

Recurso nº 59/2018

Resolución nº 56/2018

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

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por I.T.G. actuando en nombre y representación de CARPA SERVICIOS Y CONSERVACIÓN S.L. contra la exclusión de su oferta de la licitación del Ayuntamiento de Pontevedra para la concesión de la obra pública para la reforma, avance, ampliación y explotación del complejo deportivo (piscina municipal) de Campolongo, 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 Pontevedra convocó la licitación para la concesión de la obra pública para la reforma, avance, ampliación y explotación del complejo deportivo (piscina municipal) de Campolongo, con un valor estimado declarado de 29.005.372,82 euros. Fue objeto de publicación, entre otros, en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra de 8 de marzo y 2018.

Segundo.- Según la cláusula 63 del Pliego de cláusulas administrativas 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”*.

Tercero.- La actuación recurrida es la exclusión de la recurrente de esta licitación, decretada en la reunión de la mesa de contratación de 27.06.2018 y publicada en la Plataforma de contratación del sector público de 28.06.2018

Cuarto.- El 17.07.2018 CARPA SERVICIOS Y CONSERVACIÓN S.L (CARPA, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 18.07.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Pontevedra 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 30.07.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 31.07.2018, presentándose alegaciones por SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN S.L.

Séptimo.- El 23.07.2018 el TACGal acordó la medida suspensiva de la licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en 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.- Siendo la oferta del recurrente a excluida, aparece la legitimación del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- En virtud de las fechas descritas, el recurso fue interpuesto en el plazo previsto en el art. 50.1.c) LCSP.

Quinto.- Estamos en presencia de una concesión de obra pública con un valor estimado de 29.005.372,82 €, por lo que es admisible el recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.b) LCSP.

Sexto.- El recurrente, CARPA, solicita que se revoque la exclusión de su oferta, por cuanto discrepa de que no consiga el mínimo exigido respecto al grado de sostenibilidad medioambiental, en base a los argumentos que luego desarrollaremos.

Séptimo.- SERVICIO CULTURA DEPORTE Y RECREACIÓN S.L expresa que los pliegos son firmes y consentidos para el recurrente y que su proposición no cumple las especificaciones previstas en esos.

Octavo.- El informe del órgano de contratación defiende la decisión adoptada en base a consideraciones como las que luego reproduciremos. La línea de las mismas queda explicitada en estos 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.

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- El debate presentado por el recurrente está referido a considerar si su oferta daba el mínimo exigido respecto al grado de sostenibilidad medioambiental a exponer en el anteproyecto, por lo que, en base al principio de congruencia, esta es la cuestión a solventar.

A mayores no es necesario desarrollar, por ser ampliamente conocido, que el pliego, firme y no impugnado, es *lex contractus*, por lo que, una vez más, debemos partir del mismo.

En el acuerdo de exclusión lo que se recoge respecto de la oferta de CARPA fue:

“La oferta contenida en el sobre B, no cumple con el requisito de conseguir, por lo menos, 6 puntos en el análisis del grado de sostenibilidad medioambiental que incumplir el requisito establecido en el artículo 4.5 del pliego de prescripciones técnicas y de los artículos 19.2 y 19.5 del pliego de condiciones económico-administrativas, dado que en este aspecto a empresa obtiene 0 puntos”.

Siguiendo esas referencias citadas, debemos reproducir esos apartados de los pliegos:

- Prego de prescripciones técnicas (PPT)

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 pts 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 pts.
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 pts.
Empleo técnicas de diseño bioclimático, considerando su eficiencia (relación coste/eficacia).	Hasta 5 pts, según su alcance.
El aprovechamiento de las aguas que se puedan recoger sobre la cubierta.	Hasta 3 pts, según su alcance.

- Prego de condiciones 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, establecidas 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 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 aquellos 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.”

Por lo tanto, para este TACGal estamos en presencia de una previsión en el pliego clara de que era necesario conseguir esa puntuación, previsión además recogida con elementos definidos al respeto.

En efecto, en primer lugar, de las cláusulas transcritas quedaba evidente que el apartado de la sostenibilidad medioambiental era un aspecto del nivel de esencial a describir en el anteproyecto, y además el PPT contenía una referencia suficientemente pormenorizada de que se buscaba en concreto, cómo acreditarlo, y las puntuaciones de cada uno de esos aspectos, unido a que, a mayores hubo hasta dos preguntas respondidas por el órgano de contratación sobre este apartado. En definitiva, un licitador diligente podía conocer la configuración que tenía este aspecto en las condiciones de la licitación y las consecuencias de no asumirlo en sus proposiciones.

Frente a esto lo que alega el informe técnico, al revisar el anteproyecto del recurrente, en este 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.”

El texto del recurso no desvirtúa en sí mismo estas apreciaciones sino que basa su línea defensiva en encontrar en la oferta presentada diferentes aspectos que

pueden ser entendidos como de afectación o mejora medioambiental para ahora aportar que hay tal dimensión en su anteproyecto. Cita entonces como ejemplos de la sostenibilidad medioambiental de su oferta que en su anteproyecto haya menciones a la creación de ventanas, a las carpinterías exteriores, a la iluminación tipo LED, a las bombas que se usarán, al control centralizado de alumbrado, climatización, electricidad y fontanería, a la descripción del edificio, los ascensores, etc...

Dada la configuración que las condiciones de licitación establecían para la cuestión de la sostenibilidad ambiental, y el grado de desarrollo de la descripción que se requería, no existen razones para tildar de contrario a derecho que se estime que la proposición del recurrente no acogió lo solicitado, ni que ahora sea un camino válido para desvirtuarlo la cita de elementos repartidos a lo largo del proyecto a los que, a posteriori, poder atribuirles en este momento algún cariz medioambiental.

El informe del 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 espiguela 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 criterios medioambientales 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.

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 inadmisibile, 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.”

En este sentido, no por conocido es improcedente expresar que, como recogimos ya en precedentes resoluciones del TACGal (por todas, Resolución 5/2018, 33/2018...), en estos debates, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos, sin perjuicio de que puedan ser objeto de análisis cuestiones formales de la valoración,

como las normas de competencia o de procedimiento, por ejemplo, o el análisis de si en la valoración se aplicaron criterios arbitrarios o discriminatorios, u omisiones o errores materiales al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Finalmente, el recurrente también recogía 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”*

Al respeto debemos significar que vistas las alegaciones del recurrente y las explicaciones contenidas en el informe del órgano, con mención a cómo estas alcanzaban lo requerido, no se aprecia arbitrariedad en este punto, pero bastaría con expresar que tal línea argumentativa carece de eficacia hacia la pretensión ejercitada, puesto que en el hipotético caso de que su afirmación hubiera sido cierta (destacamos que es recogida además solo como probabilidad), eso no haría que se diera por aceptable a proposición del recurrente.

Por todo el 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 CARPA SERVICIOS Y CONSERVACIÓN S.L contra la exclusión de su oferta de la licitación del Ayuntamiento de Pontevedra para la concesión de la obra pública para la reforma, mejora, ampliación y explotación del complejo deportivo (piscina municipal) de Campolongo.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

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

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de

dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.