

**Recurso nº 63/2018**

**Resolución nº 59/2018**

**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 G.A.J. actuando en nombre y representación de SERVICIOS DOS CONCELLOS GALEGOS S.L. contra el acuerdo de adjudicación del servicio de limpieza y de recogida y transporte de residuos de los puertos dependientes de la zona norte de la entidad pública Portos de Galicia, expediente 3/2018/CNTSE, 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 la entidad Portos de Galicia se convocó la licitación del contrato del servicio de limpieza y de recogida y transporte de residuos de los puertos dependientes de la zona norte de la entidad pública Portos de Galicia, con un valor estimado declarado de 2.859.392,76 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el BOE del 08.02.2018, DOUE 06.02.2018 y DOGA del 087.02.2018, con corrección de errores publicada en el DOUE del 08.02.2018 y en el BOE y DOGA del 13.02.2018.

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

**Tercero.-** El recurrente impugna la resolución del día 02.07.2018 del Presidente de Portos de Galicia por lo que se adjudica el contrato a la empresa ASCÁN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN S.A. (ASCÁN en adelante).

**Cuarto.-** En fecha 24.07.2018 **SERVICIOS DOS CONCELLOS GALEGOS S.L.** interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha resolución de adjudicación, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

**Quinto.-** Con fecha 26.07.2018 se reclamó a Portos de Galicia 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 31.07.2018.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 31.07.2018, presentándose alegaciones por el representante de ASCÁN.

**Séptimo.-** El 30.07.2018 se 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 los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en el que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por lo 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.-** El recurrente fue el segundo clasificado en el procedimiento de licitación, por lo que ostenta un interés legítimo ya que la estimación de su pretensión podría suponer alcanzar la condición de adjudicatario.

**Cuarto.-** El recurso fue interpuesto dentro del plazo de quince días previsto en el artículo 50 de la LCSP.

**Quinto.-** La entidad Portos de Galicia tiene la condición de poder adjudicador, por lo que tratándose de un contrato de servicios por importe superior a 100.000 euros

e impugnándose el acuerdo de adjudicación, el recurso es admisible segundo el recogido en el artículo 44 LCSP.

**Sexto.-** El recurrente alega una indebida valoración de la oferta de la empresa adjudicataria respecto a los criterios evaluables mediante juicio de valor, incumpléndose lo previsto en los pliegos, así como falta de motivación y arbitrariedad en las valoraciones, con los argumentos que se desarrollarán en el contenido de esta resolución.

**Séptimo.-** El órgano de contratación rechaza los argumentos expuestos en el recurso, negando errores en la valoración de la oferta de la adjudicataria y afirmando que la misma cumple con las exigencias de la licitación.

**Octavo.-** La empresa alegante, ASCÁN, rebate los argumentos del recurso, indicando que o bien parten de supuestos incorrectos, o bien se fundamentan en cálculos económicos subjetivos y carentes de prueba.

**Noveno.-** El primer argumento de la empresa recurrente se centra en lo que en su opinión es una incorrecta valoración de la oferta adjudicataria en el apartado de “servicio de recogida, transporte y gestión de los residuos”. La expresión del informe de valoración de las ofertas objeto de controversia es la siguiente:

*“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”.*

Entiende la recurrente que esta parte de la oferta no puede ser valorada, puesto que los puntos limpios son instalaciones municipales que no se pueden destinar a los fines descritos en la oferta.

A estos efectos, el PPT en su apartado 2.2 referido al “servicio de recogida, transporte y gestión 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”.*

El órgano de contratación, en su informe a este recurso, señala que el informe y, por lo tanto, la oferta de la adjudicataria no se refiere a puntos limpios municipales, sino a las zonas habilitadas dentro de los puertos de Burela y Celeiro a las que se refiere la cláusula citada. Señala 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 en la oferta de la adjudicataria Tomo I página 20 en el apartado referido a la “Recogida y transporte de voluminosos e industriales” el siguiente:

*“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”*

Por lo tanto, no cabe apreciar que, tal y como se alega en el recurso, la oferta de la recurrente esté referida a la utilización de puntos limpios municipales, sino que es clara en su redacción al indicar que se usarán las instalaciones existentes en los puertos de Burela y Celeiro.

Relacionado con lo anterior, el recurso añade que la empresa adjudicataria carece de las autorizaciones legales necesarias para llevar a efecto el proceso de separación de residuos en su nave de Xove, tal y como recoge en su oferta.

El órgano de contratación, a este respecto, señala en su informe que esas autorizaciones no se pueden exigir a los licitadores, sino únicamente al adjudicatario y en caso de que el uso de esa nave sea aceptado por Portos de Galicia. Añade además, que la propia oferta de la recurrente también incumpliría lo alegado ahora en

esta fase de recurso, ya que las instalaciones propuestas en su oferta tampoco disponen en la actualidad de las autorizaciones necesarias.

Pues bien, en este punto la cláusula del PPT a la que nos referimos con anterioridad es clara en su contenido y diferencia correctamente las obligaciones a las que deberá hacer frente el adjudicatario en la fase de ejecución del contrato de la documentación a presentar por los licitadores. Así, estos deberán aportar “*las medidas*” que proponen para llevar a efecto las exigencias del pliego, para que las mismas puedan ser objeto de valoración por el órgano de contratación. Y el adjudicatario exclusivamente, ya no licitador, “*deberá disponer*” de las zonas necesarias para dar cumplimiento al contrato, para poder “*proceder, antes de su transporte a las plantas de tratamiento, a una clasificación previa de los residuos*”. Es decir, nos remiten ya a la fase de ejecución contractual.

No nos encontramos, por lo tanto, ante lo denominado arraigo territorial como criterio de solvencia ni como criterio de adjudicación, sino que estamos ante un deber únicamente exigible al adjudicatario, lo que no supone obstáculo para que cualquier licitador pueda optar a la contratación en igualdad de condiciones.

Procede aquí recordar que los pliegos son *lex contractus* por lo que obligan a los licitadores y al órgano de contratación por lo que, siendo clara la configuración que establecen, no cabe apartarse de los mismos.

Todo lo dicho determina que se deba desestimar este motivo del recurso.

**Noveno.-** El recurrente señala como segundo motivo del recurso la falta de motivación y arbitrariedad en las valoraciones, 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 minimamente la fiscalización de éstos*”, lo que vulnera, a su entender, la jurisprudencia del TJUE para encontrarnos en un supuesto de nulidad de pleno derecho según el artículo 47 de la Ley 39/2015.

Lo primero que cabe precisar, como ya hizo este Tribunal en numerosas resoluciones, es que en la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor nos encontramos en el ámbito de la discrecionalidad técnica de la Administración, que no puede ser sustituida por el TACGal, que aplica criterios jurídicos y no técnicos.

Así, respecto a la alegación del recurrente debemos diferenciar entre discrecionalidad y arbitrariedad. Lo discrecional debe estar amparado por motivación suficiente y razonable, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación o la que se ofrece denota su carácter realmente indefendible. Por eso la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación (expresamente, en este sentido, la STS de 13 de julio de 1984).

Por eso, la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato es un elemento esencial para evitar la arbitrariedad y dar cumplimiento al principio de transparencia, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación a los efectos, en su caso, de impugnar la adjudicación.

El órgano de contratación debe argumentar las razones de la prevalencia de un licitador respecto a los otros, lo que exige razonar las puntuaciones otorgadas en base a los criterios fijados en los pliegos de la licitación.

Pues bien, en este caso concreto la cláusula 14.2 y el Anexo IV del cuadro de características del contrato establece los parámetros de valoración sujetos a juicio de valor. Incluye la “*valoración del programa de desarrollo de los servicios*” y la “*valoración de mejoras sobre los requisitos mínimos contemplados en el PPT*” con una puntuación máxima de 25 puntos cada uno.

Además, dentro del primer apartado divide la puntuación en 6 criterios diferentes, y en el segundo la divide en 3 criterios, con varios subcriterios cada uno.

El informe de evaluación de las dos ofertas presentadas en el proceso de licitación, la de la recurrente y la de la adjudicataria, consta de diecinueve páginas en las que se analizan las ofertas presentadas en base a cada uno de los criterios y subcriterios, otorgándole la correspondiente puntuación por cada uno, indicando las características y diferencias entre las dos ofertas.

Por lo tanto, no se puede entender que las valoraciones otorgadas carezcan de motivación suficiente.

No incorpora el recurso mayor argumentación al respecto, ni concreta en qué apartados del informe aprecia la falta de motivación o la arbitrariedad en la valoración.

Como ya indicamos en nuestra Resolución 26/2018:

*“la carga de lograr el convencimiento de este Tribunal para que se llegue a lo solicitado en el recurso corresponde, de inicio, al recurrente, el cual debe recoger un desarrollo suficiente en su argumentación para esto”*

Igualmente, el recurrente se opone a lo señalado en el informe en aquellos aspectos que considera necesario, por lo que tampoco cabe en ese sentido apreciar posible indefensión, por lo que procede la desestimación de este motivo del recurso.

**Décimo.-** El último argumento del recurso se fundamenta en que los avances recogidos por la empresa ASCÁN en su oferta, concretamente el incremento en los servicios de recogida y transporte, no se reflejan en su oferta económica. Argumenta el recurrente que ese aumento de los servicios supone un incremento de personal de dos conductores, con un coste que estima en 50.706,36 €/año y mayores gastos variables que cifra en 89.846,40 €/año. Además, entiende que las rutas de recogida propuestas por la adjudicataria no incluyen el tiempo de vuelta del camión desde el lugar de vaciado, a lo que le asignan un tiempo de 1 hora y un coste de 32.435 euros.

El órgano de contratación en el informe al recurso desmiente que sea necesario el aumento de personal descrito, de acuerdo con los datos de la oferta de la adjudicataria, por lo que entiende que los cálculos del recurso carecen de fundamento. A mayores, tampoco valida el incremento del horario en las rutas que advierte el recurso y añade que, aún en el hipotético supuesto previsto por el recurrente, el importe de ese mayor tiempo necesario ascendería a *“menos de una centésima parte de lo que supone el contrato”*.

Este motivo del recurso parte de la premisa que efectúa la empresa recurrente de que, para cumplir su oferta, ASCÁN necesita incrementar su personal en dos conductores, indicando que:

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

Y añade 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”.*

Ahora bien, no existe mayor argumentación al respecto, ni determina el recurso los exactos motivos por los que ese incremento de personal sea imprescindible. Analizada la oferta de la adjudicataria, se comprueba que recoge con detalle los horarios y rutas de cada uno de los equipos, indicando la frecuencia de los trabajos y los medios humanos necesarios.

Por lo tanto, este contenido de la oferta y la valoración que de él hace el órgano de contratación, no puede ser desvirtuado en esta sede por la simple consideración que al respecto, y en su derecho de defensa, tenga el recurrente.

Igualmente, respecto de los aumentos de gastos que el texto del recurso estima en partidas como los costes variables, hay que significar que no se puede buscar sustituir la oferta presentada por el adjudicatario en el proceso de licitación por lo que son sus propias apreciaciones y suposiciones, cuando es el adjudicatario el conocedor de los cálculos propios que derivan en su proposición.

Por último, tampoco cabe admitir la apreciación de un error en la configuración de las rutas por el adjudicatario que determine la invalidez de su propuesta. Ciertamente es que en la oferta de ASCÁN consta indicado como fin de la ruta de la recogida el punto de vaciado del camión, pero eso por sí mismo no puede determinar que los posteriores costes no se hayan previsto en su oferta económica, como pretende hacer ver el recurrente.

Hay que tener en cuenta a este respecto como ya señalamos en nuestra Resolución 49/2018 que en el ámbito de la propuesta técnica:

*“el incumplimiento motivador de una exclusión debe ser expreso, claro, referido a elementos perfectamente definidos en los pliegos y siempre que de la oferta se deduzca sin dudas y sin necesidad de acudir a criterios técnicos o subjetivos la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos”*

En este sentido, y en definitiva, no se nos muestra a través del recurso presentado que nos encontremos en ninguno de esos supuestos.

Además, hay que señalar, como reconoce el escrito de impugnación, que la oferta de ASCÁN no se encuentra en las condiciones que según los pliegos permitirían considerarla como anormal o desproporcionada, lo que impide que se trate como tal.

Por lo tanto, la argumentación de la recurrente respecto a que se estaría vulnerando lo previsto en el artículo 102.3 LCSP sobre el precio de los contratos no puede ser aceptado. En primer lugar, porque el régimen jurídico aplicable a este contrato es el previsto en el TRLCSP y no en la LCSP. Pero igualmente debemos tener en cuenta que el órgano de contratación fijó el presupuesto base de la licitación y su valor estimado, sin que fueran impugnados por el recurrente en su momento, lo que impide que se pueda entrar aquí en su análisis. Y, como ya indicamos anteriormente, la oferta de la adjudicataria no se encuentra en situación de baja anormal, por lo que no se puede aceptar la pretensión de la recurrente de que sea tratada como tal, pues supondría incumplir las condiciones fijadas en los pliegos de la licitación.

Procede concluir, por lo tanto, que el acuerdo impugnado sí fundamenta en una evaluación que cumple con los requisitos de motivación suficiente y ajustada a la descripción de los criterios de valoración contenidos en el PCAP, de forma que permitió al recurrente fundar su posible discrepancia sobre la base de datos objetivos y, por lo tanto, la discrecionalidad técnica impide a este Tribunal la sustitución del juicio empleado por el órgano de contratación y los informes en los que se basa.

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 SERVICIOS DOS CONCELLOS GALEGOS S.L. contra el acuerdo de adjudicación del servicio de limpieza y de recogida y transporte de residuos de los puertos dependientes de la zona norte de la entidad pública Portos de Galicia.

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.