Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Recurso nº 40/2019

Resolución nº 51/2019

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

En Santiago de Compostela, a 11 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A.A.D. actuando en nombre y representación de SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y CONSERVACIÓN contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de recogida y transporte de residuos domiciliarios, limpieza viaria y gestión de punto limpio del Ayuntamiento de Gondomar, expediente 904/2016, 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 el Ayuntamiento de Gondomar se convocó la licitación del contrato de servicios de recogida y transporte de residuos domiciliarios, limpieza viaria y gestión do punto limpio, con un valor estimado declarado de 4.227.003,78 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el BOE de 16.09.2017 y en el DOUE y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 19.09.2017.

Segundo.- Según expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos do Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Tercero.- El acuerdo impugnado es la adjudicación del contrato a la UTE "FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. E INGESER ATLÁNTICA S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS LEY 18/82 DE 26 DE MAYO" (ECOGONDOMAR UTE en adelante).

Cuarto.- Con fecha 08.02.2019 SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y CONSERVACIÓN (GESECO 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, con enlaces para estos efectos desde la web de este Tribunal.

Quinto.- El mismo día se reclamó al Ayuntamiento de Gondomar el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos do sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 01.03.2019.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 01.03.2019, recibiéndose las alegaciones de las empresas FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. e INGESER ATLÁNTICA S.L., en su condición de integrantes de la UTE adjudicataria.

Séptimo.- Este TACGal en sesión de fecha 14.02.2019 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 a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos do sector público, y, en lo que fuese 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.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

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

Cuarto.- Al ser notificado el acuerdo de adjudicación el día 24.01.2019, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

Quinto.- Impugnándose un acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- El recurrente fundamenta su escrito en diversos motivos de impugnación que se irán analizando en esta Resolución. Con carácter general, se refiere a la indebida limitación de su acceso al expediente, a diversos incumplimientos por la adjudicataria de los pliegos de la licitación y en defectos en el asesoramiento técnico y en la valoración de las ofertas presentadas.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone al contenido del recurso, con base en las argumentaciones a las que iremos haciendo referencia en esta Resolución.

Octavo.- Las empresas alegantes se oponen igualmente a los diversos argumentos contenidos en el recurso, defendiendo la corrección de su oferta y del procedimiento de licitación.

Noveno.- Debemos analizar en primer lugar la solicitud de acceso al expediente formulada por el recurrente en su escrito de impugnación, por entender que la declaración de confidencialidad formulada por la adjudicataria se hizo de forma genérica y no debidamente analizada por el órgano de contratación.

La anterior Resolución 114/2018 de este TACGal ordenaba la retroacción de este procedimiento de licitación a los efectos de que se concediese el debido acceso a los entonces recurrentes a la documentación solicitada con base en una declaración de confidencialidad razonada. No es entonces improcedente comenzar con la cita de apartados de la Directiva 2014/24/UE donde se alude a la confidencialidad, siempre buscando ese equilibrio con otro principio, el de transparencia.

"Artículo 21 Confidencialidad

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.

Artículo 55 Información a los candidatos y a los licitadores

3. Los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos, mencionados en los apartados 1 y 2, relativos a la adjudicación del contrato, la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o perjudicar la competencia leal entre operadores económicos."

La Resolución 120/2016, de 14 de diciembre, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, también aporta datos de interés:

"...como explicita el Considerando 2 de la Directiva 2016/943, el ámbito material del secreto comercial "no se circunscribe a los conocimientos técnicos, sino que abarca datos comerciales como la información sobre los clientes y proveedores, los planes comerciales y los estudios y estrategias de mercado ".

En resumidas cuentas, de la repetida Directiva cabe inferir determinados elementos estructurales del concepto "secreto comercial", los cuales, por lo demás, ya se habían asumido con anterioridad en otros países de nuestro entorno [así, la Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, de 14 de marzo de 2006, número marginal 87, BVerfGE 115, 205 (230)]. Por una parte, la información que se quiere mantener secreta debe versar sobre hechos, circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa. Por otro lado, debe tratarse de una información que no tenga carácter público, esto es, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

En tercer término, debe haber una voluntad subjetiva de mantener alejada del conocimiento público la información en cuestión. Y, finalmente, dado que no basta con la concurrencia de este elemento subjetivo, también es necesaria la existencia de un legítimo interés objetivo en mantener secreta la información de que se trate. Interés objetivo que, obviamente, debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar -por ceñirnos a lo que a este caso concierne- cuando la revelación de la información refuerce la competitividad de los competidores de la empresa titular del secreto, debilite la posición de ésta en el mercado o le cause un daño económico al hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial."

En la reciente Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales se menciona:

"A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;

b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto."

Lo que observamos en el presente caso es que hubo una actuación del órgano de contratación que nos separa ya de la situación que motivó la Resolución 114/2018. En aquella, y en lo tocante a la función revisora que le corresponde a este Tribunal Administrativo, la retroacción fue necesaria por cuanto *"ni permite a este Tribunal entender que el Ayuntamiento procedió al necesario análisis de la documentación que forma parte de las ofertas", "no se hizo una valoración respecto al hecho", "el órgano de contratación debió realizar un esfuerzo suficiente...".*

Ahora, tras esa retroacción, hubo un pormenorizado análisis de la documentación de la adjudicataria que llevó a levantar la confidencialidad (32 páginas en el informe de TIRSE, que analiza y concluye este análisis parte por parte, acogido

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

luego en un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento), donde no se adopta un mero conformismo con lo alegado por ECOGONDOMAR UTE, y con acceso, finalmente, a documentos que permitían un elevado conocimiento de su oferta, como fue, por traer un ejemplo – y sin prejuicio de otros-, la totalidad de ese *Documento de síntesis*, que ECOGONDOMAR UTE consideraba confidencial porque era un "Compendio de todo el proyecto", compuesto por 40 páginas de información, y en el que se referenciaba información sobre a que debate el recurso, como luego veremos.

Por lo tanto, si observamos el acuerdo del Pleno de 23.01.2019, la decisión final a este respecto fue de permitir el acceso, solo con excepciones, estas basadas en un análisis que lo justifica. Sin ánimo de ser exhaustivo, en base a esto, vemos que no hubo imposibilidad de acceso al sobre A y C de la oferta, y que en el sobre B tampoco hubo restricción declarada sobre: *Declaración responsable*, *Memoria General. Introducción*, *Memoria General. Manual de organización del servicio y gestión de personal*, *Servicios General y medios comunes. Medios comunes y instalaciones*, *Documento de síntesis*. A mayores, en la *Memoria General* se da acceso a una serie de cuadros con multitud de datos resumen, y que en *Servicios Generales y medios comunes Sistemas de informatización y gestión de la información. Planimetría* se permite respecto de toda una planimetría que recogían muchos aspectos de la oferta. Por otro lado, y a mayores, el texto del recurso ya reconoce que pudo ver otra parte de la oferta de ECOGONDOMAR UTE, que estaba unida a alguno de los informes de evaluación de TIRSE.

Por lo que en ese sentido no podemos concluir que exista un incumplimiento a lo establecido en el artículo 133 de la LCSP que, al regular el deber de confidencialidad, recoge que no se impedirá el conocimiento de las *"partes esenciales de la oferta"*.

Finalmente, del propio recurso, cabe considerar que accedió a la documentación técnica de evaluación, que es citada además en el recurso. Por ejemplo, así resulta también en la referencia que hace de los diferentes documentos de evaluación en los antecedentes que recoge el recurso (por ejemplo, antecedente 4), con descripción de aspectos de los mismos que derivarían de su visualización. Eses informes de TIRSE también contienen descripción pormenorizada de lo que cada licitador ofrecía, además de que, como vimos, el recurrente cita que se unían, en algún de ellos, parte de la propia documentación de ECOGONDOMAR UTE. Solo por quedarnos con uno de ellos a modo de ejemplo, el informe de 14.03.2018 tiene 75 folios de descripción y análisis y, a mayores, unos 40 de plasmación de páginas de las ofertas de los licitadores.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Existe además otro aspecto importante. Mientras que GESECO tuvo todo el acceso anteriormente descrito – así como la documentación referida al último análisis de confidencialidad-, su petición ante este TACGal se queda en un plano totalmente genérico de petición, sin concretar las específicas partes que consideraba necesarias conocer y de porque estas no podían ser confidenciales, para ejercitar este Tribunal su juicio revisor.

En este punto, existe otra observación de interés repetida por los Tribunales de recursos contractuales, como es la Resolución 184/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía al advertir:

> *"No obstante, siendo cierto lo anterior, también lo es que el derecho de acceso a las ofertas de los restantes licitadores no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra entidad licitadora."*

En la misma línea, la Resolución 396/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en un supuesto similar, en cuanto que referido al acceso al expediente en un contrato para la recogida y transporte de residuos urbanos y limpieza viaria, explica:

> *"observa por este Tribunal que la entidad recurrente ha tenido acceso al expediente convenientemente, así como al resto del expediente de contratación no afectado por cláusula de confidencialidad. Es decir, la recurrente ha tenido acceso, es más, ha dispuesto, de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer un recurso y fundarlo debidamente.*
>
> *Hay que tener en cuenta que el acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación en el procedimiento de contratación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, ...*
>
> *En este sentido, el Tribunal comparte el juicio del órgano de contratación en cuanto no existe indefensión desde el momento en que la recurrente ha tenido acceso en todo momento a toda la documentación no declarada como confidencial por los ofertantes, incluido el informe técnico de valoración de las ofertas técnicas junto a sus anexos.*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

(...)

Así ha sido en el caso concreto, pues tal y como señala el órgano de contratación, los documentos afectos por la confidencialidad han sido aquellos relativos al know how de los licitadores (planos, métodos de prestación del servicio, etc.). Es más, no solo están correctamente calificados, sino que además, la recurrente no acierta a decir por qué esos documentos a los que no ha tenido acceso no deberían estar bajo el paraguas de la confidencialidad.

En definitiva, para que pueda ser sacrificado el principio de transparencia y el derecho de defensa de los licitadores a favor del deber de confidencialidad configurado con arreglo al artículo 140 del TRLCSP es necesario que los licitadores que invocan tal deber justifiquen suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial, y así ha sido tal y como consta en las resoluciones pertinentes; es más, la recurrente aduce que no ha podido acceder a determinada documentación que ella estima necesaria para formar su recurso, sin embargo, no justifica por qué aquella confidencialidad (i.e. por qué una determinada forma de proceder no es know how privado del licitador en cuestión) ha sido indebidamente considerada.

Por tanto, con base en todo lo anterior, la alegación relativa al exceso de confidencialidad alegada por VALORIZA debe ser desestimada, no solo por el hecho de que los documentos específicos de los licitadores declarados confidenciales están correctamente calificados en este sentido, sino porque además, no justifica por qué un determinado documento afecto por tal condición está erróneamente calificado como confidencial."

Finalmente, reiterar que nos encontramos ante un recurso fundado en lo que al recurrente muestra su conocimiento de las condiciones de la oferta del adjudicatario lo que le permite argumentar su posición ante este Tribunal, unido a la que en el enjuiciamiento por este Tribunal cabe, según el art. 56.5, conocer y tomar en consideración la información del expediente para resolver, por lo que no procede conceder en este procedimiento el nuevo acceso solicitado.

Décimo.- El recurrente defiende la exclusión de la UTE adjudicataria porque considera que su oferta incumple determinadas exigencias de los pliegos.

Debemos entonces traer a colación nuestra doctrina sobre las exclusiones, a su vez, coincidente con la del resto de Tribunales administrativos de recursos contractuales.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

A estos efectos, sirva la reproducción de la Resolución TACGal 78/2018:

> *"El artículo 145.1 do TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin reserva alguna.*
>
> *La posibilidad de la exclusión de la oferta de un licitador está expresamente recogida en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este precepto establece que*
>
> > *"Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición"*
>
> *Por lo tanto, como señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 113/2018 para determinar la exclusión de la oferta:*
>
> > *"debe considerarse si el producto ofertado incumple las exigencias requeridas en el PPT, sin olvidar que tal incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos."*
>
> *El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 613/2014, también señala que:*
>
> > *"debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

> *procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TR-LCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TR-LCSP cuando exige que: "Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia". En consonancia con ello, debe interpretarse el art 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación"*

Podemos concluir, por lo tanto, y según lo expresado por el TACRC en su Resolución 815/2014, que no cualquier incumplimiento debe suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse según los principios de igualdad y concurrencia, y siempre tiene que suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato.

(...)

...Y no se aporta en el recurso ningún argumento al respecto de que la oferta resulte inviable, en el sentido de que su ejecución se apartaría de lo exigido en los pliegos de la licitación.

Como dijimos en la Resolución TACGal 45/2018:

> *"A mayores, no por conocido no debe ser traído que la exclusión es un resultado especialmente gravoso, por lo que la proporcionalidad no es un principio menor al respecto".*

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 8/2011, que señala que:

> *"la valoración de la documentación requerida y los efectos derivados de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, especialmente, al de proporcionalidad."*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Igualmente en nuestra Resolución 12/2018 ya precisábamos que:

> *"es necesario señalar que la exclusión de las ofertas por cuestiones formales debe ser objecto de una interpretación estricta, por ser un acto contrario a los principios de libre concurrencia y antiformalidad que rigen en la contratación pública, y vinculada en todo caso a criterios de proporcionalidad. Más en un supuesto en que ya existe un adjudicatario, por lo que los intereses de terceros licitadores no pueden prevalecer sobre el interés público que supone el cumplimento de la oferta más ventajosa, aquí ya declarada en el acuerdo de adjudicación"*

Lo primero que alega el recurso es que la oferta de ECOGONDOMAR UTE no detalla sus jornadas en la "recogida de fracción orgánica y resto".

Pues bien, a mayores del cuadro ya citado por el recurso, si acudimos a la oferta de la adjudicataria, en el apartado 3.6 de su *Memoria General*, existe un apartado titulado *"Horarios, turnos, frecuencias y jornada laboral", d*onde especifica los horarios de mañana y tarde y las jornadas, con mención a las horas de cada turno para los diferentes días de la semana y las frecuencias. También, en su apartado 4.1 existe una mención específica a la "*Recogida y transporte de fracción resto*", con también cita de itinerarios, horarios y frecuencias, así como a las horas de cada turno para los diferentes días de la semana y a las frecuencias, con expresión de estas por temporada. También hay una mención a esa información en las páginas 8 y 9 del *Documento de síntesis* del sobre B de la adjudicataria, al que pudo tener acceso el recurrente tras la retroacción decretada por el TACGal.

La siguiente alegación de GESECO es que ECOGONDOMAR UTE dejará sin recoger 1.800 toneladas anuales, dado que solo es factible efectuar una carga completa por cada camión por jornada.

En esta cuestión, el informe técnico que se nos reproduce por el órgano de contratación da cuenta de la explicación por la que se desvirtúa esa tesis:

> *"La UTE en la página 32 establece las cargas útiles por vehículo siguientes: (...)*
>
> *Además establece los tiempos siguientes de dimensionamiento: (...)*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Teniendo en cuenta estos tiempos la UTE establece en las rutas dimensionadas lo siguiente: (...)

Es decir, tal y como se señala en la planimetría, realiza a dos portes una ruta de carga lateral y otras dos de carga trasera, con lo que no solo justifica los kilogramos que indica el pliego de condiciones, sino que corrobora lo indicado en el siguiente cuadro que aparece en la página 18 de la Memoria general (4.813.280) kg de francción resto).

(...)

Por otra parte realiza una justificación coherente y detallada en las páginas 32, 33 y 34 de dicho libro, apoyados en todo momento con los planos aportados en el libro correspondiente.

(...)

Toda esta información aparece expresada en el documento de síntesis, en las páginas 9 y 10. Además se complementa en la planimetría, ambos documentos declarados no confidenciales y a los que GESECO ha podido acceder.

Con toda esta información se constata que la empresa ECOGONDOMAR UTE cumple con el objetivo fundamental de recoger todos los residuos generados del municipio."

“La UTE, presenta, como ya explicamos en la contestación anterior, una serie de tiempos de dimensionamiento de la ruta que resumimos en los siguientes: (...)

A estos tiempos hay que sumarle los que indica de rendimiento según el tipo de recogida y que constan en la página 32 de la MEMORIA GENERAL: (...)

Por lo tanto, y haciendo unas sencillas operaciones matemáticas, constatamos que todas las rutas presentadas por la UTE están dentro de los tiempos de jornada, ya que ninguna de ellas excede de 7 horas.”

La siguiente crítica de recurso es que, segundo GESECO, la oferta de ECONGONDOMAR UTE no aporta los datos requeridos en el pliego respecto a los equipos de reserva relativos al número de horas, antigüedad y normativa euro. Frente a esto, el informe que remite el órgano de contratación recoge como la oferta de la adjudicataria contenía descripción de los equipos para realizar los trabajos, fichas

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

técnicas y permisos de circulación de los medios materiales, etc..., con argumentación cara al no incumplimiento de los pliegos. En este punto es de interés recordar lo que, por citar una, recoge la Resolución 145/2018 TACRC:

> *"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."*

La Resolución TACRC 691/2017 (o también a 1170/2018) explica:

> *"Así hay que tener en cuenta que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, mención al PCAP que se extiende al pliego de prescripciones técnicas.*
>
> *(...)*
>
> *Conciliando ambas consideraciones, la de la naturaleza del PPT como documento dirigido esencialmente a la adjudicación y no a la regulación de la licitación, y la obligación que cumplimiento de ambos pliegos, hemos dicho (así Resoluciones 325/2011, de 21 de diciembre, y 19/2012, de 18 de enero, 250/2013, 548/2013, 29 noviembre, 4 de julio, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, 551/2014 de 18 de julio, 763/2014, de 15 de octubre y 560/2015, de 12 de junio) que el incumplimiento de los requisitos técnicos exigidos en el PPT no es, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse ab initio que dicho incumplimiento se vaya a producir; ahora bien si de las especificaciones de la propia oferta cabe concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento, cabe la exclusión."*

Una vez fijado que la exclusión es un resultado especialmente gravoso, y que la idea que preside el análisis de esta cuestión debe estar referido a la imposibilidad manifiesta de la adecuada ejecución del objecto del contrato, no apreciamos que de la oferta del adjudicatario resulte tal imposibilidad, resaltando a estos efectos que la cláusula 2.3 do PPT ya advierte que *"el licitador presentará en su oferta de ejecución*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

del servicio, y en todo caso, con anterioridad al inicio de la prestación de servicios objeto del contrato, una relación detallada de bienes, maquinaria y vehículo que pretenda incorporar al servicio", lo que dificulta ya apreciar motivo de exclusión de la oferta en base a ese aspecto.

GESECO también denuncia el incumplimiento de la justificación de los sectores de recogida en la oferta de la adjudicataria, a lo que se responde desde el ámbito de la Administración contratante que:

> *"Esta información del licitador y adjuntada a continuación, está incluida en el Anexo 11.2.2 Anexo de tablas resumen, sita en el sobre B. Memoria Técnica donde aparecen los sectores de recogida con el nº de plano correspondiente.*
>
> *Estas tablas se declararon no confidenciales, por lo que GESECO ha podido tener acceso a las mismas para presentar este recurso."*

La última referencia a la exclusión está ligada, en el recurso, a la alegación de que la oferta de ECOGONDOMAR UTE no define en lo que se refiere a la limpieza con motivo de fiestas, ferias y actos públicos en general, lo que se rebate desde lo aportado por el órgano de contratación con mención a que está recogido en el Sobre B en *Memoria General*, en el capítulo 4.10 "Limpieza con motivo de fiestas, ferias y actos públicos en general", página 114 y siguientes. También se alude a esto en las páginas 25 y 26 del *Documento de síntesis* del sobre B de la adjudicataria, al que pudo tener acceso el recurrente tras la retroacción decretada por el TACGal.

En definitiva, de lo visto no apreciamos que existiera una exclusión que se muestre, en palabras de la doctrina antes recogida, *"con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos".* O como expresamos en la Resolución TACGal 79/2018: *"... no se admite motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativo a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado."*

Igualmente alega el recurrente que procedería la exclusión de todos los demás licitadores *"por haber incluido en la oferta económica el valor de la mejora correspondiente a la campaña de concienciación y educación ambiental".*

Como estamos a explicar, este Tribunal manifestó en diversas resoluciones que la exclusión de un licitador es una decisión especialmente gravosa, que como tal debe

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

ser valorada con proporcionalidad. En ese sentido, y en virtud del principio de transparencia, una aplicación de los pliegos que suponga la exclusión de una oferta debe estar basada en una regla clara y entendible por todo licitador diligente y suficientemente informado.

El órgano de contratación en su informe, señala que esa campaña de concienciación lleva aparejado un costo para a Administración y conforme a los pliegos debía reflejarse su cuantificación económica.

Pues bien, se analizamos el contenido do PCAP resulta que el Anexo II que recoge el *Modelo de proposición económica* parece diferenciar las mejoras sin contraprestación económica y la campaña de sensibilización como apartados separados, al señalar:

> *"El precio ofertado se corresponde con la suma de los importes que se indican en el anexo correspondiente (tabla) por lo que se desagregan los costes de los servicios objeto de la licitación.*
>
> *Mejoras sin contraprestación económica IVA no incluido (en letra y en número). Campaña de sensibilización IVA no incluido (en letra y en número)."*

Esto queda ratificado cuando vemos que se recoge que el precio ofertado será la *"suma de los importes que se indican en el anexo correspondiente (tabla)"*, y que si acudimos a la cláusula 11.2 do PPT donde se refleja esa tabla a incluir en el sobre C con la proposición económica, observamos que el apartado K corresponde con la *"campaña de sensibilización y educación ambiental",* por lo que no existe duda de la obligatoriedad de su consignación.

En este sentido, no cabe admitir la alegación del recurrente de que debería constar en ese cuadro pero con un importe de cero euros, puesto que en ese caso se incumpliría la obligación de que el precio ofertado fuese la *"suma de los importes que se indican en el anexo correspondiente (tabla)".*

Todo lo cual hace que proceda desestimar también este motivo de recurso.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Décimo primero.- El recurrente argumenta que se incorporaron a la valoración nuevos criterios no previstos en los pliegos de la licitación y que, por lo contrario, no se valoraron algunos de los aspectos incluidos no PCAP.

Este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse al respecto del modo de valoración de las proposiciones y de la existencia de subcriterios. En nuestra Resolución 32/2019 indicábamos al respecto:

> *"La Sentencia do Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) de 1 de febrero de 2018, asunto T-477/15, recoge que un evaluador de un contrato público debe poder tener cierto margen de maniobra para llevar a cabo su tarea y, sin modificar los criterios de adjudicación del contrato establecidos en el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (con cita a la Sentencia del 4 de octubre de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, asunto C-629 / 11 P, no publicado, EU: C: 2012: 617, párrafo 21).*
>
> *Centrados ya en la cuestión dos subcriterios, existe una doctrina consolidada al respecto del TGUE, descrita, entre otras, en la S. TGUE de 20.12.2017, asunto C-677/15 P, apartado 33:*
>
> *"No obstante, un órgano de contratación puede determinar, tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas, coeficientes de ponderación para los subcriterios que correspondan sustancialmente a los criterios previamente dados a conocer a los licitadores. Esta determinación a posteriori debe, no obstante, cumplir tres requisitos, a saber, en primer lugar, no debe modificar los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación; en segundo lugar, no debe contener elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y, en tercer lugar, no debe haber sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener un efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04, EU:C:2005:718, apartado 32; de 21 de julio de 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, no publicada, EU:C:2011:512, apartados 32 y 33, y de 14 de julio de 2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, apartado 26)."*
>
> *Como recoge la Resolución 92/2015 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en línea con lo que antes expresábamos: "Por tanto, el hecho en sí de que no se haya establecido una ponderación mediante la asignación de concretos puntos a cada uno de los aspectos que podrán ser tenidos*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

en cuenta a la hora de valorar la oferta no se considera por sí sola motivo suficiente para anular el pliego en este punto. No obstante lo anterior, el hecho de que se admitan como legales criterios y subcriterios susceptibles de diversas interpretaciones no supone reconocer en el órgano de contratación una plena discrecionalidad en la valoración. Muy al contrario, de la aplicación correcta o incorrecta de estos criterios podrá derivarse la posibilidad de que el Tribunal, en el caso de que la adjudicación llegara ser impugnada, declare que se ajusta o no a la Ley y al contenido de los pliegos."

Pues bien, podemos concluir, como señala la sentencia citada do TGUE de 20.12.2017, que la ponderación de subcriterios en la evaluación técnica de las ofertas debe cumplir tres requisitos:

- en primer lugar, no debe modificar los criterios de adjudicación de contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio da licitación

- en segundo lugar, no debe contener elementos que, de ser conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, pudieran influir en tal preparación

- y, en tercer lugar, no debe ser adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener un efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores

Ya adelantábamos que en este caso no apreciamos vicios que determinen la anulación de la valoración efectuada, teniendo en cuenta además que las principales alegaciones al respecto del recurrente se fundamentan en supuesta omisiones de los pliegos o de las valoraciones efectuadas que en la realidad no son tales, pues del expediente remitido, como veremos, constan con claridad, e incluso en repetidas ocasiones, menciones explícitas que desvirtúan lo alegado en el recurso.

Así, el recurrente fundamenta su crítica en el documento denominado "Aclaraciones 1", presentado a la mesa de contratación por la mercantil encargada del asesoramiento técnico. Lo primero que debemos precisar es que ese documento establece, a petición de la mesa de contratación, lo que denomina *"desglose interno de la puntuación en la valoración de las ofertas"* pero no se puede obviar que en este procedimiento es evidente que la valoración de cada uno de los aspectos de las ofertas fue efectuada por la mesa de contratación, que quedó plasmada en sucesivas actas de ese órgano, ya que el hecho correcto no se limitó a asumir el asesoramiento

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

técnico solicitado sino que, en base al mismo, procedió a una exhaustiva evaluación que le llevó a modificar concretas puntuaciones de los informes de asesoramiento.

Analizando los diversos aspectos que el recurrente señala en su escrito como subcriterios de nueva aparición, lo que se nos muestra es que los mismos no exceden de lo que es un procedimiento de análisis técnico de las ofertas según lo previsto en los pliegos. Por ejemplo, el *"horario de apertura, vigilancia y control de la instalación" y* la *"limpieza y mantenimiento de las instalaciones",* criticados expresamente en el recurso, son una clara concreción del criterio a puntuar en el PCAP definido como *"proyecto de gestión de punto limpio"*.

Pero no solo eso, sino que en la estructura que el PCAP exige a los licitadores como guión para presentar sus ofertas y que expresamente señala que preceptúa el *"que será objeto de valoración por el órgano de contratación y como se procederá a dicha valoración",* aparece indicado en el punto 3 el *"horario de apertura"*, la *"vigilancia y control de la instalación*" y la "*limpieza y mantenimiento*", lo que determina que la alegación del recurrente carezca de fundamento.

Lo mismo sucede con los demás aspectos señalados por el recurrente en el apartado *"servicios generales y medios comunes"*, *"proyecto de limpieza viaria"* y *"proyecto de recogida de residuos sólidos urbanos"* en los que los subapartados impugnados aparecen o bien textualmente mencionados en la estructura establecida en el PCAP, o bien son una explicitación de lo recogido en los pliegos, como puede suceder en el denominado por el recurrente subcriterio correspondiente a las fichas técnicas en relación con la valoración de la maquinaria prevista en el PCAP. En este concreto aspecto, en el acta de la mesa de contratación de fecha 15.05.2018 consta expresamente que se *"entiende que las fichas técnicas se consideran muy importantes, ya que con ellas se puede corroborar la existencia real de estos medios y las características de unos vehículos concretos"*, algo que de ninguna manera puede tacharse de ilógico.

Igualmente debemos señalar como prueba de que no se recogen aspectos *ex novo* que no pudieron ser tenidos en cuenta por los licitadores, que en la valoración de la práctica totalidad de esos subcriterios los licitadores presentados hicieron expresa mención a eses aspectos en sus ofertas, y en el caso de la mercantil recurrente en muchos de los casos de forma detallada y satisfactoria según la mesa de contratación, por lo que no cabe apreciar que le fuesen desconocidos, ni que supusieran ningún efecto discriminatorio.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Por otro lado, tampoco podemos admitir la alegación referida a que otros subcriterios expresamente recogidos en los pliegos de la licitación no fueron tenidos en cuenta en la valoración. En primer lugar, debemos precisar que el recurrente no se refiere aquí a los propios criterios de valoración, sino a determinadas partes de la descripción de dos subcriterios que a la vez configuran dos criterios de valoración. En relación con estos cuatro subapartados a que se refiere el recurso, tres de ellos aparecen expresamente citados y analizados tanto en el propio informe de evaluación de fecha 14.03.2018, páginas 19 y siguientes, como en las actas de la mesa de contratación; y el cuarto aspecto, el referente a la "integración de los horarios" en el proyecto de limpieza viaria, cabe entenderlo integrado en la propia evaluación de ese criterio y aparece mencionado en el acta de la mesa de contratación de fecha 15.05.2018, lo que obliga a rechazar la alegación del recurrente, que no muestra prueba que desvirtúe los hechos indicados.

Así, no apreciamos que se produjese en este procedimiento una modificación de lo recogido en los pliegos de la licitación que permita invalidar la evaluación realizada. Más bien al contrario, lo que se nos muestra es que tanto la empresa encargada del asesoramiento técnico, que realizó no solo un informe valorativo sino tres más que contienen aclaraciones a dudas formuladas por la mesa de contratación, como la propia mesa de la que constan en el expediente diversas actas de sus sesiones, realizaron un pormenorizado análisis de las ofertas de los licitadores, haciendo expresa y detallada referencia a los criterios recogidos en los pliegos de la licitación.

En conclusión, reconocido el derecho del evaluador de una licitación de poder tener cierto margen de maniobra para llevar a cabo su tarea, como señala la Sentencia del TGUE de 1 de febrero de 2018, no se nos muestra por el recurrente alejamiento de los criterios fijados en el PCAP, ni se precisa la existencia de desviación de poder, arbitrariedad o error manifiesto, que justifique que proceda su anulación por este Tribunal, por lo que procede la desestimación de este motivo de recurso.

Décimo segundo.- El recurrente argumenta por otra parte, la existencia de diversas irregularidades referentes a la contratación y participación en el procedimiento de la empresa encargada del asesoramiento técnico para la evaluación de las distintas ofertas.

A este respecto, debemos señalar lo ya expresado con anterioridad en esta Resolución en relación con la profunda participación de la mesa de contratación en la evaluación de las distintas ofertas, hasta llegar a modificar aspectos del informe de evaluación y las concretas puntuaciones otorgadas, como así consta en el acta de

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

15.05.2018. Reiteramos nuevamente que la mesa analizó las diversas ofertas técnicas en ocho sesiones, de las que constan las correspondientes actas en el expediente, lo que ya de por si hace decaer los argumentos del recurrente, puesto que los mismos solo se fundamentan, además, en genéricas irregularidades en la contratación de la empresa asesora.

En consecuencia, aún cuando lo informado por esa empresa evidentemente sirvió de apoyo a la actuación de la mesa de contratación, es incuestionable el análisis y valoración por la misma de las distintas ofertas, por lo que no alegándose irregularidades en la conformación de su voluntad, procede la desestimación de este motivo de recurso.

Décimo tercero.- GESECO finalmente alega diversas incoherencias que, a su entender, se produjeron en la valoración de su oferta y de la adjudicataria en dos apartados concretos, indicando al respecto que "*son solo una pequeña muestra de las incongruentes valoraciones realizadas por TIRSE".*

Lo primero que debemos indicar es que corresponde al recurrente aportar a este Tribunal argumentos en defensa de su postura, por lo que solo procede valorar las posibles incoherencias señaladas expresamente en el escrito del recurso, y no otras de las que no se hace mención ni razonamiento al respecto. En consecuencia, ya debemos señalar que esos dos aspectos impugnados en nada afectaron al resultado de la valoración, puesto que aún admitida la argumentación del recurrente no bastaría para alcanzar la puntuación del adjudicatario.

Además, en relación con los planos explicativos de las rutas criticados por el recurrente, su valoración es unicamente un subapartado de un criterio más amplio, referido a la "calidad y congruencia de los servicios ofertados", constando en el acta de la mesa de contratación de fecha 15.05.2018 argumentación razonada y suficiente de la puntuación otorgada a cada una de las ofertas, que conforme a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación este Tribunal debe respectar. El mismo podemos indicar respecto a la otra alegación sobre el horario del punto limpio, que forma parte de un criterio conjunto de *"gestión de punto limpio"*, en el que fueron valorados según la misma acta de 15.05.2018 diversos aspectos que el recurrente obvia en su recurso, con expresos argumentos de la mesa de contratación sobre el contenido de cada una de las ofertas, sin que se aprecie error o arbitrariedad al respecto.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Todo lo cual determina igualmente que tampoco proceda estimar este motivo de impugnación.

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 SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y CONSERVACIÓN contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de recogida y transporte de residuos domiciliarios, limpieza viaria y gestión de punto limpio del Ayuntamiento de Gondomar, expediente 904/2016.

2. Levantar a 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 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.