Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Recurso nº 59/2018

Resolución nº 56/2018

RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 8 de agosto de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por I.T.G. actuando en nome e representación de CARPA SERVICIOS Y CONSERVACIÓN S.L contra a exclusión da súa oferta da licitación do Concello de Pontevedra para a concesión da obra pública para a reforma, mellora, ampliación e explotación do complexo deportivo (piscina municipal) de Campolongo, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- O Concello Pontevedra convocou a licitación para a concesión da obra pública para a reforma, mellora, ampliación e explotación do complexo deportivo (piscina municipal) de Campolongo, cun valor estimado declarado de 29.005.372,82 euros. Foi obxecto de publicación, entre outros, no Boletín Oficial da Provincia de Pontevedra de 8 de marzo e 2018.

Segundo.- Segundo a cláusula 63 do Prego de cláusulas administrativa particulares *"la naturaleza de la relación que vinculará al concesionario con el Ayuntamiento será la propia del contrato de concesión de obras públicas, regulado en el TRLCSP, lo que comportará la construcción de la obra reflejada en el proyecto que se apruebe y su explotación para la prestación de un servicio público".*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Terceiro.- A actuación recorrida é a exclusión da recorrente desta licitación, decretada na reunión da mesa de contratación de 27.06.2018 e publicada na Plataforma de contratación do sector público de 28.06.2018

Cuarto.- O 17.07.2018 CARPA SERVICIOS Y CONSERVACIÓN S.L (CARPA, en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 18.07.2018 reclamouse ao Concello de Pontevedra o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 30.07.2018.

Sexto.- Trasladouse o recurso aos interesados o 31.07.2018, presentándose alegacións por SERVIOCIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN S.L.

Sétimo.- O 23.07.2018 o TACGal acordou a medida suspensiva da licitación.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- Sendo a oferta do recorrente a excluída, aparece a lexitimación do artigo 48 LCSP.

Cuarto.- En virtude das datas descritas, o recurso foi interposto no prazo previsto no art. 50.1.c) LCSP.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Quinto.- Estamos en presenza dunha concesión de obra pública cun valor estimado de 29.005.372,82 €, polo que é admisible o recurso ao abeiro do artigo 44.1.c) e 2.b) LCSP.

Sexto.- O recorrente, CARPA, solicita que se revogue a exclusión da súa oferta, por canto discrepa de que non acade o mínimo esixido respecto ao grao de sostenibilidade medioambiental, en base aos argumentos que logo desenvolveremos.

Sétimo.- SERVIOCIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN S.L expresa que os pregos son firmes e consentidos para o recorrente e que a súa proposición non cumpre as especificacións previstas neses.

Oitavo.- O informe do órgano de contratación defende a decisión adoptada en base a consideracións como as que logo reproduciremos. A liña das mesmas queda explicitada nestes apartados, en todo caso:

> *"Es palpable la diferencia entre los tres licitadores que obtienen puntuación superior, y que desagregaron los requisitos de sostenibilidad ambiental, respecto de la oferta de CARPA.*
>
> *Es evidente que la licitadora CARPA se olvida de este asunto pues en toda su documentación (más de 2.000 folios) no se hace referencia a este apartado del pliego. No se ajustó en modo alguno, en su descripción técnica, a lo determinado en el PPT que establecía los requisitos a cumplimentar, especificando la exclusión por incumplimiento de no adecuarse a lo dispuesto para obtener un mínimo de seis puntos*
>
> *Se manifiesta claramente la no aportación de propuesta al objeto de la justificación requerida en el pliego, solamente con visualizar los argumentos expuestos en su recurso. Así, "busca" palabras y conceptos de su oferta donde haga referencia a ahorro energético, sin poder encontrar un solo epígrafe o párrafo que desarrolle y justifique los cuatro criterios de sostenibilidad. Un incumplimiento objetivo, expreso y claro.*
>
> *A título de ejemplo y sin ir más lejos, en lo referente a la "Instalación Climatización Solar-Térmica" incluye, únicamente una referencia de una línea en el presupuesto y que al tiempo ni siquiera se desarrolla, impidiendo su valoración pues se desconoce el sistema a implantar.*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

En fin, una omisión de los requisitos mínimos exigibles para la constatación de la sostenibilidad ambiental de la dotación, que comportó, a la postre, la pautada exclusión del procedimiento de la oferta formulada por "CARPA".

La Mesa de Contratación, órgano técnico colegiado, adecuó su actuación a los requerimientos establecidos en los pliegos en cuanto a la justificación del grado de sostenibilidad medioambiental y, con sujeción a los mismos, formuló la valoración de las ofertas y su previa adecuación o exclusión de forma motivada.

En consecuencia, la redacción de la cláusula 4.5 del PPT y de los artículos 19.2 y 5 del PCEA era clara y de comprensible lógica. Cada licitadora justificaría en el anteproyecto presentado los requisitos mínimos precisados de sustentabilidad ambiental para la obtención, cuando menos, de un umbral de 6 puntos. Una prescripción indiscutible al requerirse la objetivable constatación en el equipamiento deportivo municipal de la iniciativa de estrategia y de gestión energética que, en su vertiente ambiental, requería francamente el Concello de Pontevedra."

Noveno- O debate presentado polo recorrente está referido a considerar se a súa oferta daba o mínimo esixido respecto ao grao de sostenibilidade medioambiental a expoñer no anteproxecto, polo que, en base ao principio de congruencia, esta é a cuestión a solventar.

A maiores non é necesario desenvolver, por ser amplamente coñecido, que o prego, firme e non impugnado, é lex contractus, polo que, unha vez máis, debemos partir do mesmo.

No acordo de exclusión o que se recolle verbo da oferta de CARPA foi:

"A oferta contida no sobre B, non cumpre co requisito de acadar, polo menos, 6 puntos no análise do grao de sostenibilidade medioambiental que incumprir o requisito establecido no artigo 4.5 do prego de prescricións técnicas e dos artigos 19.2 e 19.5 do prego de condicións económico-administrativas, dado que neste aspecto a empresa obtén 0 puntos".

Seguindo esas referencias citadas, debemos reproducir eses apartados dos pregos:

- Prego de prescricións técnicas (PPT)

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

4.5.- Considerarán que, con el fin de conseguir una edificación con un cierto y mínimo grado de sostenibilidad medioambiental, se establece como prescripción técnica, a justificar en los anteproyectos presentados, la obtención de, al menos, 6 ptos mediante la aplicación de los siguientes requisitos, siempre partiendo de la superación de los mínimos que ya resulten obligados según la normativa aplicable:

El empleo de sistemas de eficiencia energética que supongan un ahorro de, al menos, un 15% sobre el consumo original de ajustarse estrictamente a la normativa aplicable. A estos efectos el rendimiento energético del edificio se acreditará mediante los certificados de eficiencia energética, regulados en el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.	5 ptos.
El empleo de fuentes energéticas limpias, como la solar, para la generación de energía eléctrica, climatización y generación de agua caliente, que representen, al menos, el 15% por encima de la mínima obligada.	5 ptos.
Empleo técnicas de diseño bioclimático, considerando su eficiencia (relación coste/eficacia).	Hasta 5 ptos, según su alcance.
El aprovechamiento de las aguas que se puedan recoger sobre la cubierta.	Hasta 3 ptos, según su alcance.

- Prego de condicións económico-administrativas

19.2: "Se recuerda que toda proposición debe ser debidamente firmada por representante de la empresa (o todos los representantes de las empresas con intención de constituirse en UTE o sociedad concesionaria, según lo expuesto con anterioridad).

La documentación tendrá el suficiente grado de detalle que permita valorarla de acuerdo con los criterios de adjudicación.

Deberán contemplar todas las condiciones mínimas, en cuanto a contenidos y ejecución, establecldas en los pliegos de condiciones administrativas y de prescripciones técnicas, Incluidas las de carácter medioambiental.

Se recuerda de nuevo la no inclusión en este sobre de datos o extremos que permitan deducir las ofertas relativas a criterios objeto de valoración automática, que habrán de constar en el sobre C. El incumplimiento de esta previsión puede dar lugar a la desestimación de la oferta. En este sentido, no se podrá hacer referencia alguna a las tarifas, canon, minoración de la aportación municipal, así como a cualquier otra

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

cuestión o aspecto que permita deducir la oferta de criterios automáticos (art. 22 de estos pliegos).”

19.5. “5. Cada licitador presentará un Anteproyecto de la obra en el que se contemple y justifique técnicamente la solución que proponga. En el mismo deberá hacerse mención a aquelos aspectos que son valorables según estos pliegos (consistencia y durabilidad, aprovechamiento luz natural, etc.)

Será redactado y firmado por técnico competente. Asimismo, deberá justificar el cumplimiento de los mínimos precisados en los pliegos de prescripciones técnicas, incluidos los relativos a la sostenibilidad ambiental.”

Polo tanto, para este TACGal estamos en presenza dunha previsión no prego clara de que era necesario acadar esa puntuación, previsión ademais recollida con elementos definidos ao respecto.

En efecto, en primeiro lugar, das cláusulas transcritas quedaba evidente que o apartado da sostenibilidade medioambiental era un aspecto do nivel de esencial a describir no anteproxecto, e ademais o PPT contiña unha referencia suficientemente pormenorizada de que se buscaba en concreto, como acreditalo, e as puntuacións de cada un deses aspectos, unido a que, a maiores houbo ate dúas preguntas respondidas polo órgano de contratación sobre este apartado. En definitiva, un licitador dilixente podía coñecer a configuración que tiña este aspecto nas condicións da licitación e as consecuencias de non asumilo nas súas proposicións.

Fronte a isto o que alega o informe técnico, ao revisar o anteproxecto do recorrente, neste punto que:

“Únicamente realiza un enunciado genérico de “una reducción de costes energéticos de en torno al 45%”, en la página 100 del Anteproyecto de obra.

Sin embargo no describe medidas concretas ni aparece justificación de tal reducción, siguiendo el R.D. 235/2013.

En consecuencia, con la aplicación de los requisitos que figura en artículo 19.5 del PCEA, obtendría 0 puntos.”

O texto do recurso non desvirtúa en si mesmo estas apreciacións senón que basea a súa liña defensiva en atopar na oferta presentada diferentes aspectos que poden ser entendidos como de afectación ou mellora medioambiental para agora

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

aportar que hai tal dimensión no seu anteproxecto. Cita entón como exemplos da sostenibiidade medioambiental da súa oferta que no seu anteproxecto haxa mencións á creación de fiestras, ás carpinterías exteriores, á iluminación tipo LED, ás bombas que se usarán, ao control centralizado de alumeado, climatización, electricidade e fontanería, á descrición do edificio, os ascensores, etc...

Dada a configuración que as condicións de licitación establecían para a cuestión da sostenibilidade ambiental, e o grao de desenvolvemento da descrición que se requiría, non existen razóns para tildar de contrario a dereito que se estime que a proposición do recorrente non acolleu o solicitado, nin que agora sexa un camiño válido para desvirtualo a cita de elementos repartidos ao longo do proxecto aos que, a posteriori, poder atribuírlles neste intre algún cariz medioambiental.

O informe do órgano de contratación expresa a este respecto:

> *"Es de destacar que CARPA, no solo no configura en un apartado específico el cumplimiento de sostenibilidad ambiental, sino que hace algunas referencias aisladas y sin conexión entre sí en la documentación del sobre B, que ahora como recurrente espiguea y pretende así suplir al necesario relatorio justificativo del grado de sostenibilidad medioambiental donde, de acuerdo con el artículo 4.5 del pliego técnico ha de justificarse:*
>
> *(...)*
>
> *Esta justificación es una de las partes más importante del sobre B, ya que si no se supera la valoración cualitativa de 6 puntos, relativa a la sostenibilidad ambiental, no se continúa en el proceso de selección de ofertas.*
>
> *Los requisitos a testimoniar se contenían en el cuadro reproducido para su posterior descripción en el anteproyecto, del cual se pudiera valorar y asignar la puntuación propuesta. La falta de justificación, a través del concreto apartado, veda que esta se pueda inferir para su evaluación a través de acudir a los diseños contemplados a lo largo de las previsiones técnicas de los documentos del anteproyecto y, de esa forma, extraer si alguna de las determinaciones proyectadas se compadece con los criteriosmedioambientales del cuadro de razón.*
>
> *A pesar de ello, el licitador recurrente opta por no incluir un apartado específico justificativo, limitándose ahora en su recurso a tratar de suplir tal contenido por referencias aisladas que aparecen en otros apartados de toda la documentación que figura en el sobre B.*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

El artículo 4.5 del pliego técnico es claro cuando determina que "se establece como prescripción técnica, a justificar en los anteproyectos presentados, la obtención de, al menos, 6 puntos" en la sostenibilidad ambiental. Se exige expresamente no sólo que la oferta cumpla con esta sostenibilidad sino que se justifique en los anteproyectos presentados. En la misma línea el artículo 19.5 del PCEAP, de manera expresa requiere que en las ofertas se justifique el cumplimiento de los mínimos precisados en los pliegos de prescripciones técnicos, haciendo referencia expresa a los relativos a la sostenibilidad ambiental. La recurrente incumple claramente el mandato de los pliegos y no justifica el cumplimiento de la sostenibilidad exigida.

(...)

La justificación de los criterios relativos a la sostenibilidad ambiental como apartado, epígrafe o documento no aparece en la oferta de CARPA, a diferencia de otros licitadores, a pesar de la trascendencia que tiene para la continuación del licitador en el proceso.

El recurrente en su recurso no solo reproduce medidas que en su oferta aparecen dispersas (a lo largo de las 2.161 páginas que conformen su oferta) y como una mera mención, sino que ahora las desarrolla, explica, sistematiza y trata de situar y justificar, en que apartado de la sostenibilidad ambiental habría de situarse cada una.

Por lo que no sólo está tratando de subsanar y completar su oferta mediante el Recurso ahora presentado (lo que, como veremos, resulta inadmisible, según la doctrina sentada por el TACRC a partir de la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea) sino que tal intento resulta en todo caso infructuoso por cuanto ni tan siquiera es capaz de incardinar (no ya de justificar debidamente como se alcanzan los mínimos exigidos por esa cláusula 4.5 del PPT) cada una de esas medidas dispersas incluidas en su extensísima oferta en uno de los cuatro criterios de sostenibilidad ambiental recogidos en los pliegos, haciendo referencia en muchos casos a varios de ellos."

Neste sentido, non por coñecido é improcedente expresar que, como recollimos xa en precedentes resolucións do TACGal (por todas, Resolución 5/2018, 33/2018...), nestes debates, ao tratarse de aspectos que se avalían con criterios estritamente técnicos, o Tribunal non pode corrixilos aplicando criterios xurídicos, sen prexuízo de que poidan ser obxecto de análise cuestións formais da valoración, como as normas de competencia ou de procedemento, por exemplo, ou a análise de se na valoración se aplicaron criterios arbitrarios ou discriminatorios, ou omisións ou erros materiais ao

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

efectuala. Fóra destes aspectos, o Tribunal debe respectar os resultados de devandita valoración.

Finalmente, o recorrente tamén recollía que *"si se hubiera realizado un seguimiento exhaustivo de los criterios de sostenibilidad ambiental en todas las ofertas admitidas a licitación, es más que probable que ninguna de ellas, hubiera cumplido con el mínimo exigido de seis puntos"*

A respecto debemos significar que vistas as alegacións do recorrente a as explicacións contidas no informe do órgano, con mención a como estas acadaban o requirido, non se aprecia arbitrariedade neste punto, pero bastaría con expresar que tal liña argumentativa carece de eficacia cara a pretensión exercitada, posto que no hipotético caso de que a súa afirmación fora certa (destacamos que é recollida ademais só como probabilidade), iso non faría que se dera por aceptable a proposición do recorrente.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por CARPA SERVICIOS Y CONSERVACIÓN S.L contra a exclusión da súa oferta da licitación do Concello de Pontevedra para a concesión da obra pública para a reforma, mellora, ampliación e explotación do complexo deportivo (piscina municipal) de Campolongo.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

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

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.