Igualment, s'establixen en el plec de condicions tècniques prescripcions de caràcter econòmic que no tenen reflectisc en el PCAP, com són l'obligació de l'adjudicatari d'ingressar a favor de l'Ajuntament la quantitat de 194.886,03 euros per al seu posterior abonament "a l'anterior concessionari", en concepte de valor residual d'una maquinària o material que figura en un annex IX del plec tècnic que no ha sigut remés i a l'adquisició del qual queda obligat l'adjudicatari segons s'establix en l'article 65 del dit plec. També s'establixen en este article terminis d'amortització contradictoris de que ha de sotmetre's el "material nou que haja d'incorporar-se inicialment" (sembla referir-se sobretot a vehicles) indicant que "s'amortitzarà a 12,5 o 8 anys (depenent del servici)". En qualsevol cas els terminis establits són arbitraris tant l'un com l'altre, no s'ajusten als que són comuns en comptabilitat i només tindria sentit establir-los si s'haguera elaborat un projecte d'exploració en què s'hagueren determinat les inversions en nous béns d'equip i maquinària necessàries per a la prestació dels servicis durant el termini de la concessió i a les quals l'adjudicatari quedara obligat.

Indeterminacions en el sistema de revisió de preus basant-se en el IPC. Utilització inadequada de paràmetres de la revisió de preus com a criteri d'adjudicació.

Pel que fa a la revisió de preus, si bé es determina la fórmula de revisió dels preus globals (amb errors), s'exigix que siguen els licitadors els que proposen i justifiquen en les seues ofertes dos coeficients (denominats A i B) necessaris per a l'aplicació de la dita fórmula, la qual cosa la deixa indeterminada incomplint el que disposen els articles 77.3 i 78.2, a més que qualsevol que siguen els valors dels dits coeficients el sistema previst incomplirà el que disposen els articles 78.3, ja que utilitza com a referència el IPC de manera que pot superar el 100% d'este índex, o el 79.1 de la LCSP, ja que el sistema no té en compte el que disposa este precepte.

Si bé és cert que l'article 134.1 de la LCSP permet que un dels criteris de valoració de les ofertes siga "la fórmula utilitzable per a revisar les retribucions lligades... a la prestació del servici" que els licitadors incloguen en les seues proposicions, també ho és que el dit criteri es permet sempre que s'establisca per a contribuir a determinar l'oferta més avantatjosa econòmicament, la qual cosa no es complix en el cas del PCAP que regix la contractació de l'Ajuntament d'Ibi. Este plec establix ja la fórmula i un coeficient de revisió basat en el IPC, de manera que una part del preu (coeficient B) es revisa directament en proporció al IPC i l'altra (coeficient A) en proporció al IPC més la seua diferència amb el creixement del cost de la mà d'obra, deixant com un criteri de valoració de les ofertes la "claredat i coherència" en la determinació de les dites parts A i B pels licitadors (apartat F.3 del quadro annex del PCAP). Este criteri d'adjudicació incomplix el que disposa l'article 134.1 de la LCSP ja que tals claredat i coherència, i tals coeficients, no determinen cap avantatge econòmic ni guarden en realitat relació amb l'objecte del contracte.

Inexistència de criteris de selecció dels licitadors en funció de la solvència econòmica i indeterminació de part dels de solvència tècnica i de requisits d'aptitud.

Amb una rellevància menor, cal advertir que el Plec PCAP no estableix requisits mínims de solvència econòmica i financera per a la selecció dels licitadors, tal com exigix l'article 51 de la LCSP. L'apartat E del quadro annex al PCAP es limita a requerir una declaració del volum global de negocis en l'àmbit de l'activitat objecte del contracte referit als tres últims exercicis, sense establir cap mínim ni complementar esta declaració amb algun altre dels mitjans que estableix l'article 64 de la LCSP. Encara que en l'apartat corresponent a la solvència tècnica es corregix esta deficiència a l'exigir una experiència mínima anual de 1.500.000 euros en l'execució de servicis de neteja viària i arrega de residus urbans, vista la dimensió i la quantia de la contractació era en este apartat on haguera resultat apropiat exigir, bé el assegurança de responsabilitat civil que s'exigix al contractista en la clàusula 24 del PCAP o bé l'acreditació d'un mínim patrimoni net per mitjà de la presentació de les últimes comptes anuals dels licitadors.

No obstant això, pitjors conseqüències es deriven de l'absència de cap requisit mínim en l'apartat b) dels mitjans per a acreditar la solvència tècnica. El PCAP es limita a exigir que s'aporte una "declaració indicant la maquinària, material i equip tècnic per a este contracte de què disposarà [cada licitador] per a l'execució dels treballs o prestacions", sense establir mínims de cap tipus tal com es requerix en el ja esmentat article 51 del LCSP, ni tindre en compte que com hem vist anteriorment el plec de condicions tècniques exigix, per la seua banda, que l'adjudicatari adquireisca els equips que figuren en un annex IX que desconeixem. I diem que té pitjors conseqüències esta circumstància perquè, com veurem més avant, la maquinària i equips que disposaran els licitadors són tractats, per a l'adjudicació del contracte, com un criteri de valoració de les ofertes, la qual cosa incomplix el que disposa l'article 134.1 del LCSP, més encara que no s'han establert condicions mínimes de solvència tècnica en este apartat.

Igualment, no s'ha tingut en compte en el PCAP una de les novetats que va introduir la Llei de Contractes del Sector Públic al determinar els requisits d'aptitud per a contractar que han de reunir les empreses i que afecta en este cas a la licitació del servici de recollida de residus urbans. L'article 43 de la LCSP, a més de disposar que les empreses que desitgen contractar amb el sector públic han d'acreditar la seua plena capacitat d'obrar, el no estar incurses en causes de prohibició de contractar i la seua solvència econòmica, financera i tècnica o professional, estableix en el seu apartat 2 que les empreses "hauran de comptar, així mateix, amb l'habilitació empresarial o professional que, si és el cas, siga exigible per a la realització de l'activitat o prestació que constituïska l'objecte del contracte". En el cas que ens ocupa, les empreses que presten el servici de recollida de residus han d'acreditar la dita habilitació empresarial per mitjà de la seua inscripció en el Registre general de Gestors Autoritzats per a les operacions de recollida, transport i emmagatzematge de residus no perillosos, dependent de l'Administració competent en matèria de medi ambient.

Criteris d'adjudicació no conformes a dret: Les millores sense determinar sobre quins elements poden presentar-se

L'apartat F del quadro annex del PCAP del contracte objecte de la consulta estableix com a segon criteri de valoració de les ofertes per orde d'importància les "Millores relacionades amb els servicis del contracte no previstes en el plec tècnic, valorades econòmicament i sense cap cost per a l'Ajuntament, així com qualsevol altra oferta relativa les condicions del present contracte, i que constituïska una millora econòmica per a l'Ajuntament", sense que s'especifique sobre quins elements o característiques podran efectuar-se ni la seua ponderació, indicant simplement que hauran de quantificar-se econòmicament i que es

valoraran en funció d'eixa quantificació donant-li la màxima puntuació (25 punts) a la millor oferta.

Això contravé el que disposa l'article 131 i 134 de la LCSP fonamentant per si sol la nul·litat de qualsevol adjudicació que es recolze en la valoració de les millores. L'article 131 de la LCSP estableix que podran prendre's en consideració les millores que oferisquen els licitadors, sempre que el plec de clàusules administratives particulars haja previst expressament tal possibilitat i s'indique en l'anunci de licitació, però exigint alhora que es faça "precisant sobre quins elements i en quines condicions queda autoritzada la seua presentació". És a dir, no és prou una remissió genèrica a tot l'objecte del contracte ni cal considerar com a millora "qualsevol altra oferta... que constituïska una millora econòmica...", sinó que la introducció de millores com a criteri d'adjudicació exigix tant la seua relació directa amb l'objecte del contracte i una adequada motivació, com la seua prèvia delimitació i ponderació en els plecs.

La Junta Consultiva de Contractació de l'Administració General de l'Estat, en el seu Informe 59/2009, va concloure que, sent legalment admissible la presentació de millores, perquè estes puguen ser valorades a fi de determinar quina és l'oferta més avantatjosa, deuen "tals millores figurar detallades en el plec de clàusules administratives particulars amb expressió dels seus requisits, límits, modalitats i característiques que permeten identificar-les prou, i guardar relació directa amb l'objecte del contracte".

En el mateix sentit es pronuncien, entre altres, les resolucions 302/2011 i 318/2011, ambdós de 14 de desembre; 5/2012, de 5 de gener de 2012, i 16/2012, de 13 de gener, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en què declara la nul·litat de determinades licitacions per falta de definició en els plecs de les millores que poden presentar els licitadors. En la resolució 318/2011, per exemple, el Tribunal advertix que en el cas a què es referix no existix més que una previsió genèrica de què es poden presentar millores en el quadro resum i la seua menció en els criteris a valorar i assenjala: "Doncs bé, hauria d'existir una previsió concreta en ocasió dels criteris de valoració de quines millores es poden presentar i com es valoraran... Esta falta de previsió suposa una evident vulneració de les normes aplicables a la contractació com hem tingut ocasió d'assenyalar de vegades anteriors".

Finalment, hem d'advertir que l'absència de determinació de les millores i d'una ponderació d'estes en funció del seu valor, unit la fórmula utilitzada en el PCAP per a la seua valoració i el seu pes específic (25 punts, quasi tant com l'oferta econòmica a la totalitat del contracte, que puntua només 30), fa que el dit criteri no sols pot no contribuir a determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa, sinó que pot tindre inclús efectes perversos en el sentit de facilitar que una oferta pitjor que altres, i inclús la pitjor de totes, pugua obtindre la major puntuació en este apartat i guanyar la licitació. A part que ja és discutible que les millores hagen de valorar-se en funció del valor econòmic que li atribuïsqen els mateixos licitadors, la fórmula empleada en el PCAP, que atorga la màxima puntuació (25 punts) a la millor oferta de millores, independentment del seu valor real de mercat o del seu interès per a l'Ajuntament, permet efectes antieconòmics que com hem dit allunyen el dit criteri de la seua finalitat que és la de contribuir a determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa, la qual cosa incomplix el que disposa l'article 134 de la LCSP.

Incompliment de les normes aplicables per a la valoració de criteris que depenen d'un juí de valor

El PCAP que regix la contractació objecte de la consulta inclou diversos criteris d'adjudicació que depenen d'un juí de valor i pels quals pot atorgar-se fins a un 45% de la

puntuació màxima obtenible en la valoració de les ofertes. Encara que inicialment el PCAP estableix, en la seua clàusula 8.2, que els licitadors hauran de presentar les seues ofertes en tres sobres tancats (denominats A, B i C), de manera que en el sobre B figura la documentació tècnica relativa als criteris que depenen d'un juí de valor, al mateix temps i en la mateixa clàusula (apartat 8.2.4), s'establia que junt amb esta documentació i en el mateix sobre B s'inclouria el "detall de l'oferta econòmica... i en què es justifiquen degudament els preus unitaris dels diferents treballs, així com els preus anuals dels conceptes bàsics de recollida de fems, i neteja viària per al projecte o projectes d'organització del servici proposat".

Amb això, el PCAP contravenia i incomplia clarament el que disposa l'article 26 del Reial Decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desenrotlla parcialment la LCSP, que disposa literalment el següent: "La documentació relativa als criteris la ponderació de la qual depenga d'un juí de valor ha de presentar-se, en tot cas, en sobre independent de la resta de la proposició a fi d'evitar el coneixement d'esta última abans que s'haja efectuat la valoració d'aquells".

Encara que l'Ajuntament va intentar corregir la dita circumstància i altres errors segons consta en la certificació de l'acord de la Junta de Govern Local de 25 de març de 2011, la veritat és que ho va fer de manera que si més no va haver d'induir a confusió als licitadors, si és que va arribar a corregir-se efectivament i a temps en el PCAP facilitat als licitadors (el remés a esta Junta no incorpora la correcció), ja que, en compte d'eliminar de la clàusula 8.2.4 del PCAP l'exigència que s'incloguera en el sobre B el detall de l'oferta econòmica junt amb la documentació relativa a criteris que depenen d'un juí de valor, allò que es va fer va ser exigir que tota la documentació de la clàusula 8.2.4, inclosa la relativa als dits criteris, s'incloguera en el sobre C, quan este havia d'haver estat reservat exclusivament a l'oferta econòmica i a les millores valorades. És a dir, com a conseqüència de la correcció d'errors esmentada, el Projecte de Prestació del Servici, el Material i les Instal·lacions passaven a exigir-se tant en el sobre B com en el sobre C, i en este últim havia d'anar també l'oferta econòmica però en el primer havia d'incloure's la justificació dels coeficients a aplicar en la revisió de preus. No és gens estrany que un licitador es confonguera i quedara exclòs per incloure informació relativa a l'oferta econòmica en el sobre B.

En tot cas, el resultat és que, d'acord amb la documentació remesa per l'Ajuntament, l'informe de valoració emés pel tècnic municipal sobre els criteris que depenen d'un juí de valor inclosos en el sobre B va ser "acceptat" per la Mesa de contractació (encara que no sabem si això vol dir que ho va fer seu) abans d'obrir-se el sobre C, mentres que l'emés per la Universitat d'Alacant es va fer quan ja s'havien obert ambdós sobres, el B i el C, de manera que no es va evitar que es poguera tindre coneixement de l'oferta econòmica i dels aspectes relatius a criteris avaluable per mitjà de l'aplicació de fórmules, abans que foren valorats els relatius als aspectes que depenien d'un juí de valor, per la qual cosa l'adjudicació basant-se en l'informe de la Universitat d'Alacant tal com proposa ara la Mesa de contractació incompliria la finalitat del que disposa l'article 26 del Reial Decret 817/2009 abans mencionat, així com el que estableix l'últim paràgraf de l'article 134.2 de la LCSP que estableix: "L'avaluació de les ofertes d'acord amb els criteris quantificables per mitjà de la mera aplicació de fórmules es realitzarà després d'efectuar prèviament la d'aquells altres criteris en què no concórrega esta circumstància..." I l'article 22 Reial Decret 817/2009 segons el qual la Mesa de contractació ... "e) Valorarà les distintes proposicions, en els termes que preveuen els articles 134 i 135 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, classificant-les en orde decreixent de valoració, a l'efecte del qual podrà sol·licitar els informes tècnics que considere precisos de conformitat amb el que preveu l'article 144.1 de la Llei de Contractes del Sector Públic".(El subratllat és el nostre).

La qüestió, per tant, consistix en el fet que, de conformitat amb el que disposen els articles 25 i 26 del Reial Decret 817/2009 citat, la documentació relativa als criteris que depenen d'un juí de valor ha de presentar-se, en tot cas, en sobre independent de la resta de la proposició i la seua valoració s'ha d'efectuar per la mesa de contractació si n'hi ha, per si mateixa o basant-se en els informes tècnics que es consideren convenients, però sempre abans que es conega la resta de la proposició de cada licitador.

En conseqüència, els dits preceptes fan que ens plantejem dubtes sobre la legalitat del propi PCAP després de la correcció d'errors (documentació sobre criteris que depenen d'un juí de valor es requereixen en el sobre B i també en el C) i, en tot cas, el seu compliment impediria donar validesa a l'últim acord de la Mesa de contractació de data 2 de febrer de 2012, pel qual esta acorda revocar el seu acord de 10 de juny de 2011 i rebutjar en este la valoració dels criteris del sobre B continguda en l'informe emés al seu dia per l'enginyer tècnic municipal, proposant ara l'adjudicació del contracte basant-se en l'informe de la Universitat d'Alacant, ja que quan este es va emetre ambdós sobres havien sigut oberts i les ofertes econòmiques eren conegudes.

Inclusió de criteris de solvència tècnica com a criteris d'adjudicació

El PCAP, en el punt 4 de l'apartat F del quadro annex, estableix com a criteri d'adjudicació del contracte "La maquinària, material mòbil i la resta d'equips oferits" pels licitadors, atorgant-li a este apartat una puntuació màxima de 15 punts. I al punt 5 s'afeg un altre criteri d'adjudicació més, en este cas valorat amb 10 punts, referit a les "instal·lacions fixes i infraestructures oferides". Tots estos mitjans són condicions d'aptitud o de capacitat tècnica dels licitadors i al mateix temps, com ja hem indicat en una altra part d'este informe, el PCAP no estableix cap requisit mínim de maquinària, instal·lacions o béns d'equip entre els requisits de solvència tècnica exigits per a participar en la licitació, tal com estableix l'article 51 de la LCSP i es preveu en l'article 67.

El Tribunal de Justícia de la CE (actualment de la UE) es va pronunciar ja en el seu Sentència de 20 de setembre de 1988, recaiguda en l'assumpte Gebroeders Beentjes-Países Bajos, en què, de conformitat amb la normativa comunitària ja vigent en aquells moment i hui consolidada, afirmava que "la verificació de l'aptitud dels contractistes per a executar les obres que s'han d'adjudicar i l'adjudicació del contracte són dos operacions diferents en el context de la subscripció d'un contracte públic" i que "la verificació de l'aptitud dels contractistes siga efectuada pels poders adjudicadors d'acord amb els criteris de capacitat econòmica, financera i tècnica" mentres que "Pel que fa als criteris d'adjudicació del contracte... els poders adjudicadors es basaran, o bé únicament en el preu més baix, o bé, en el cas en què l'adjudicació s'efectue a l'oferta més avantatjosa econòmicament, en distints criteris que poden variar segons el contracte, per exemple: el preu, el termini d'execució, el cost d'utilització, la rendibilitat, el valor tècnic.

Esta tònica ha sigut seguida per l'esmentat Tribunal en Sentències posteriors; així, la Sentència de 24 de gener de 2008, Lianakis i altres, Assumpte C-532/06, i de 12 de novembre de 2009 contra la República Hel·lènica, Assumpte C-199/07.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en els seus informes 44/1998 i 59/2004 es va pronunciar també sobre el tema destacant l'exigència legal de separar criteris d'aptitud i criteris d'adjudicació del contracte i determinant en el segon dels dits informes en quines condicions podrien els primers ser tinguts en compte en la fase d'adjudicació. Així, en l'Informe 59/2004, la Junta destaca que "la verificació de l'aptitud dels licitadors i l'adjudicació dels contractes són dos fases diferents, regides per normes també diferents havent d'utilitzar-se en la primera un o més dels criteris de selecció qualitativa enumerats en les directives i en la segona criteris objectius, atés que l'enumeració

de les directives no és exhaustiva i sempre que no atribuïsquen als poders adjudicadors una llibertat incondicional de selecció”, però admet també que “utilitzar com a criteri d’adjudicació un nombre més gran d’elements personals o materials que els exigits en el plec com a elements d’aptitud i solvència, no contradiu les directives comunitàries ni la interpretació d’estes realitzada pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, fonamentalment en el seu Sentència de 20 de setembre de 1988 (Assumptes C-31/87 Beentjes)”.

D’altra banda, cal assenyalar que els criteris de valoració de les ofertes no sols no han de confondre’s amb els requisits de solvència que són exigibles per a participar en la licitació, sinó que han d’estar directament vinculats a l’objecte del contracte i servir per a determinar l’oferta econòmicament més avantatjosa. En el cas que ens ocupa la puntuació a atorgar per maquinària i equips oferits es descompon en tres apartats (valor econòmic, grau d’evolució –característiques mediambientals- i justificació dels mitjans proposats), dels quals només el segon s’ajustaria al que disposa l’article 134.1 de la LCSP, encara que per a això la seua ponderació hauria d’estar expressada basant-se en paràmetres objectius com podria ser un nivell d’emissions de CO2 o de contaminació acústica més baix que els màxims autoritzats o que els exigits si és el cas en el plec de condicions tècniques. Però el valor econòmic de la maquinària no està directament vinculat a l’objecte del contracte ni és indicador de cap d’avantatge, i tant esta com la justificació dels mitjans proposats i la seua adaptació als treballs a realitzar són criteris que havien d’haver sigut requisits d’aptitud o solvència tècnica. I el mateix pot dir-se de les instal·lacions fixes, en què es valoren aspectes com la seua situació, sense que se sàpia què és el preferible ja que el plec de condicions (art. 67) ja exigix que l’adjudicatari ha de comptar amb unes oficines en el nucli urbà d’Ibì i una nau en el seu terme municipal. En este ultime apartat, el de les instal·lacions fixes, es valora també la presentació d’un “pla de manteniment de les instal·lacions”, que no pareix que tinga relació directa amb l’objecte del contracte i que inclús no concorda amb allò que s’ha exigít en l’article 67 del plec de condicions tècniques on, pel que fa a instal·lacions fixes, la qual cosa s’assenyala és que “dins del programa de funcionament de tallers hauran de presentar els licitadors un pla de manteniment de tots els vehicles...”

CONCLUSIONS

PRIMERA.- De tot el que s’ha dit anteriorment, ha de concloure’s que la present contractació de la neteja viària i la recollida de residus urbans, tal com figura en els plecs de clàusules administratives i de condicions tècniques, ha de regir-se per les disposicions aplicables als contractes de servicis, tenint en compte, a més, que el contracte es troba subjecte a regulació harmonitzada i la seua duració, incloses les pròrrogues, no pot excedir els sis anys. No ha de confondre’s l’obligació de prestar un servici públic amb el tipus de contracte que s’aplique, qüestió esta que ha sigut molt freqüent però que no tenia lloc en les directives comunitàries i tampoc ho té ja en la Llei de Contractes del Sector Públic.

SEGONA.- El servici de neteja viària, definit en el plec de condicions tècniques remés, i en general qualsevol servici de neteja de vials o espais de domini públic o de titularitat d’una administració pública, no pot considerar-se susceptible d’explotació per particulars, a compte i risc que resulte adjudicatari i de manera que se li transferisca a este el risc d’explotació econòmica en el sentit expressat per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i recollit en la Llei de Contractes del Sector Públic.

TERCERA.- En el cas que l’Ajuntament optara per la gestió indirecta de la recollida de residus urbans, la contractació de la gestió del dit servici públic ha d’anar precedida, amb caràcter necessari per Llei, de l’elaboració del corresponent règim jurídic bàsic del servici i del projecte, avantprojecte o estudi econòmic de l’explotació.

QUARTA.- Han d'establir-se en el plec de clàusules administratives particulars els requisits d'aptitud per a participar en la licitació i les condicions mínimes de solvència econòmica i financera i tècnica o professional que siguen adequades a l'objecte del contracte i proporcionals a la seua dimensió o quantia, o si és el cas la classificació que resulte exigible, sent possible exigir addicionalment als candidats o licitadors, fent-ho constar en els plecs, que a més d'acreditar la seua solvència o, si és el cas, classificació, es comprometen a dedicar o adscriure a l'execució del contracte els mitjans personals o materials suficients per a això. Estos compromisos s'integraran en el contracte, podent els plecs o el document contractual atribuir-los el caràcter d'obligacions essencials als efectes previstos de possible resolució de contracte o establir penalitats, però sempre com un plus als requisits de solvència o classificació, mai com a criteris d'adjudicació.

QUINTA.- Els criteris de valoració de les ofertes, a més d'estar directament vinculats a l'objecte del contracte, han de servir obligatòriament per a determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa d'entre les presentades i, en conseqüència, també la seua respectiva ponderació o valoració individual ha de guardar relació i proporció amb el valor real o l'avantatge econòmic que aporten els elements que es valoren en cada un d'ells. En el cas de les millores o variants que puguen presentar els licitadors, a més de complir els requisits anteriors, ha d'especificar-se en el plec i en l'anunci de licitació sobre quins elements i en quines condicions queda autoritzada la seua presentació.

SEXTA.- Quan s'establisquen criteris de valoració de les ofertes que depenguen de juí de valor, la documentació relativa als dits criteris ha de presentar-se en sobre independent de la resta de la proposició i evitar-se el coneixement d'esta última abans que s'haja efectuat la valoració d'aquells, no sent per tant d'acord amb dret la seua valoració una vegada coneguda l'oferta econòmica o la documentació relativa als altres criteris que no depenen d'un juí de valor.

SÈPTIMA. Les condicions de solvència no poden utilitzar-se com a criteris de valoració de les ofertes, sinó com a criteris de selecció dels licitadors, fixant en els plecs les condicions mínimes requerides per al contracte en els termes establits en l'article 51 i següents de la Llei de Contractes del Sector Públic (actualment article 62 i següents del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic). Les condicions de solvència que superen les mínimes exigides podrien valorar-se en la fase d'adjudicació sempre que la dita circumstància complisca la finalitat i requisits indicats en l'article 134 de la Llei de Contractes del Sector Públic (actualment 150 del Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic).

El present informe s'emeta a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Vist i plau
EL PRESIDENT DE LA JUNTA

Margarita Vento Torres

José Manuel Vela Bargues

*APROVAT PER LA JUNTA
SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA, en data 9 de maig de
2012.*