

Recurso nº 63/2018**Resolución nº 59/2018****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 G.A.J. actuando en nome e representación de SERVICIOS DOS CONCELLOS GALEGOS S.L. contra o acordo de adxudicación do servizo de limpeza e de recollida e transporte de residuos dos portos dependentes da zona norte da entidade pública Portos de Galicia, expediente 3/2018/CNTSE, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola entidade Portos de Galicia convocouse a licitación do contrato do servizo de limpeza e de recollida e transporte de residuos dos portos dependentes da zona norte da entidade pública Portos de Galicia, cun valor estimado declarado de 2.859.392,76 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no BOE do 08.02.2018, DOUE 06.02.2018 e DOGA do 087.02.2018, con corrección de erros publicada no DOUE do 08.02.2018 e no BOE e DOGA do 13.02.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (en adiante TRLCSP)

Terceiro.- O recorrente impugna a resolución do día 02.07.2018 do Presidente de Portos de Galicia polo que se adxudica o contrato á empresa ASCÁN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN S.A. (ASCÁN en adiante).

Cuarto.- En data 24.07.2018 SERVICIOS DOS CONCELLOS GALEGOS S.L. interpuxo recurso especial en materia de contratación contra a dita resolución de adxudicación, a través sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 26.07.2018 reclamouse a Portos de Galicia 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 31.07.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 31.07.2018, presentándose alegacións polo representante de ASCÁN.

Sétimo.- O 30.07.2018 acordouse manter a suspensión do procedemento de 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.- O recorrente foi o segundo clasificado no procedemento de licitación, polo que ostenta un interese lexítimo xa que a estimación da súa pretensión podería supoñer alcanzar a condición de adxudicatario.

Cuarto.- O recurso foi interposto dentro do prazo de quince días previsto no artigo 50 da LCSP.



Quinto.- A entidade Portos de Galicia ten a condición de poder adxudicador, polo que tratándose dun contrato de servizos por importe superior a 100.000 euros e impugnándose o acordo de adxudicación, o recurso é admisible segundo o recollido no artigo 44 LCSP.

Sexto.- O recorrente alega unha indebida valoración da oferta da empresa adxudicataria respecto aos criterios avaliábeis mediante xuízo de valor, incumpríndose o previsto nos pregos, así como falta de motivación e arbitrariedade nas valoracións, cos argumentos que se desenvolverán no contido desta resolución.

Sétimo.- O órgano de contratación rexeita os argumentos expostos no recurso, negando erros na valoración da oferta da adxudicataria e afirmando que a mesma cumpre coas esixencias da licitación.

Oitavo.- A empresa alegante, ASCÁN, rebate os argumentos do recurso, indicando que ou ben parten de supostos incorrectos, ou ben se fundamentan en cálculos económicos subxectivos e carentes de proba.

Noveno.- O primeiro argumento da empresa recorrente céntrase no que na súa opinión é unha incorrecta valoración da ofertada adxudicataria no apartado de “servizo de recollida, transporte e xestión dos residuos”. A expresión do informe de valoración das ofertas obxecto de controversia é a seguinte:

“En cuanto a los industriales, la realizarán [la recogida] con camión caja abierta y plataforma Iveco ML 150 y establecen la posibilidad de utilizar tanto sus instalaciones en Xove, como los puntos limpios de Burela y Celeiro para realizar una separación previa a traslado a Gestor”.

Entende a recorrente que esta parte da oferta non pode ser valorada, posto que os puntos limpos son instalacións municipais que non se poden destinar aos fins descritos na oferta.

A estes efectos, o PPT no seu apartado 2.2 referido ao “servizo de recollida, transporte e xestión de residuos” establece:

“el contratista deberá proceder, antes de su transporte a las plantas de tratamiento, a una clasificación previa de los residuos, con el fin de transportar cada uno de ellos a las plantas de tratamiento que correspondan por su naturaleza.(...)En caso de que existan en los puertos zonas habilitadas a estos efectos para el acopio



provisional y separación de los residuos, el adjudicatario podrá utilizarlas previa autorización expresa de Portos de Galicia, que indicará las condiciones de su utilización, especialmente en lo referente al tiempo máximo de estancia en esas zonas. En caso de que no existan esas zonas en los puertos, el adjudicatario deberá disponer de ellas fuera de los puertos. Los licitadores deberán precisar en sus ofertas que medidas proponen para conseguir este objetivo”.

O órgano de contratación, no seu informe a este recurso, sinala que o informe e, polo tanto, a oferta da adxudicataria non se refire a puntos limpos municipais, senón ás zonas habilitadas dentro dos portos de Burela e Celeiro ás que se refire a cláusula citada. Sinala concretamente que:

“en la zona norte de la EPE Portos de Galicia la entidad pública dispone de dos zonas habilitadas a estos efectos, una en el puerto de Burela y otra en el puerto de Celeiro. Son zonas cerradas de uso exclusivo para la empresa que está contratada para la limpieza, recogida y transporte de los residuos de los puertos de la zona. No es, por tanto, un punto limpio municipal.”

A este respecto, consta na oferta da adxudicataria Tomo I páxina 20 no apartado referido á “Recogida y transporte de voluminosos e industriales” o seguinte:

“También se contará con “puntos limpios” en los puertos de Burela, Celeiro y en la propia nave central que la empresa dispone en Xove situada en el parque empresarial de Camba P-25. En estos puntos se contará con contenedores metálicos que permiten la clasificación de los residuos para su posterior tratamiento”

Polo tanto, non cabe apreciar que, tal e como se alega no recurso, a oferta da recorrente estea referida á utilización de puntos limpos municipais, senón que é clara na súa redacción ao indicar que se usarán as instalacións existentes nos portos de Burela e Celeiro.

Relacionado co anterior, o recurso engade que a empresa adxudicataria carece das autorizacións legais necesarias para levar a efecto o proceso de separación de residuos na súa nave de Xove, tal e como recolle na súa oferta.

O órgano de contratación, a este respecto, sinala no seu informe que esas autorizacións non se poden esixir aos licitadores, senón unicamente ao adxudicatario e no caso de que o uso desa nave sexa aceptado por Portos de Galicia. Engade ademais, que a propia oferta da recorrente tamén incumpriría o alegado agora nesta

fase de recurso, xa que as instalacións propostas na súa oferta tampouco dispoñen na actualidade das autorizacións necesarias.

Pois ben, neste punto a cláusula do PPT á que nos referimos con anterioridade é clara no seu contido e diferencia correctamente as obrigas ás que deberá facer fronte o adxudicatario na fase de execución do contrato da documentación a presentar polos licitadores. Así, estes deberán aportar *“las medidas”* que propoñen para levar a efecto as esixencias do prego, para que as mesmas podan ser obxecto de valoración polo órgano de contratación. E o adxudicatario exclusivamente, xa non licitador, *“deberá disponer”* das zonas necesarias para dar cumprimento ao contrato, para poder *“proceder, antes de su transporte a las plantas de tratamiento, a una clasificación previa de los residuos”*. É dicir, remítenos xa á fase de execución contractual.

Non nos atopamos, polo tanto, ante o denominado arraigo territorial como criterio de solvencia nin como criterio de adxudicación, senón que estamos ante unha obriga unicamente esixible ao adxudicatario, o que non supón obstáculo para que calquera licitador poda optar á contratación en igualdade de condicións.

Procede aquí lembrar que os pregos son *lex contractus* polo que obrigan aos licitadores e ao órgano de contratación polo que, sendo clara a configuración que establecen, non cabe apartarse dos mesmos.

Todo o dito determina que se deba desestimar este motivo do recurso.

Noveno.- O recorrente sinala como segundo motivo do recurso a falta de motivación e arbitrariedade nas valoracións, indicando que *“la falta de concreción de los elementos que llevan a la valoración obtenida por cada una de las ofertas en los correspondientes apartados impiden mínimamente la fiscalización de éstos”*, o que vulnera, ao seu entender, a xurisprudencia do TXUE para atoparnos nun suposto de nulidade de pleno dereito segundo o artigo 47 da Lei 39/2015.

O primeiro que cabe precisar, como xa fixo este Tribunal en numerosas resolucións, é que na valoración dos criterios suxeitos a xuízo de valor atopámonos no ámbito da discrecionalidade técnica da Administración, que non pode ser substituída polo TACGal, que aplica criterios xurídicos e non técnicos.

Así, respecto á alegación do recorrente debemos diferenciar entre discrecionalidade e arbitrariedade. O discrecional debe estar amparado por motivación

suficiente e razoable, mentres que o arbitrario, ou non ten motivación ou a que se ofrece denota o seu carácter realmente indefendible. Por iso a diferenza entre o discrecional e o arbitrario é a motivación (expresamente, neste sentido, a STS de 13 de xullo de 1984)

Por iso, a motivación da decisión de adxudicación dun contrato é un elemento esencial para evitar a arbitrariedade e dar cumprimento ao principio de transparencia, á vez que permite aos demais interesados coñecer os argumentos utilizados polo órgano de contratación aos efectos, no seu caso, de impugnar a adxudicación.

O órgano de contratación debe argumentar as razóns da prevalencia dun licitador respecto aos outros, o que esixe razoar as puntuacións outorgadas en base aos criterios fixados nos pregos da licitación.

Pois ben, neste caso concreto a cláusula 14.2 e o Anexo IV do cadro de características do contrato establece os parámetros de valoración suxeitos a xuízo de valor. Inclúe a *“valoración do programa de desenvolvemento dos servizos”* e a *“valoración de melloras sobre os requisitos mínimos contemplados no PPT”* cunha puntuación máxima de 25 puntos cada un.

Ademais, dentro do primeiro apartado divide a puntuación en 6 criterios diferentes, e no segundo a divide en 3 criterios, con varios subcriterios cada un.

O informe de avaliación das dúas ofertas presentadas no proceso de licitación, a da recorrente e a da adxudicataria, consta de dezanove páxinas nos que se analizan as ofertas presentadas en base a cada un dos criterios e subcriterios, outorgándolle a correspondente puntuación por cada un, indicando as características e diferenzas entre as dúas ofertas.

Polo tanto, non se pode entender que as valoracións outorgadas carezan de motivación suficiente.

Non incorpora o recurso maior argumentación ao respecto, nin concreta en que apartados do informe aprecia a falta de motivación ou a arbitrariedade na valoración.

Como xa indicamos na nosa Resolución 26/2018:

“a carga de lograr o convencemento deste Tribunal para que se chegue ao solicitado no recurso corresponde, de inicio, ao recorrente, o cal debe recoller un desenvolvemento suficiente na súa argumentación para isto”

Igualmente, o recorrente oponse ao sinalado no informe naqueles aspectos que considera necesario, polo que tampouco cabe nese sentido apreciar posible indefensión, polo que procede a desestimación deste motivo do recurso.

Décimo.- O último argumento do recurso fundaméntase en que as melloras recollidas pola empresa ASCÁN na súa oferta, concretamente o incremento nos servizos de recollida e transporte, non se reflicten na súa oferta económica. Argumenta o recorrente que ese aumento dos servizos supón un incremento de persoal de dous condutores, cun custo que estima en 50.706.36 €/ano e maiores gastos variables que cifra en 89.846,40 €/ano. Ademais, entende que as rutas de recollida propostas pola adxudicataria non inclúen o tempo de volta do camiión dende o lugar de baleirado, ao que lle asignan un tempo de 1 hora e un custo de 32.435 euros.

O órgano de contratación no informe ao recurso desminte que sexa necesario o aumento de persoal descrito, de acordo cos datos da oferta da adxudicataria, polo que entende que os cálculos do recurso carecen de fundamento. A maiores, tampouco valida o incremento do horario nas rutas que advirte o recurso e engade que, aínda no hipotético suposto previsto polo recorrente, o importe dese maior tempo necesario ascendería a *“menos de una centésima parte de lo que supone el contrato”*.

Este motivo do recurso parte da premisa que efectúa a empresa recorrente de que, para cumprir a súa oferta, ASCÁN necesita incrementar o seu persoal en dous condutores, indicando que:

“Para la realización del incremento de servicios propuesto (...) se requeriría un incremento de personal de 2 conductores”.

E engade que:

“Por lo tanto, el primer error en la oferta vendría dado porque el personal ofertado (3 equipos) es insuficiente para cubrir la oferta realizada”.

Agora ben, non existe maior argumentación ao respecto, nin determina o recurso os exactos motivos polos que ese incremento de persoal sexa imprescindible. Analizada a oferta da adxudicataria, compróbase que recolle con detalle os horarios e

rotas de cada un dos equipos, indicando a frecuencia dos traballos e os medios humanos necesarios.

Polo tanto, este contido da oferta e a valoración que del fai o órgano de contratación, non pode ser desvirtuado nesta sede pola simple consideración que ao respecto, e no seu dereito de defensa, teña o recorrente.

Igualmente, verbo os aumentos de gastos que o texto do recurso estima en partidas como os custes variables, hai que significar que non se pode buscar substituír a oferta presentada polo adxudicatario no proceso de licitación polo que son as súas propias apreciacións e suposicións, cando é o adxudicatario o coñecedor dos cálculos propios que derivan na súa proposición.

Por último, tampouco cabe admitir a apreciación dun erro na configuración das rotas polo adxudicatario que determine a invalidez da súa proposta. Certo é que na oferta de ASCÁN consta indicado como fin da ruta da recollida o punto de baleirado do camión, pero iso por si mesmo non pode determinar que os posteriores custos non se teñan previsto na súa oferta económica, como pretende facer ver o recorrente.

Hai que ter en conta a este respecto como xa sinalamos na nosa Resolución 49/2018 que no ámbito da proposta técnica:

“o incumprimento motivador dunha exclusión debe ser expreso, claro, referido a elementos perfectamente definidos nos pregos e sempre que da oferta se deduza sen dúbidas e sen necesidade de acudir a criterios técnicos ou subxectivos a imposibilidade de cumprir cos compromisos esixidos nos pregos”

Neste sentido, e en definitiva, non se nos mostra a través do recurso presentado que nos atopemos en ningún deses supostos.

Ademais, hai que sinalar, como recoñece o escrito de impugnación, que a oferta de ASCÁN non se atopa nas condicións que segundo os pregos permitirían considerala como anormal ou desproporcionada, o que impide que se trate como tal.

Polo tanto, a argumentación da recorrente respecto á que se estaría a vulnerar o previsto no artigo 102.3 LCSP sobre o prezo dos contratos non pode ser aceptado. En primeiro lugar, porque o réxime xurídico aplicable a este contrato é o previsto no TRLCSP e non na LCSP. Pero igualmente debemos ter en conta que o órgano de contratación fixou o orzamento base da licitación e o seu valor estimado, sen que

fosen impugnados polo recorrente no seu momento, o que impide que se poda entrar aquí no seu análise. E, como xa indicamos anteriormente, a oferta da adxudicataria non se atopa en situación de baixa anormal, polo que non se pode aceptar a pretensión da recorrente de que sexa tratada como tal, pois suporía incumprir as condicións fixadas nos pregos da licitación.

Procede concluír, polo tanto, que o acordo impugnado se fundamenta nunha avaliación que cumpre cos requisitos de motivación suficiente e axustada á descrición dos criterios de valoración contidos no PCAP, de forma que permitiu ao recorrente fundar a súa posible discrepancia sobre a base de datos obxectivos e, polo tanto, a discrecionalidade técnica impide a este Tribunal a substitución do xuízo empregado polo órgano de contratación e os informes nos que se basea.

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 SERVICIOS DOS CONCELLOS GALEGOS S.L. contra o acordo de adxudicación do servizo de limpeza e de recollida e transporte de residuos dos portos dependentes da zona norte da entidade pública Portos de Galicia.

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 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.