

**Recurso nº 116/2018**

**Resolución nº 106/2018**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 21 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por P.P.S. actuando en nombre y representación de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión integral de la planta de clasificación de envases ligeros, expediente 0002/2018 de la Sociedad Gallega de Medio Ambiente S.A., este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por la Sociedad Gallega de Medio Ambiente S.A. (SOGAMA en adelante) se convocó la licitación del contrato de gestión integral de la planta de clasificación de envases ligeros con un valor estimado declarado de 17.227.400,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia y en el DOUE el día 23.02.2018; en el BOE del día 27.02.2018 y en el DOGA del 01.03.2018.

**Segundo.-** Según el expediente de la licitación, la preparación y adjudicación estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,

aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante), siendo SOGAMA su poder adjudicador.

**Tercero.-** El recurrente impugna el acuerdo de fecha 26.09.2018 por el que se adjudica el contrato a la UTE CESPA COMPAÑÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES S.A. & INTACTA GESTIÓN AMBIENTAL S.L. (UTE CESPA & INTACTA en adelante)

**Cuarto.-** El 06.11.2018 VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES S.A. (VALORIZA en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

**Quinto.-** Con fecha 07.11.2018 se reclamó a SOGAMA el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 09.11.2018.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 09.11.2018, presentándose alegaciones por la UTE CESPA & INTACTA.

**Séptimo.-** Este TACGal en sesión celebrada el día 12.11.2018 acordó mantener la suspensión del procedimiento de licitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en el que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia

contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Tercero.-** El recurrente fue el segundo clasificado en el procedimiento de licitación, por lo que la posible estimación del recurso le reportaría un indudable beneficio en su esfera jurídica.

**Cuarto.-** La notificación de la resolución de adjudicación fue notificada el día 16.10.2018, por lo que el recurso fue interpuesto dentro de plazo.

**Quinto.-** Al tratarse de la adjudicación de un contrato de servicios de un valor estimado superior a los 100.000 euros, el recurso es admisible.

**Sexto.-** El recurrente fundamenta su impugnación en que el acuerdo de adjudicación vulnera varios principios esenciales de la contratación pública. De manera concreta, señala que existen incongruencias entre la oferta presentada por el adjudicatario y la justificación de su viabilidad económica y que en ese trámite de justificación se produjo una modificación de la oferta.

Además, señala que la instalación propuesta por la UTE CESPAS & INTACTA en el apartado de “especificación de situaciones eventuales” no está autorizada por lo que su uso incumpliría la legislación vigente.

**Séptimo.-** El órgano de contratación se opone a cada uno de los motivos del recurso según la argumentación que referiremos a lo largo de esta Resolución.

**Octavo.-** La adjudicataria, UTE CESPAS & INTACTA, en sus alegaciones se opone al contenido del recurso, argumentando que su oferta cumple con lo exigido en los pliegos de la licitación, que no existe modificación de la misma y que hay plena concordancia entre la oferta técnica y la documentación justificativa de la viabilidad económica.

**Noveno.-** El recurso se fundamenta en primer lugar en las incongruencias existentes entre la oferta presentada por la adjudicataria y la justificación aportada para acreditar su viabilidad económica, haciendo específica referencia a dos aspectos concretos, como son la “*sustitución de anillos de rodadura del trómel*” y el “*acondicionamiento de las prensas multiproducto*”, a los que necesariamente debemos referirnos por separado.

Antes de entrar a analizar estos aspectos del recurso, tenemos necesariamente que precisar que el recurrente no impugna el acuerdo de adjudicación con fundamento en la inviabilidad económica de la oferta de la UTE CESPAS & INTACTA, sino en las posibles incongruencias existentes entre su oferta y la justificación de la misma, con la consiguiente modificación de sus términos, por lo que en base al principio de congruencia únicamente este aspecto es lo que debemos analizar en esta Resolución.

Respecto a la sustitución de los anillos, el recurrente señala que los mismos estaban incluidos en el sobre B de la adjudicataria como mejora, si bien en la justificación de la viabilidad de la oferta económica aparecen, no en el apartado de “inversiones y mejoras”, sino como “costes de mantenimiento”. Esto supone a juicio del recurrente una “modificación deliberada” de la oferta, ya que “la cuota de inversión correspondiente a las mejoras de la instalación resultaba ser un criterio de valoración, limitada a un total de 32.600 euros/mes”. Por lo tanto, entiende el recurrente que de incluirse esos costes en la justificación de la oferta en el apartado de mejoras determinaría una superación del máximo fijado en el PCAP, lo que necesariamente debe suponer la exclusión de la adjudicataria.

A este respecto, el PCAP al referirse al presupuesto de licitación señala:

*“El contrato constará de dos precios máximos de licitación, un correspondiente a la Gestión integral de las instalaciones, y otro correspondiente a la partida de inversiones. (...)”*

*El importe máximo de la cuota de Inversión correspondiente a los mejoras de la instalación solicitadas en este pliego se fija en 32.600€/mes sin IVA. Esta cuota de inversión se abonará al adjudicatario a partir del sexto mes de contrato en 24 cuotas exclusivamente.*

*El presupuesto del contrato asciende a 9.362.400,00€ sin IVA de los que 8.580.000,00€ sin IVA corresponden a la gestión integral de las instalaciones y 782.400,00€ sin IVA corresponden a las inversiones.*

*Las ofertas que superen cualquiera de los importes máximos establecidos para las anteriores partidas (fija y/o variable) serán rechazadas del proceso de contratación, de conformidad con el artículo 84 del RXCAP.”*

Por lo tanto, comprobamos que el PCAP impedía que los licitadores presentaran ofertas que superaran el presupuesto de licitación, tanto referido a la gestión integral de las instalaciones, como en el referente a las “mejoras de la instalación solicitadas

en este pliego”, cifradas en 782.400,00 euros (32.600€/mes durante 24 meses) y que aparecen señaladas en el PPT.

Estas ofertas económicas se valoraban como criterio automático dentro del apartado de evaluación económica, y así el Anexo III que recoge el modelo de proposición económica incluía los importes ofertados de “precio ofertado en €/t sin IVA de envase seleccionado” y “precio ofertado en euros/mes sin IVA correspondiente a la partida fija de inversiones y mejoras solicitados por SOGAMA”.

Por otra parte, en el apartado correspondiente a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, el PCAP establece como criterio a valorar:

*“Mejoras operativas que incrementen la recuperación de materiales reciclables o la capacidad de línea siempre garantizado las ETMRs de ECOEMBES o, en tal caso, pudiendo mejorarlas: se valorarán las mejoras propuestas por el postor y que no formen parte de las exigidas por SOGAMA en los pliegos, que de forma justificada y razonada mejoren la operativa de la instalación en condiciones normales de operación, hasta 5 puntos.”*

Por lo tanto, comprobamos que el pliego recoge dos aspectos diferentes y claramente diferenciados: las mejoras o inversiones a realizar en la planta existente, citadas expresamente en el PPT, para las que prevé un importe económico a pagar por SOGAMA y sobre el que ofertarán a la baja los licitadores en el sobre C; y otros avances, a incluir en el sobre B que “mejoren la operativa de la instalación” y que “no formen parte de las exigidas por SOGAMA”, y para las que el pliego no limita que deban tener carácter de inversión.

Analizada la oferta presentada por la adjudicataria, resulta que la “sustitución de anillos de rodadura del trómel” aparece recogida en el sobre B dentro de su oferta técnica y, por lo tanto, en el apartado referido a las otras mejoras no exigidas por SOGAMA y que, como tales, no aparecen específicamente limitadas en los pliegos a un importe en concreto.

Y como parte de su oferta económica establece el precio de 32.274 €/mes correspondiente a la partida fija de inversiones y mejoras solicitados por SOGAMA, por debajo del tipo establecido en el PCAP en 32.600 €/mes, por lo que tampoco existe incumplimiento en ese sentido.

Es cierto que, lógicamente, las mejoras ofertadas por los licitadores forman parte de los gastos incluidos en su oferta, que se financiarán con los ingresos resultantes de la licitación. De esa manera, la UTE adjudicataria en el documento justificativo de su oferta distribuye la financiación de las distintas mejoras que propone diferenciando si las mismas tienen o no la naturaleza de gastos de inversión, en función de cómo configuró su oferta, e imputándoles respectivamente los ingresos procedentes de las cuotas de inversión y de las cuotas de gestión a abonar por SOGAMA, a los concretos efectos de justificar la viabilidad de su propuesta. Pero los pliegos de la licitación no exigen que las mejoras ofertadas por los licitadores se financien, obligatoriamente y de manera independiente, con los ingresos procedentes de las cuotas de inversión, tal y como pretende el recurrente al juntar en su escrito de impugnación dos aspectos de la oferta que son independientes entre sí, y que están configurados en los pliegos de forma diferente, con la intención de argumentar la existencia de una incongruencia que no es tal.

En ese sentido, la crítica realizada a la ubicación del coste de la sustitución de los anillos en el documento de la justificación de la baja de la adjudicataria fuera del apartado referido a los gastos de inversión carece de fundamento, ya que el propio informe técnico de valoración de las ofertas técnicas de los licitadores, al rechazar precisamente la valoración de esa sustitución en concreto ofrecida por la UTE CESPA & INTACTA como mejora, señala que la misma *“a pesar de que se presenta como una mejora más bien es un mantenimiento que requiere el equipo para garantizar la disponibilidad”*, por lo que no se puede entender como incorrecto que la adjudicataria precisamente lo recoja en el epígrafe de mantenimiento en la justificación de su oferta. Y siendo así, no cabe entender que nos encontremos ante una *“modificación deliberada”* de la oferta con la finalidad de ocultar un incumplimiento de los pliegos que no se acredita ante este Tribunal.

A este respecto, el informe del órgano de contratación, tras especificar que, como ya indicamos, precisamente esos aspectos incluidos como mejoras por la UTE adjudicataria no fueron objeto de valoración al entenderse que no eran tales sino que simplemente se referían a actuaciones de mero mantenimiento de los equipos, indica además que el adjudicatario en ningún apartado de su oferta especifica que esos gastos tengan la consideración de inversiones, al contrario de lo defendido por el recurrente en su escrito.

Todo esto nos lleva a desestimar este primer motivo de recurso, al no apreciar la incongruencia y *“modificación deliberada”* de la oferta de la adjudicataria expuesta por el recurrente, sino que, al contrario, cabe concluir que en este aspecto aquí expuesto

la UTE CESPA & INTACTA ajustó su oferta a los criterios y condiciones fijados en los pliegos de la licitación.

**Décimo.-** El segundo aspecto al que se refiere el recurrente es el relativo al “*acondicionamiento de las prensas multiproducto*”, indicando que “*no se menciona ni una sola palabra*” en el documento de justificación de la viabilidad de la oferta, por lo que no consta acreditado su coste.

Sin embargo, como señala el órgano de contratación en su informe a este recurso y así comprobó este Tribunal, la UTE adjudicataria en su justificación económica incluye una partida anual de 18.212,93 €/año para el mantenimiento de la prensa multiproducto, por lo que procedería, en definitiva, la desestimación de este motivo de recurso.

Pero es que, en todo caso, el recurrente no mostraría en su escrito que esa posible falta de concreción cuestione la viabilidad de la oferta, y ni siquiera indica una cifra que permita a este Tribunal valorar su importancia. A este respecto, este Tribunal ya señaló en varias de nuestras Resoluciones que es carga del recurrente proveer de argumentos a este Tribunal en defensa de su posición.

Como recoge el Acuerdo 111/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra:

*“En primer lugar, es preciso señalar que quien hace una afirmación tiene la carga de probarla, como señala entre otros, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 19/2018 de 13 de febrero, en donde se señala que “los actos de la Administración Pública no pueden ser puestos en tela de juicio en base a meras conjeturas, sino que es preciso que, quien los discuta, aporte argumentos o principios de prueba que acrediten, siquiera sea de forma indiciaria, que el órgano de contratación ha actuado de forma no razonable o con algún grado de arbitrariedad”.*

Pues bien, siendo el vicio alegado en el recurso que en la justificación de la viabilidad de la oferta presentada por la UTE adjudicataria no se justificó uno de los costes recogidos en la oferta presentada, necesariamente el recurrente debe exponer la afectación que esa posible omisión supone sobre la viabilidad de la oferta, ya que es esta la que se pone en cuestión lo que determinaría, de entenderse la propuesta inviable, su exclusión.

**Décimo primero.-** El último argumento del recurso se fundamenta en que la oferta técnica de la adjudicataria, en el apartado referente a la *“especificación de situaciones eventuales”*, presenta un acuerdo con una empresa de gestión para el almacenaje provisional de residuos en su planta, cuando esta instalación no está autorizada para esa finalidad. Y señala el recurrente que ese aspecto fue uno de los motivos de que la adjudicataria obtuviera la mejor puntuación en ese apartado.

Lo primero que debemos indicar a este respecto es que el defecto señalado por el recurrente no determinaría la exclusión de la adjudicataria, sino que lo que sería en su caso objeto de discusión es si el órgano de contratación se excedió al valorar ese aspecto de la oferta que no debía ser objeto de puntuación. A estos efectos, recordemos que la planta en cuestión fue ofertada por la UTE adjudicataria como mejora dentro de su oferta técnica, sin que el PPT establezca ningún deber referente a la existencia de esa planta o sus características. Por lo tanto, no existiendo en ningún caso incumplimiento de lo previsto en las condiciones técnicas fijadas en los pliegos de la licitación, nos encontramos únicamente ante la decisión sobre si procede o no la evaluación de ese aspecto de las mejoras.

Pues bien, observado el resultado de la licitación resulta que la puntuación de la UTE adjudicataria fue de 89,97 puntos, obteniendo la recurrente 80,24 y quedando en segunda posición. Por lo tanto, siendo la puntuación total del apartado *“especificación de situaciones eventuales”* de un máximo de 3 puntos y obteniendo la adjudicataria 2,75 resulta que ningún beneficio puede obtener la recurrente de la estimación de este motivo de recurso, puesto que incluso así no alcanzaría la condición de adjudicatario, por lo que no procede ya entrar en su análisis y debe desestimarse este motivo de impugnación.

En todo caso, simplemente señalar que el informe del órgano de contratación recoge que la instalación está autorizada por la Xunta de Galicia para *“la actividad de almacenamiento de residuos no peligrosos de origen urbano, (...), por lo que cumple con los requisitos técnicos necesarios”*.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de gestión integral de la planta de clasificación de envases ligeros, expediente 0002/2018 de la Sociedad Gallega de Medio Ambiente S.A.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.