

Recurso nº 129/2019**Resolución nº 128/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 4 de xuño de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por APPLUS NORCONTROL, S.L.U. e EPTISA SERVICIOS DE INGENIERÍA, S.L contra a adjudicación do lote 2 do contrato de servizo para a realización do estudo da cela de seguridade do Polígono de Torneiro no Porriño (Pontevedra) e para o plan de investigación integral das zonas afectadas pola contaminación por lindano, expediente 26/2018 CA da Consellería do Medio Ambiente, Territorio e Vivenda, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola Consellería do Medio Ambiente, Territorio e Vivenda convocouse a licitación do servizo para a realización do estudo da cela de seguridade do Polígono de Torneiro no Porriño (Pontevedra) e para o plan de investigación integral das zonas afectadas pola contaminación por lindano, 2 lotes, cun valor estimado declarado de 415.620,59 euros.

Segundo.- O 13.05.2019 APPLUS NORCONTROL, S.L.U. e EPTISA SERVICIOS DE INGENIERÍA, S.L interpuxeron recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin.

Terceiro.- Recibido o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP), trasladouse o recurso aos interesados, recibíndose as alegacións da empresa GEOTECNICA Y CIMENTOS S.A.

Cuarto.- O 29.05.2019 o TACGal acordou manter o efecto suspensivo automático do artigo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- O presente recurso tramitouse conforme aos artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A UTE APPLUS NORCONTROL, SLU-EPTISA SERVICIOS DE INGENIERÍA, SL (UTE APPLUS-EPTISA en adiante) participou no procedemento de adxudicación do lote 2, quedando a súa oferta clasificada en segunda posición polo que ten lexitimación.

Cuarto.- O acordo de adxudicación foi publicado e posta a disposición a notificación o 24.04.2019, polo que o recurso foi presentado en prazo.

Quinto.- Estamos perante a impugnación dun acordo de adxudicación dun contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 euros, polo que o recurso é admisible.

Sexto.- Impugnan as recorrentes a adxudicación do lote 2 desta licitación, lote referido ao Plan de investigación integral das zonas afectadas pola contaminación por lindano.

A adxudicación recaeu en GEOTECNIA Y CIMENTOS, S.A, ao obter 74,84 puntos. As empresas recorrentes, que concorreron coma a UTE APPLUS-EPTISA, obtiveron 73,09 puntos.

As alegacións das recorrentes son: i) Defectuosa e arbitraria motivación das puntuacións outorgadas non respectando, nin fundamentándose nos criterios de valoración establecidos nos Pregos e ii) discriminación, falta de transparencia, dano irreparable á recorrente na valoración dos criterios técnicos: Erro material.

GEOTECNICA Y CIMENTOS S.A. alude a unha serie de aspectos formais do recurso presentado, como é a incorrecta cita do artigo 44.1.b) LCSP cando o impugnado é o acto de adxudicación (ubicable no artigo 44.1.c) e que no suplico se solicite “readmitir” á recorrente, cando nunca foron excluídas como tales. Non sendo incorrectas estas apreciacións, que dende logo non operan a favor da impugnante, non teñen como tales a virtualidade necesaria para impedir a análise do fondo alegado, que procedemos a estudar.

En primeiro lugar, é entón preciso facer referencia á consolidada doutrina dos Tribunais administrativos e da xurisprudencia, xa argumentada por este Tribunal en varias das súas resolucións (por todas, a Resolución TACGal 7/2018 ou 24/2019) respecto á discrecionalidade técnica do órgano de contratación, que goza dunha presunción de acerto e validez nos seus criterios técnicos, e sobre as posibilidades de revisión que lle corresponden a este Tribunal, referidas á comprobación da debida motivación dos actos, de que non existan defectos formais, que non se utilicen criterios non previstos ou arbitrarios e que non existan erros materiais na valoración.

Tamén debemos salientar que a proposta técnica da UTE recorrente foi a mellor valorada nos criterios suxeitos a xuízo de valor, nos que obtivo 41,50 puntos, cunha diferenza moi considerable respecto á finalmente adxudicataria, que neste apartado técnico obtivo 26,09 puntos.

O seguinte que observamos desta licitación son uns pregos onde están desenvolvidos os criterios de avaliación no apartado 10 PCAP. A maiores, no sobre B tales pregos esixían unha *“Memoria na que se describa a metodoloxía proposta para a execución do contrato e planificación dos traballos a realizar. Xunto con esta memoria achegarase un diagrama de Gantt mediante o que se presentará o programa de execución dos traballos, indicando o tempo previsto para cada tarefa e os medios*

asignados a cada unha delas. Incluirase unha descrición da organización de cada actuación a realizar para a execución do contrato.”

O recurso primeiramente critica determinadas frases do informe de avaliación dentro do apartado referido ao *“Rigor e detalle da explicación da metodoloxía a seguir para a análise e valoración dos traballos a realizar: ata 30 puntos”*. Debemos aquí poñer de manifesto que neste punto a oferta da recorrente foi amplamente a mellor valorada, e que non se traslada que non se aplicaran os criterios por igual, mediante unha comparación co sucedido con outra oferta.

Pois ben, do que se nos explica no informe do órgano de contratación e do expediente non podemos observar erro nin arbitrariedade. Así este informe lembra que no tocante á descrición do modelo conceptual o informe de valoración xa recollía que *“porén queda claro o alcance e descrición desta etapa.”*, polo que isto non supuxo unha penalización na puntuación outorgada, fronte ao que alude o recurso.

Agora ben, no resto das consideración criticadas dese aportada, si que se reafirma no observado no informe de avaliación, sen que, como dixemos, poidamos apreciar afastamento do que é propio da discrecionalidade técnica, ao explicarse:

“A) EN RELACIÓN AO ESTUDO HIDROXEOLÓXICO

O recorrente alega que o ámbito para o estudo hidroxeolóxico se corresponde con ámbito de estudo definido para toda a investigación.

No prego indícase que “Elaborarase un estudo hidroxeolóxico nas zonas a caracterizar para determinar o comportamento das augas subterráneas”. Entendéndose que o ámbito de estudo para toda a investigación resulta moi amplo para a obtención de resultados detallados dun estudo hidroxeolóxico, este limitábase só as zonas resultantes da delimitación e categorización de posibles zonas afectadas e /ou zonas sensibles que son as zonas a caracterizar coa investigación de solos e augas subterráneas.

No apartado 7. Entregas e presentación de traballos do prego de prescricións técnicas detállase que se presentará “Unha capa co resultado da modelización hidroxeolóxica”. O recorrente na súa oferta indica “toda la información recopilada se recogerá en un plano que permita relacionar geología e hidrogeología en la zona”, non quedando suficientemente claro se presentaría a modelización hidroxeolóxica como dato de saída do estudo hidroxeolóxico.

B) EN RELACIÓN CO SOFTWARE

No apartado 7. Entregas e presentación de traballos do prego de prescricións técnicas detállase que se presentará “Unha capa co resultado da modelización hidroxolóxica”, o cal require software específico que non se pode considerar software habitual tipo ofimática. Porén, a non indicación do software a empregar, por si soa non implica unha penalización ou mellora sobre a puntuación.

3. EN RELACIÓN A QUE NON SE INCLÚE A DESCRICIÓN DA METODOLOXÍA DE TOMA DE MOSTRAS, CONSERVACIÓN E CONTROL DE CALIDADE

O recorrente alega que no prego non se solicitaba unha “descrición”, se ben indicábase como criterio de valoración a “Explicación detallada e clara dunha metodoloxía que permita unha boa execución”, entendendo como “explicación”, a descrición da metodoloxía.

Como se indica no informe de valoración, tívose en conta que o recorrente na súa oferta fai referencia a procedementos aprobados por ENAC pero non inclúe a explicación detallada destes procedementos. Ademais non fai referencia a que procedementos adoptaría para este contrato xa que as dúas empresas que conforman a UTE dispoñen de acreditación segundo a Norma UNE-EN ISO/IEC 17020:2012 en inspección ambiental, campo solos, con cadanseus procedementos específicos aprobados.

4. RESPECTO A QUE SE DEFINEN OS CRITERIOS PARA A IDENTIFICACIÓN E PRIORIZACIÓN DE ZONAS NAS QUE ACTUAR, PERO NON SE DESCRIBE A METODOLOXÍA PARA O ANÁLISE DAS ALTERNATIVAS QUE SE PROPOÑAN

O recorrente alega que este aspecto se recolle no apartado 4.3 da súa oferta. Na oferta valorada indícase o seguinte: “se evaluarán las medidas aplicables para procurar una mitigación del riesgo y se diseñará un plan de actuaciones que se pueda poner en marcha escalonadamente en función de los recursos disponibles para ello” pero non se explica a metodoloxía a seguir para a avaliación, se se realizará de forma cuantitativa e/ou cualitativa e como se terán en conta os distintos criterios á hora de seleccionar as técnicas de recuperación máis axeitadas.

5. OS INFORMES SE AXUSTAN AOS REQUISITOS DO PREGO, PERO NON SE DETALLA O CONTIDO DA CADA UN DOS ASPECTOS QUE RECOLLERÁN.

INCLÚEN A IMPLANTACIÓN DUNHA PLATAFORMA DE COMUNICACIÓN E SEGUIMENTO DO ESTUDO

Tal e como indica o recorrente, o contido dos informes emitidos baixo o selo ENAC débese axustar aos procedementos validados polo antedito Organismo, mais non todos os informes requiridos no prego de prescricións técnicas se emitirán baixo o selo ENAC, como é o caso do Informe de devolución dos traballos e o Informe de execución dos traballos, dos cales tampouco se detalla o seu contido.

A última referencia crítica é para a frase do informe de avaliación de que a oferta das recorrentes *“Realizan a asignación orzamentaria a cada tarefa pero non se inclúe unha xustificación”* dentro do subapartado sobre *“Dentro deste apartado valórase: 2.2. Distribución de medios persoais e materiais a empregar en cada unha das fases dos traballos a realizar: ata 5 puntos.”* Apuntar que nos pregos se engadía para todo o apartado onde se incluía ese que *“Programa da execución dos traballos no prazo previsto, describindo as previsións de tempo e custo nun: diagrama de Gantt ou similar no que se recollerán os tempos aproximados de cada unha das actuacións a realizar.”* Finalmente volver a apuntar que tamén neste aspecto a oferta da UTE impugnante xa fora a mellor valorada.

Pois ben, outra vez as explicacións dadas dende o órgano de contratación afastan a existencia de erro ou arbitrariedade:

“6. REALIZAN A ASIGNACIÓN ORZAMENTARIA A CADA TAREFA, PERO NON SE INCLÚE UNHA XUSTIFICACIÓN

O Prego indica como criterio avaliable mediante xuízo de valor o “Programa da execución dos traballos no prazo previsto, describindo as previsións de tempo e custo nun diagrama de Gantt ou similar no que se recollerán os tempos aproximados de cada unha das actuacións a realizar”. O recorrente aporta na súa Oferta unha táboa na que relaciona a asignación orzamentaria de cada tarefa coa duración da mesma.

O recorrente alega que incluír unha xustificación da asignación a cada tarefa supón aportar datos entre os que estarían a dedicación do persoal e o número de analíticas a realizar e que son aspectos incluídos no sistema de puntuación da Oferta.

Enténdese que é factible aportar unha xustificación sen necesidade de incumprir o punto “6.4.3. -Sobre B: criterios de adxudicación avaliables mediante xuízos de valor” do prego de cláusulas administrativas no que se indica “Se no sobre B figurase documentación correspondente ao contido do sobre C, o licitador será

excluído do procedemento de adxudicación” e máis tendo en conta que o propio recurrente aporta na súa Oferta unha táboa na que se recollen a distribución de medios persoais e materiais sen incorrer no antedito criterio de exclusión.

A non achega dunha xustificación, supón que a información sobre a asignación orzamentaria que aporta o recurrente non resulta clara e suficientemente fundamentada xa que como se mencionou anteriormente, relaciónase coa duración das tarefas e non se teñen en conta outras variables que afectarían sobre as necesidades orzamentarias de cada partida”

Como dicíamos, nin sequera se fai referencia neste escrito de impugnación á avaliación da outra empresa licitadora, ou a unha comparativa do contido de ambas ofertas que permitise argumentar unha posible arbitrariedade na puntuación das mesmas.

Como sinala o TACRC na súa Resolución 1032/2018, con cita doutras anteriores:

“sobre la aplicación de los criterios de valoración a los elementos evaluables mediante juicio de valor, “el análisis ha de quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios, o que no se haya incurrido en error material que pueda afectarla. Lo que este Tribunal no puede realizar es sustituir la decisión sobre el concreto valor atribuido a un aspecto de la oferta por otro distinto, pues ello supone sustituir el juicio del órgano experto competente para ello por el juicio del Tribunal. La utilización del criterio de discrecionalidad técnica ya fue reconocido por este Tribunal en la Resolución de fecha 1 de agosto de 2013 en cuyo apartado Décimo se señalaba que la valoración está amparada por el principio de discrecionalidad técnica, no siendo posible la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente o por el de este Tribunal.

Asimismo, dicha resolución señaló que “lo que se ha producido es una valoración de tales extremos de forma distinta a la pretendida por la recurrente. De esta forma, el objeto del recurso no es la corrección de una omisión, sino la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente, cuestión que este Tribunal no puede amparar en virtud del principio de discrecionalidad técnica”.

O recorrente, nese sentido, unicamente efectúa unha valoración paralela e alternativa na defensa dos seus lexítimos intereses, que non pode destruír a presunción iuris tantum de certeza e acerto do órgano de contratación.

Como sinala a Sentenza de 17.11.2018 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, Valladolid:

“En suma, todas las alegaciones de la entidad actora son consideraciones básicamente subjetivas y carentes de prueba, no pudiendo prevalecer frente a los criterios ponderativos expresados por los órganos técnicos de contratación, a los que se deberá, en principio, estar en la concreción efectuada por los mismos de lo que sea la oferta económica más ventajosa, salvo que en el ejercicio de tales criterios ponderativos, en gran medida dotados de discrecionalidad técnica, se hayan vulnerado los principios y límites establecidos para su valoración, cuya exposición y análisis supera el ámbito de la presente "litis", y que en este caso no se ha acreditado que suceda.”

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** o recurso interposto por APPLUS NORCONTROL, S.L.U. e EPTISA SERVICIOS DE INGENIERÍA, S.L contra a adxudicación do lote 2 contrato de servizo para a realización do estudo da cela de seguridade do Polígono de Torneiro no Porriño (Pontevedra) e para o plan de investigación integral das zonas afectadas pola contaminación por lindano, expediente 26/2018 CA da Consellería do Medio Ambiente, Territorio e Vivenda

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de

dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.