

Recurso nº 39 y 41/2019 (acumulados)**Resolución nº 49/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE La COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 28 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. G.C.A. actuando en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A, recurso 39/2019, y D.ª M.J.C.G. en nombre y representación de CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A, recurso 41/2019, ambos contra la adjudicación de un contrato de servicio de limpieza viaria y de playas del Ayuntamiento de Sada, 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.- El Ayuntamiento de Sada convocó la licitación del contrato de servicio de limpieza viaria y de playas, con un valor estimado declarado de 2.843.727,27 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 28.02.2018 y en el BOE del 08.03.2018.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma está 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).

Tercero.- Impugnan ambos recurrentes la adjudicación de esta licitación a favor de ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.R.L (ACCIONA, en adelante) acordada por el Pleno del Ayuntamiento el 10.01.2019, publicada en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 18.01.2019 y comunicada ese mismo día.

Cuarto.- FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (FCC, en adelante) y CESPAS, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. (en adelante, CESPAS) interpusieron sus respectivos recursos el 08.02.2019, ambos a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces en la web de este Tribunal.

Quinto.- El 08.02.2019, para el recurso 39/2019, y el 11.02.2019, para el recurso 41/2019, se reclamó al Ayuntamiento de Sada 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 14.02.2019.

Sexto.- Al amparo del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, el TACGal decidió la acumulación de ambos recursos el 18.02.2019.

Séptimo.- Se trasladó el recurso a los interesados el 18.02.2019, se recibieron las alegaciones de la empresa ACCIONA SERVICIOS URBANOS S.R.L (ACCIONA, en adelante), tanto al recurso de FCC como al recurso de CESPAS.

Octavo.- El 14.02.2019 el TACGal decidió el mantenimiento de la suspensión derivada del artículo 53 LCSP.

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 LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8

de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo 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.- Ambos recurrentes fueron licitadores en este procedimiento de adjudicación, por lo que tienen la legitimación del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- Al amparo de las fechas transcritas, los recursos fueron interpuestos en plazo.

Quinto.- Se impugna el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios con valor estimado superior a 100.000 €, por lo que el recurso es admisible.

Sexto.- FCC expresa que la oferta de ACCIONA incumple las cláusulas 26, 28 y 29 del PPT y que la valoración del plan de limpieza a alta presión realizada por la mesa de contratación sobrepasa los límites de la discrecionalidad técnica y es contraria al PCAP. CESPAS sostiene en su recurso que es contrario a derecho la no valoración del plan de limpieza a alta presión incluido en su oferta.

Séptimo.- ACCIONA, en el trámite de audiencia, considera que su oferta no infringe el PPT. También expresa que la evaluación del criterio referido al plan de limpieza de las aceras a alta presión es conforme a derecho porque no estamos ante un criterio de pura y simple apreciación matemática, en la medida en que queda condicionado a que el contenido del plan sea viable. Considera que a este respecto nos encontramos ante una cuestión evaluable con discrecionalidad técnica, con las limitaciones que existen en el recurso especial para revisar esta. Además, hace consideraciones sobre la legitimación.

Octavo.- Describiremos con el análisis del fondo, las alegaciones del órgano de contratación.

Noveno.- Es común a ambos recursos la crítica a la actuación de la Administración contratante en lo tocante a la valoración del plan de limpieza a alta presión, por lo que debemos comenzar por esta cuestión.

Los criterios de adjudicación en este procedimiento de adjudicación eran, según el PCAP:

“15. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

15.1. Criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor:

- Proyecto de prestación del Servicio: se valorará con un máximo de veinte (20) puntos, teniendo en cuenta la calidad e idoneidad global de la solución propuesta, la planificación y organización de los Servicios: equipos, horarios, frecuencias, los medios materiales y personales propuestos y su adaptación al sistema de limpieza propuesto, así como la adaptación de este sistema a las características del Municipio.

15.2. Criterios de adjudicación valorables automáticamente. Oferta económica:

- Menor precio propuesto, hasta cuarenta (40) puntos.

Será de aplicación para determinar la puntuación en cuanto al precio, la fórmula utilizada en los pliegos tipo de la Diputación provincial de A Coruña, consultable en la siguiente dirección: <https://www.dacoruna.gal/valoracion/>

- Plan de limpieza de aceras a alta presión con un sistema específico para limpieza de pavimentos que defina las zonas a limpiar, fechas de ejecución prevista, frecuencias y medios destinados a este servicio.

La valoración se hará en función de la superficies a limpiar y se multiplicará por la frecuencia propuesta, el licitador que oferte una mayor superficie tendrá 8 puntos. El resto recibirán puntuación proporcionalmente.

- Propuesta para recogida de animales muertos en cunetas, vías y zonas públicas, que deberá ajustarse al Reglamento (CE) nº 1774/2002, de 3 de octubre de 2002, del Parlamento y Consejo Europeo, por lo que, en caso de ofertas en esta mejora, el licitador presentará un protocolo de actuación basado en este Reglamento. Se puntuará con 2 puntos por la recogida del 100 % de los animales de menos de 50 kg de peso.

- Propuesta de dotación de las playas con contenedores de residuos orgánicos y envases, consistente en aportar al servicio durante toda la ejecución del contrato, contenedores de residuos orgánicos y envases cuya gestión será de cuenta del adjudicatario, 0,15 puntos por recipiente, hasta un máximo de 10 puntos.

- Propuesta de adscripción a la prestación de los servicios de al menos una barredora viaria urbana eléctrica, 5 puntos”

En lo tocante entonces al plan de limpieza de aceras a alta presión, criterio sometido a valoración automática, la mención era:

“- Plan de limpieza de aceras a alta presión con un sistema específico para limpieza de pavimentos que defina las zonas a limpiar, fechas de ejecución prevista, frecuencias y medios destinados a este servicio.

La valoración se hará en función de la superficies a limpiar y se multiplicará por la frecuencia propuesta, el licitador que oferte una mayor superficie tendrá 8 puntos. El resto recibirán puntuación proporcionalmente.”

Centrados entonces en este criterio de adjudicación, debemos hacer una selección de lo sucedido con el mismo.

En la sesión de la mesa de contratación del 15.05.2018 se dan a conocer los resultados del sobre B, y tras abrir los sobres C, se puntúan los criterios automáticos, excepto en lo referido al plan de limpieza de aceras a alta presión, sobre lo que se recoge:

“La Mesa acuerda volver a reunirse para proceder a la puntuación total, una vez verificado la superficie de aceras a limpiar con alta presión con un sistema específico para limpieza de pavimentos y otorgar la puntuación correspondiente”

El 12.06.2018 se emite entonces un informe del Gerente de Servicios Municipales del Ayuntamiento de Oleiros, solicitado, según expresa, por el Ayuntamiento de Sada con el fin de contar con un informe externo a esta licitación. Tal informe recoge:

“Antes de proceder al informe es necesario hacer dos consideraciones:

- Me basaré únicamente en lo especificado en el PPT y en lo expuesto por los licitadores

- El técnico que suscribe desconoce las particularidades de los ámbitos en lo que se prestará este servicio

El PPT habla, dentro de los servicios permanentes, de baldeo de aceras en distintas intensidades según los niveles de limpieza de cada zona.

El baldeo consiste en la limpieza con agua que podría asemejarse a un riego y que según la época del año podría incluso ser una operación diaria, ya que complementa la acción de limpieza mecánica.

Por el contrario, la limpieza de aceras a alta presión, consiste en utilizar agua impulsada por una bomba que consigue altos niveles de presión, con el fin de desincrustar todo tipo de sedimentos adheridos al pavimento.

Como consecuencia de ello, es una acción que produce un desgaste en el pavimento, lo que implica una limitación en la frecuencia de este tipo de acciones.

Sin embargo, tiene como aspectos muy beneficiosos el importantísimo ahorro de agua en comparación con el método de baldeo.

Por la propia experiencia, el conocimiento del sistema utilizado en diversos concellos y lo tratado con otros técnicos, puedo considerar que el rendimiento de una limpieza de aceras con alta presión puede variar entre 30 y 120 m² a la hora por equipo, dependiendo esa horquilla de las características propias del pavimento y la vía sobre la que se actúa.

Teniendo esto en cuenta, considero que:

- La oferta de Cespa declara rendimientos de 25.500m² por día, que considerando una jornada de 6 hs., significaría 4.250 m² hora.

- La oferta de la empresa FCC ofrece unos rendimientos de 4.183m² hora

A mi juicio, es evidente que, sin entrar en el detalle de lo que ofertan ambas empresas, no se puede considerar que sea lo que entendemos por limpieza a alta presión, ya que ésta es imposible realizarla con un solo equipo con ese rendimiento.

- La oferta presentada por Acciona define un rendimiento de 100m²/hora, que entra en el ratio admisible para este tipo de limpiezas.

Conclusión:

- Considero que, por los m² ofertados por cada uno de los licitadores y los rendimientos que ellos suponen, sólo debería considerarse la oferta realizada por Acciona que suponen 130.000 m² de limpieza de aceras a alta presión al año.”

La sesión de la mesa de contratación de 19.10.2018 decide entonces:

“Visto el informe emitido por el técnico del Ayuntamiento de Oleiros en relación con el criterio de Plan limpieza de aceras con alta presión a efectos de otorgar los 8 puntos, en el que indica que el rendimiento de una limpieza de aceras con alta presión puede variar entre 30 y 120 m²/ hora por equipo dependiendo de las características propias del pavimento y la vía sobre la que se actúa, y que en las ofertas presentadas los licitadores establecen los siguientes:

- *Cespa declara rendimientos de 35.500 m²/día, que significa 4.250 m²/hora*
- *FCC ofrece rendimientos de 4.183 m²/hora*
- *Acciona define un rendimiento de 100 m²/hora*

Después de examinadas nuevamente las propuestas en este criterio, y dado que en el pliego de cláusulas no se define a partir de cuantos bares debe tenerse en cuenta la alta presión, pero que existe una clara diferencia entre el baldeo establecido y para la limpieza a alta presión.

Teniendo en cuenta que las superficies que ofertan deben ser además de las que se establecen en el pliego para la limpieza por baldeo que es distinto el alta presión.

Vista la superficie ofertada a limpiar con alta presión, que la Mesa aprecia indicios de incurrir en valores anormales debido a la gran extensión de superficie ofertada y los medios con los que se van a realizar según consta en la oferta de los licitadores:

(...)

La mesa acuerda requerir a las empresas para que faciliten la siguiente información, en el plazo de 5 días hábiles, a los efectos de determinar la baremación de este criterio, que es determinante para la adjudicación del servicio:

- *Presión/bares mínima a que van a limpiar los m² ofertados*
- *Medios materiales.*
- *Medios personales*

- *Rendimientos m/2 hora y jornada*

La Mesa acuerda volver a reunirse para proceder a la puntuación total, una vez justificado este criterio.”

La sesión de la mesa de contratación de 20.11.2018 da cuenta de las respuestas recibidas de las empresas, y concluye:

“La mesa debate sobre el criterio de alta "presión" establecido en el pliego de cláusulas, que si bien adolece de indefinición al no precisar qué se considera limpieza de alta presión (a partir de cuantos bares/presión) sí se establece diferenciación entre el baldeo normal y la limpieza de alta presión que es para desincrustar todo tipo de sedimentos adheridos al pavimento utilizando agua impulsada por una bomba que consigue altos niveles de presión, produciendo también un desgaste en el pavimento.

En relación con la superficie ofertada por los licitadores y la información suministrada por las empresas, la Mesa estima que las empresas FCC y Cespa ofertan superficies inejecutables debido a que los rendimientos que dicen no se pueden dar debido a las características de las zonas a limpiar: hay aceras que no tienen una anchura suficiente para que pueda andar la máquina ni tampoco una velocidad suficiente, y también los obstáculos de las mismas (peatones, vehículos, etc.).

A tal efecto, se considera el informe emitido por el técnico del Ayuntamiento de Oleiros en el que estima un rendimiento entre 30 y 120 m² a la hora por equipo, dependiendo de las características propias del pavimento y vía sobre la que se actúa.

La Mesa acuerda recabar también el informe del Ingeniero Técnico Municipal D. Valentín Medina, integrante de esta Mesa y volver a reunirse para realizar la propuesta de adjudicación del servicio.”

El 26.11.2018 el Ingeniero técnico municipal el Ayuntamiento de Sada evacúa ese informe, que dispone:

“Además, se pide como mejora que las empresas oferten un “Plan de limpieza de aceras a alta presión”, entendiéndose que es un trabajo “a mayores” del obligatorio recogido en el pliego de prescripciones técnicas.

Una auto baldeadora es muy adecuada para complementar este servicio, los resultados que se han obtenido con los diferentes tipos de baldeo mecanizado,

incluso “fregado”, han sido muy positivos porque realizan un trabajo de calidad, con altos rendimientos y ahorran agua.

Teniendo en cuenta que el baldeo de las calles del casco urbano de Sada, casi todas con nivel de limpieza 1 y 2, son vías con calzadas y aceras relativamente estrechas, la mayor parte de ellas soportan tráfico vehicular y peatonal y contienen mobiliario urbano diverso como: bancos, macetas, farolas, vallas, kioscos, árboles, etc., se considera que el rendimiento (m²/hora) es bajo. Normalmente, se realiza por un operario que provisto de una “lanza” trabaja sobre aquellas manchas o sedimentos que no han salido con medios mecánicos.

Nuestra experiencia en la limpieza con agua a presión (entre medias y altas) es amplia puesto que venimos aplicándola hace unos 16 años y hemos visto como alguna plaqueta (de hormigón prefabricada y granallada) se ha visto afectada por una actuación demasiado intensa, ya sea por exceso de presión del agua, tiempo de aplicación, distancia al suelo, etc. Es por ello que esta técnica requiere de atención y destreza, y el personal que maneja los equipos debe ajustarlos a las limitaciones de cada pavimento.

VALORACIÓN DE LAS OFERTAS:

Los rendimientos obtenidos por cada empresa licitadora, son la suma de los m²/hora de los baldeos según el Pliego (intenso y media intensidad) + m²/hora propuesta en la Mejora (alta presión), con las frecuencias exigidas en el PPT y propuestas por las empresas:

Véase tabla de rendimientos del PPT y los ofrecidos por las empresas licitadoras.

Las ofertas de las empresas FCC y CESPAN no justifican adecuadamente su propuesta al no considerar las circunstancias que penalizan los rendimientos en zonas urbanas con gran densidad de población (niveles 1 y 2). Sin duda en trabajos extensivos, con buenos anchos de aceras, con pocos obstáculos y tráfico peatonal reducido si se conseguirían unos rendimientos como los que ofertan, incluso mejores. Es por ello que el rendimiento “medio” que proponen se considera inejecutable.

ACCIONA, que no delimita las zonas a limpiar ofrece un rendimiento admisible, especialmente no ciñéndose a vías con tráfico peatonal y/o dificultades diversas.”

Finalmente, en la sesión de la mesa de contratación de 30.11.2018 establece la clasificación de las ofertas. Así, ACCIONA recibe 52.57 puntos (8 en el plan de limpieza de aceras), FCC 43.98 puntos (0 en ese plan) y CESPA 42.32 puntos (0 en el plan aludido).

Dado como está configurado este criterio y el debate presentado, existe legitimación de ambos recurrentes pues los 8 puntos del criterio, en la tesis que formulan tanto FCC como CESPA, podría implicar una rebaja de ACCIONA en este punto y, a su vez, una subida a estos, con afectación entonces a la posición de adjudicatario, lo cual es suficiente para la legitimación ad causam. Finalmente, junto a que los recursos recogen que podrían ser los adjudicatarios al amparo de lo que exponen, luego veremos como en una de las mesas se reconoce que la puntuación de este criterio afecta a quien podía ser el primer clasificado y adjudicatario.

Décimo.- El juicio revisor que nos corresponde es el de si es conforme a derecho en el caso que las ofertas de FCC y CESPA en el criterio automático sobre el plan de limpieza de aceras a alta presión hayan conseguido 0 puntos y, en virtud de esto, ACCIONA 8 puntos, al quedar esta como la única que se consideró puntuable.

El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en la Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14) afirma en su apartado 78 que *“cuando...él órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita”*:

“Por el otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se atuvo a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, vulneraría el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación afectaría negativamente la una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia precisó que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo definió con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion fuere Energy, T-415/10, IU: T:2013:141, apartado 80)”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de de marzo de 2018 (recurso 2838/2015) incide en la vinculación a la literalidad de los pliegos y resto de documentación contractual:

“La sentencia no desconoció las prerrogativas de que dispone la Administración para interpretar los pliegos ni, en particular, la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación. Se limitó, simplemente, insistimos, a aplicar los pliegos los cuales, como venimos recordando, vinculan a los licitadores pero también a la Administración. Esa aplicación viene precedida por una interpretación que, ciertamente, se atuvo al sentido de las palabras utilizadas por ellos y es coherente con el conjunto de las cláusulas y de la documentación contractual así como con el objeto del contrato.

(...)

Esa opción puede parecer mejor o peor pero es la que tomó la Administración autora de los pliegos y la sentencia no hizo más que hacerla cumplir, que es hacer cumplir los pliegos aceptados por los licitadores.”

Pues bien, lo primero que observamos es que estábamos ante un criterio expresamente definido en los pliegos como sometido a evaluación automática, por lo que es consustancial a estos la mera aplicación de fórmulas u operaciones matemáticas, sin valoraciones de apreciación. Esta opción del órgano de contratación ahora le “autolimita”, en palabras del TJUE.

La Resolución 796/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), con cita en jurisprudencia contenciosa, expresa precisamente sobre los criterios automáticos:

“Tal y como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011 (PROV 2011, 170863) (recurso 4034/08), la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación:

“Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004 (RJ 2004, 5448) , recurso de casación 7106/00 , y de 24 de Enero de 2.006 (RJ 2006, 2726) , recurso de casación 7645/00).”

La uniformidad y vigencia de esta doctrina por parte de los Tribunales de recursos contractuales queda reflejado con la recientísima Resolución 13/2019, de 13 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que vuelve a reiterar – con cita de otras resoluciones actuales en el mismo sentido-:

“En relación con los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, tal y como manifiesta el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 34/2018 de 8 de marzo, debemos recordar que el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema" y su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos.”

En este sentido, difícilmente tiene ya acoplamiento a esto el hecho de que existan informes técnicos analizando este punto de las ofertas de una forma más próxima a lo que sería un criterio sometido a juicio de valor, y, sobre todo, que estos tengan apreciaciones del tipo *“por la propia experiencia”* o similares para descartar un criterio que, a priori, se puntúa por aplicación de una fórmula.

La Resolución 342/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, advierte:

“El acuerdo de la Mesa de contratación sobre la aplicación del criterio ya suficientemente referenciado no es admisible, pues lejos de alcanzar un criterio interpretativo textual e igualitario para todos los licitadores, mejora la oferta de solo uno de ellos, provocando su mayor puntuación y considerando que su producto ofrece la condición exigida cuando no es así. Si esta condición o característica no era necesaria, no debería constar como criterio de adjudicación, pero si consta como es el caso su aplicación, debe efectuarse a tenor de su letra, sin interpretaciones que la desvirtúen”

Como decimos, en ese criterio de adjudicación el órgano de contratación, que tenía libertad de configurarlo en base su discrecionalidad técnica, quiso recogerlo como criterio automático sometido a la operación establecida en la misma, sin ningún tope a modo de límite, horquilla del parámetro, mención a una actuación previa del órgano sobre tal criterio, etc...lo cual aleja sobremanera la posibilidad de apreciar como correcta cualquier actuación del órgano diferente de la propia aplicación de la

fórmula, actuación que, de producirse, deberá tener como referencia precisamente tal fórmula prevista en las condiciones de la licitación.

La Resolución 138/2015 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, explica *“no cabe discrecionalidad alguna en los criterios automáticos, por lo que no es válido, como pretende el poder adjudicador, que la opción de aplicación de la fórmula elegida al recurrente es la más correcta, pues no existe tal capacidad de elección”* e engade que *“el principio de transparencia implica que todos los potenciales licitadores a un contrato deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que el poder adjudicador va a tener en cuenta para elegir la oferta económicamente más ventajosa, lo que no comprende únicamente los criterios de adjudicación, sino cualesquiera otros aspectos que pueden ser relevantes para determinar la adjudicación (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, de 24/11/2005, C-331/04, de 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07).”*

En la Resolución TACGal 49/2018 explicamos:

“Por lo tanto, fijándose con anterioridad la forma de puntuar los plazos ofertados por los licitadores y siendo, destacamos, este un criterio automático, no sujeto a juicio de valor, no procede en el momento de otorgar las puntuaciones correspondientes más que la aplicación directa de la fórmula recogida en los pliegos, por sometimiento a los principios propios de la contratación de igualdad y transparencia. Como ya expresamos en nuestra Resolución 41/2018:

“Hay que destacar, a este respecto, que nos encontramos ante criterios de aplicación automática en los que, por su propia naturaleza, sólo procede la simple y directa aplicación de las operaciones matemáticas consecuencia de la fórmula descrita en los pliegos, sin que exista margen de discrecionalidad para el órgano de contratación, pues de existir, afectaría a la viabilidad de la licitación.”

Por otra parte, tampoco es menor que la cuestión que nos ocupa aparezca en la última fase del procedimiento de adjudicación, cuando ya están puntuados el resto de criterios con todos los sobres abiertos.

Esto fue también apuntado en el TACGal en su Resolución 1/2019:

“En este caso, la actuación de la mesa de contratación adoptando unos criterios interpretativos ajenos a las condiciones de la licitación (...) tiene aún una afectación más cualificada al observarse que aquel criterio se adoptó con

posterioridad a la apertura de las ofertas económicas y, por lo tanto, cuando se podían conocer las circunstancias concretas en las que se encontraban cada uno de los licitadores.”

Otra vez, no es una apreciación exclusiva de este Tribunal Administrativo, sino también del resto, como es también la Resolución TACRC 796/2015:

“Como ya se ha señalado por este Tribunal, una vez abiertos los sobres correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmula, el resultado de la licitación ya es conocido y en esas condiciones no es posible reconocer discrecionalidad alguna a la mesa de contratación a la hora de aplicar la valoración, pues de otro modo no sería posible garantizar la imparcialidad y objetividad de la misma, fundamento último de la doctrina de la discrecionalidad técnica a que aluden las partes.

(...)

Por otro lado, es también doctrina de este Tribunal que una vez abiertos los sobres que contienen los criterios de valoración automáticos o evaluables con arreglo a fórmulas matemáticas, no puede el órgano de contratación valorar técnicamente la adecuación o coherencia de las ofertas, salvo que dicha valoración se refiera a criterios también objetivos y que consten claramente en el pliego.

Así se señaló en resolución 831/2014, que remite a su vez a la 669/2014: (...)”

Frente a lo que parece indicar ACCIONA en sus alegaciones, no podemos cambiar esta concepción de automatismo en el criterio porque esto implicaría sobrepasar esta *lex contractus*.

Otro aspecto a mencionar en esta primera parte de este análisis es que a los recurrentes directamente se les atribuyen 0 puntos, cuando los parámetros que ofrecen esas ofertas eran aquí numéricamente superiores al de la declarada adjudicataria. De hecho, si observamos los sobres C en lo tocante a este plan de limpieza, observamos que en el caso de ACCIONA la cifra de m² al año es la inferior, que sólo lo ofrece sobre zonas del nivel 1, que la extensión de ese apartado es reducida -aproximadamente, media página-, todo lo cual son aspectos que aparecen como inferiores a lo que, sobre esa dimensión, trasluce prima facie de las ofertas de CESP A y FCC.

En todo caso, y esto es importante, no cabe confundir los planos con la traída de lo que pertenecería a la ejecución del contrato; plano de ejecución que, en todo caso, sí que aporta sentido a la exigencia de descripción de las zonas a limpiar, fechas de la ejecución, frecuencias, medios...de la cláusula sobre el plan de limpieza a alta presión. Ahora bien, para esa ejecución ya existen mecanismos jurídicos hacia su comprobación y reacción de no ajustarse a lo ofertado.

Así lo me lo mencionaba en la Resolución TACGal 49/2018:

“Efectivamente, y esto es determinante para nuestra conclusión, incluso en el supuesto más desfavorable para el recurrente durante la ejecución del contrato, no nos situaríamos ante una situación de imposibilidad de realizar el objeto contractual...”

Siendo así, y estando fijadas en el PPT las penalidades a imponer al adjudicatario por cada día de retraso en la entrega de los informes respecto a lo ofertado, el órgano debe asumir que en virtud del principio general de riesgo y ventura del contratista previsto en el artículo 215 del TRLCSP este fije las condiciones de su oferta en la confianza de lo que resulta de los pliegos, no procediendo una valoración a priori de los posibles incumplimientos en la fase de ejecución, cuando, como vimos, el pliego no recogió lo que ahora se trae en el acto impugnado como referencia de incumplimiento y menos aún de exclusión.”

La Resolución TACRC 796/2015 apunta:

“De la misma manera, cabe deducir que no puede dejar de valorarse un criterio basándose exclusivamente en la hipótesis de que no va a ser cumplido o que no resulta viable, especialmente en esta fase de la licitación en que, como ya se ha dicho, no es posible efectuar juicios técnicos o de valor alguno.”

Más reciente la Resolución 145/2018 TACRC ratifica con vehemencia esta línea que también aportamos:

“Hemos señalado en reiteradas ocasiones que en la valoración de los criterios de adjudicación evaluables automáticamente o mediante formula, a diferencia de los dependientes de un juicio de valor, no es de aplicación la doctrina de la discrecionalidad técnica, pues tales criterios han de ser susceptibles de ser valuados sin especiales conocimientos técnicos que necesiten acudir al auxilio de expertos, por lo que también hemos dicho que, también a diferencia de lo que sucede con los criterios dependientes de un juicio de valor, la asignación de puntos no exige especial

motivación, resultando suficiente la acreditación de la correcta aplicación matemática del criterio o de su fórmula.

Igualmente hemos señalado repetidamente que no le es exigible al órgano de contratación verificar que las afirmaciones y documentación contenidas en las ofertas de los licitadores responden a la realidad, debiéndose atener en su valoración a aquello que en las ofertas se manifiesta, presumiendo su veracidad, sin perjuicio de que, si en una fase posterior a la adjudicación se acredita que los equipos suministrados no responden a lo declarado en la oferta, pueda el órgano de contratación utilizar los mecanismos que el ordenamiento establece para reaccionar contra el incumplimiento por el adjudicatario de su oferta.”

Décimo primero.- Para agotar la cuestión, además de las problemáticas que acabamos de describir, procedemos a analizar lo sucedido.

Existe un apunte de inicio de interés. Apreciamos que el camino argumentativo del órgano de contratación a lo largo del procedimiento en la cuestión que nos ocupa no es exactamente coincidente entre sí, lo cual agrega otra disfunción relevante, perteneciente al campo de revisión que corresponde supervisar a este TACGal. Por ejemplo, sin querer ser agotador de esta reflexión:

- en el primer informe se alude a la imposibilidad global de rendimientos superiores a 120 m² a la hora (ahí en la mención a las características de la vía literalmente se expresa que son para situarse en la horquilla entre los 30 y los 120 m²/hora)

- la sesión de la mesa de 19.10.2018, en un momento dado, parece inclinarse hacia el camino de las ofertas con “valores anormales”.

- en la sesión de la mesa de 20.11.2018 aporta una consideración sobre la “alta presión” pero luego, cuando habla de la inejecutabilidad de las ofertas de FCC y CESPAs lo sería sólo para determinadas zonas, con mención a su anchura y obstáculos (ya no sería entonces global, como en el primer informe).

- en el informe del 26.11.2018 se alude a que, en realidad, estábamos ante una mejora; a que una actuación demasiado intensa puede afectar a la plaqueta, donde cita, por ejemplo, como problema el exceso de presión de agua (cuando la propuesta de ACCIONA es la que tiene la presión superior);

menciona lo que parece una fórmula; reconoce que en determinadas zonas *“si se conseguirían unos rendimientos como los que ofertan, incluso mejores”* cita como problemáticas la zona 1 y 2 pero por ser zonas *“con densidad de población”*; introduce el término *“rendimiento medio”* y recoge que la oferta de ACCIONA *“no delimita las zonas a limpiar”*.

Polo tanto, existirían dificultades ciertas para, en última instancia, conocer exactamente y con claridad, la causa de la puntuación de 0 puntos a las ofertas de FCC y CESP. Ahora veremos esta secuencia de trámites, más allá de lo ya dicho en el fundamento anterior.

El primero que apareció fue el informe del Gerente de Servicios Municipales de otro Ayuntamiento diferente al contratante. Sobre este, no consideramos que el mismo sirva para desvirtuar lo que era la aplicación automática de un criterio cuya literalidad era la reproducida, pues introduce ex novo una horquilla (entre 30 y 120 m² a la hora por equipo) no prevista en los pliegos.

Además, no podemos dar por acreditada ahí una pretendida imposibilidad, basado en *“la propia experiencia, el conocimiento del sistema utilizado en diversos concellos y lo tratado con otros técnicos”*, sin más, sin datos específicos que lo refrenden y que, por lo tanto, puedan ser discutidos en su caso, y más cuando tal informe reconoce que *“El técnico que suscribe desconoce las particularidades de los ámbitos en lo que se prestará este servicio.”*

En este sentido, no se puede llegar a otorgar al informe de la Administración una presunción próxima a un *“iure et de iure”*, sin que podamos tener entonces al mismo como acreditativo de una imposibilidad.

Por otro lado, el hecho de que son más los licitadores que ofertan cifras superiores a las que tal informante considera como posibles, no abunda en que esas genéricas alusiones den sustento a una consideración de imposibilidad total. Desde luego, no hay un análisis plasmado en el informe de que con los concretos medios que ofrece cada licitador era imposible llegar a lo descrito por ellos, con un razonamiento a ese respecto.

Si retomamos el expediente aquí, el siguiente paso dado en el procedimiento fue la sesión de la mesa de contratación de 19.10.2018, de la que observamos lo siguiente.

Tras citar el informe antes analizado, se reconoce que *“en el pliego de cláusulas no se define a partir de cuantos bares debe tenerse en cuenta la alta presión”*, lo cual ya hace de difícil asunción entonces su tesis.

Consideran también que las superficies que se ofertan deben ser a mayores de las que se establecen en el pliego para la limpieza por baldeo. Junto con la ausencia de mención de la conexión clara con los pliegos, además, tampoco se explicaría su operatividad en conexión con lo ofertado por las recurrentes (con la adjudicataria también entonces), cuando lo que prima facie se lee en la proposición de CESPAs es precisamente que *“Este servicio se realizará siempre de forma adicional a los contemplados en el sobre B”* y que en FCC esa parte se denomina (parte superior derecha del folio) como mejora.

Pero, además de todo lo ya expresado, el acta recoge que: *“Vista la superficie ofertada a limpiar con alta presión, que la Mesa aprecia indicios de incurrir en valores anormales debido la gran extensión de superficie ofertada y los medios con los que se van a realizar según consta en la oferta de los licitadores: (...)”*.

Como apunte, la lectura de esto lo que lleva a entender es que en este punto se consideró que se estaba ante ofertas con valores anormales, regulado entonces en el artículo 152 TRLCSP, pero, otra vez no aparece viable este camino sea ya porque no estaba previsto este aspecto en el apartado del PCAP referido a tal cuestión. En todo caso, como ya ni fue ese el íter seguido después (ese camino implica decisión del órgano de contratación, con exclusión en el último caso...), baste con recoger que aporta otra disfunción a lo sucedido.

Al final, esa mesa pidió información a todos los participantes reconociendo que este criterio *“es determinante para la adjudicación del servicio”*, lo que es un reconocimiento de la legitimidad ad causam de los recurrentes, que critican la puntuación de un criterio cuya variación puede llegar a implicar cambios en el adjudicatario y mejorar su posición jurídica.

Observamos que esa petición de información fue del siguiente tenor:

“- Presión/bares mínima a que van a limpiar los m/2 ofertados

-Medios materiales.

-Medios personales

-Rendimientos m/2 hora y jornada”

Todos los licitadores presentaron entonces documentación al respecto, como se plasma en el acta de la mesa de 20.11.2018. Por lo tanto, otra vez los licitadores aportan concreción para justificar lo que proponen.

Tal mesa entonces acuerda lo siguiente:

“La mesa debate sobre el criterio de alta "presión" establecido en el pliego de cláusulas, que si bien adolece de indefinición al no precisar qué se considera limpieza de alta presión (a partir de cuantos bares/presión) sí se establece diferenciación entre el baldeo normal y la limpieza de alta presión que es para desincrustar todo tipo de sedimentos adheridos al pavimento utilizando agua impulsada por una bomba que consigue altos niveles de presión, produciendo también un desgaste en el pavimento.

En relación con la superficie ofertada por los licitadores y la información suministrada por las empresas, la Mesa estima que las empresas FCC y Cespa ofertan superficies inejecutables debido a que los rendimientos que dicen no se pueden dar debido a las características de las zonas a limpiar: hay aceras que no tienen una anchura suficiente para que pueda andar la máquina ni tampoco una velocidad suficiente, y también los obstáculos de las mismas (peatones, vehículos, etc.).

A tal efecto, se considera el informe emitido por el técnico del Ayuntamiento de Oleiros en el que estima un rendimiento entre 30 y 120 m2 a la hora por equipo, dependiendo de las características propias del pavimento y vía sobre la que se actúa.

La Mesa acuerda recabar también el informe del Ingeniero Técnico Municipal D. Valentín Medina, integrante de esta Mesa y volver a reunirse para realizar la propuesta de adjudicación del servicio”

De esta mesa destacamos entonces que la misma expresa que lo que pedía este criterio era, en su literalidad, “limpieza de alta presión” sin más. Por otro lado, no es necesario detenerse a explicar, por ser ampliamente conocido, que en la contratación pública la “indefinición”, aquí reconocida por la mesa, no puede operar en contra de un licitador diligente. Finalmente, no se explicita nada más sobre la alta presión ni de esto en relación con los bares/presión de las propuestas, sin que observemos en los informes un estudio de esto.

Pero, una vez se expresa lo anterior, el acta cambia de línea argumental y cuando cifra la imposibilidad de lo ofrecido alude a que lo sería únicamente para determinadas zonas en base a algunas características de las mismas, sin especificar en cuales en concreto, ni cual era la anchura viable para los medios concretados por cada licitador, ni cuáles son los obstáculos impeditivos para con esos números ofrecidos, etc...Apuntar que no puede ser por falta de información suministrada por las empresas, que contestaron a lo que se les solicitó. Una vez más, frente a esa concreción no basta con recoger que los rendimientos “*no se pueden dar*”, sin más.

Posteriormente aquella documentación fue entregada al Ingeniero técnico municipal, también vocal en la mesa, que realiza un informe al respecto a fecha 26.11.2018, donde un lector del mismo, como es este TACGal, aprecia las siguientes cuestiones.

Este explica que ese plan de limpieza a alta presión era una “*mejora*”, un “*trabajo a mayores*”, sin especificar su sustento en el pliego al respecto. Tampoco hay un análisis de las ofertas con esa concepción, incluida también la de ACCIONA entonces. De todas formas, ya dijimos que prima facie lo que se lee en la proposición de CESPAs es que “*Este servicio se realizará siempre de forma adicional a los contemplados en el sobre B*” y que en FCC esa parte se denomina (parte superior derecha del folio) como mejora.

También FCC alude a que se está introduciendo aquí una nueva fórmula cuando tal informe recoge:

“Los rendimientos obtenidos por cada empresa licitadora, son la suma de los m²/hora de los baldeos según el Pliego (intenso y media intensidad) + m²/hora propuesta en la Mejora (alta presión), con las frecuencias exigidas en el PPT y propuestas por las empresas.”

Finalmente, la causa de rechazo de las propuestas en este aspecto se concreta en:

“Las ofertas de las empresas FCC y CESPAs no justifican adecuadamente su propuesta al no considerar las circunstancias que penalizan los rendimientos en zonas urbanas con gran densidad de población (niveles 1 y 2). Sin duda en trabajos extensivos, con buenos anchos de aceras, con pocos obstáculos y tráfico peatonal reducido si se conseguirían unos rendimientos como los que ofertan, incluso mejores. Es por ello que el rendimiento “medio” que proponen se considera inejecutable.

ACCIONA, que no delimita las zonas a limpiar ofrece un rendimiento admisible, especialmente no ciñéndose a vías con tráfico peatonal y/o dificultades diversas”

En base a esto, las ofertas ya no serían totalmente imposibles, pues en trabajos extensivos sí se menciona como posible tales rendimientos y hasta se expresa que caben *“incluso mejores”*, lo cual es una novedad respecto a apreciaciones anteriores como las del primer informe.

Por otra parte, no se explica la relación con la gran densidad de población como tal o, concretamente, esto en relación con los específicos medios y superficies ofertadas con cada oferta. Así, sin ánimo exhaustivo pues no nos corresponde tal análisis técnico, vemos que CESPAs alude a que tuvo en cuenta ese parámetro para su proposición y en su recurso (con informe pericial) que sólo se tuvo en cuenta las aceras viables para su máquina, o que FCC dice que puede actuar en aceras no anchas, además de que esta ofrece también actuaciones en la zona nivel 4, algo no tratado en el expediente.

Si retrocedemos en el texto del informe, se traen términos como *“relativamente estrechas”*, *“se considera que el rendimiento (m²/hora) es bajo”*, *“normalmente, se realiza por”*, *“Nuestra experiencia”*, *“actuación demasiado intensa”*, impropios de un criterio a evaluar automáticamente, y, en último caso, con esa nota común de falta de concreción.

No podemos validar una referencia a un rendimiento *“medio”* como el soporte para justificar lo que es inejecutable, concepto este no desenvuelto en el informe ni previsto como tal en el pliego.

Por otro lado, se alude a que CESPAs y FCC no justificaron adecuadamente su propuesta, cuando estos desarrollaron su sobre C más que ACCIONA, y luego todas respondieron a lo que se le solicitó. De hecho, este informe recoge que es ACCIONA quien *“no delimita las zonas a limpiar”*, aunque luego introduce que esta no se ciñe a vías con tráfico peatonal *“y/o”* dificultades *“diversas”*, sin más. Tampoco se detalla entonces en qué medida las de las otras licitadores sólo se limitan a calles de esas problemáticas, cuando vimos que las mismas concretaron calles, cuando traen más zonas que ACCIONA (FCC hasta en la zona 4), etc...

Por último, en el informe del órgano de contratación al recurso de CESPAs se aporta ahora que esta partió de un ancho de trabajo de 2,3 metros, cuando en el nivel 1 *“comprende calles estrechas de menos de 2 m. de anchura y elevada actividad”*

comercial". Unido a que esta mención no estaba con esa especificación en el procedimiento para que pudiera ser discutida aquí por el recurrente, sólo apuntar, también prima facie, que en el Anexo 2 de los pliegos el nivel 1 – que es la ahí citada – contiene no pocas calles con anchuras superiores, y que en la documentación que se presentó este licitador sobre la máquina se nos aparece la cifra de “Anchura de lavado mínima 1400 mm”, todo esto, repetimos, sin que sea este TACGal quien deba asumir un análisis técnico pero sí de la fundamentación del razonamiento.

En todo caso, finalizamos como comenzamos, recordando que no se puede perder de vista que estábamos ante un criterio automático.

Décimo segundo.- Lo relatado obliga a este TACGal a estimar los recursos en lo tocante a la anulación de la adjudicación. Procede entonces decretar la retroacción del procedimiento hasta el momento de otorgar las puntuaciones referidas al plan de limpieza de las aceras a alta presión previsto como criterio evaluable automáticamente en el apartado 15.2 PCAP, y que con tal dimensión debe ser aplicado, y una vez realizado lo que a ese respecto corresponda, se continúe con el procedimiento.

Esta retroacción es posible por estar, precisamente, ante un criterio automático. Como recoge la Resolución 13/2019, de 13 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra: *“resulta que la valoración afectada por la estimación de la reclamación sería, como se ha dicho, la correspondiente a los criterios cuantificables mediante fórmulas (Sobre C de las proposiciones presentadas) realizada con posterioridad a la valoración de los criterios cualitativos y, por ello, sin ninguna afcción a esta; motivo por el cual la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de tales criterios de adjudicación resulta posible por no alterar el orden lógico de sus fases ni afectar al principio de transparencia y no discriminación.”*

El resto de alegaciones, y en concreto, las recogidas en el recurso de FCC para la exclusión de ACCIONA no caben ser ya analizadas pues sólo adquieren sentido de existir una adjudicación, aquí anulada en base a lo dicho, y en el caso de afectar al resultado de la misma.

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

1. **Estimar** los recurso interpuestos por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A, recurso 39/2019, y por CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A, recurso 41/2019, ambos contra la adjudicación de un contrato de servicio de limpieza viaria y de playas del Ayuntamiento de Sada, en lo tocante a la anulación de la adjudicación y retroacción mencionada en el último de los fundamentos.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

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.