

Recurso nº 135 e 137/2020 (acumulados)**Resolución nº 143/2020****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 16 de setembro de 2020.

VISTOS os recursos especiais en materia de contratación interpostos por URBASER S.A. (recurso 135/2020) e por FCC MEDIO AMBIENTE S.A. (recurso 137/2020) contra o acordo de adxudicación dun servizo de recollida de residuos sólidos urbanos e limpeza viaria do Concello de Narón, expediente CON/36/2018 dese Concello, 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.- Polo Concello de Narón convocouse a licitación do contrato descrito no encabezamento, cun valor estimado declarado de 28.345.593,70 euros.

Segundo.- O 20.08.2020 URBASER S.A. e o 21.08.2020 FCC MEDIO AMBIENTE S.A. interpuxeron cadanseu recurso especial en materia de contratación.

Terceiro.- Tras a correspondente solicitude, recibíuse o expediente e informe ao que se refire o artigo 56 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). Tamén se trasladaron os recursos aos interesados, presentándose alegacións por parte de FCC MEDIO AMBIENTE S.A. e por ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.R.L. no recurso 135/2020 e por ACCIONA SERVICIOS URBANOS, S.R.L. no recurso 137/2020.



Respecto a primeira parte das alegacións de FCC MEDIO AMBIENTE S.A. ao recurso 135/2020 lembrar que este Tribunal xa manifestou en anteriores resolucións que este trámite non se pode transformar nun novo período de impugnación, non podendo admitirse neste momento unha especie de adhesión ao recurso presentado (por todas, Resolución TACGal 15/2018 ou 5/2019, Resolución 9/2011 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, Resolución 7/2017 da Comisión Xurídica de Extremadura -operando como Tribunal de recurso contractual-, Resolucións 183/2013 e 193/2015 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, Acordo 17/2020 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ou Resolución 182/2020 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía).

Cuarto.- Ao abeiro do artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas, considérase que corresponde acumular os referidos recursos para a súa resolución conxunta.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis 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.- O presente recurso tramitouse conforme aos 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.- Os recorrentes teñen lexitimación ad procesum.

Cuarto.- Os recursos están interpostos en prazo.

Quinto.- Ao impugnarse o acordo de adxudicación nun contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, os recursos son admisibles.



Sexto.- No procedemento de adxudicación que nos ocupa o adxudicatario foi ACCIONA SERVICIOS URBANOS S.R.L (ACCIONA en adiante) con 96.42 puntos, quedando como seguintes clasificadas UTE FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.- INGESER ATLÁNTICA, S.A. (UTE FCC en adiante) con 86.34 puntos e URBASER, S.A. (URBASER en adiante) con 85,84 puntos.

Dada a interposición de dous recursos practicamente coetáneos sobre o mesmo acto e tendo en conta que unha das recorrentes, UTE FCC, é a segunda clasificada mentres que a outra, URBASER, é a terceira, de forma que nesta a súa lexitimación ad causam aínda depende de superar as dúas previas, procede por racionalización procedimental comezar coa análise do recurso da segunda clasificada, isto é, do recurso 137/2020 presentado pola UTE FCC.

A UTE FCC comeza cunha crítica sobre o acceso ao expediente, sobre o que debemos manifestar o seguinte.

Ante todo, que xunto á documentación publicada poñer en valor que houbera unha estudo da cuestión por parte do Concello, que se traduce nunha resolución de 12.08.2020 que, no que nos trae este recurso neste punto, fai basicamente unha análise axeitada, e que se traduciu nun acceso cualificado a maiores para tal licitador.

Por outra banda, no que sinala o recorrente sobre este debate non existen argumentos para desvirtuar o sucedido, amén da falta de concreción sobre o acceso agora reclamado. En todo caso, non podemos deixar de mencionar que non se nos traslada que se lle impedira o acceso sobre partes que ACCIONA xa non declarara como confidencial, senón que aparece que se nos pide sobre partes que tal licitador declarou como confidencial. A maiores, non é irrelevante que nas mínimas referencias de concreción que hai nas súas alegacións – por exemplo, resumo executivo da memoria e “caraterísticas técnicas de los equipos ofertados”, expresión esta de carácter ambiguo e xenérico-, sería sobre elementos que precisamente a UTE FCC tamén declarou confidencial para coa súa oferta coa aplicación da doutrina ao respecta xa mencionada naquela resolución municipal de 12.08.2020. En definitiva, non podemos acoller este punto do recurso.

Sétimo.- Se proseguimos co recurso 137/2020 interposto por UTE FCC, é de interese mostrar de novo que entre a oferta de ACCIONA e a desta recorrente houbo 10.08 puntos de diferenza final .



Dito isto, a primeira alegación de fondo entón deste recurso é a crítica á valoración do sobre 2, isto é, dos criterios sometidos a xuízo de valor.

Apuntar entón á consolidada doutrina dos Tribunais administrativos e da xurisprudencia, xa argumentada por este Tribunal en varias das súas resolucións (por todas, a Resolución TACGal 7/2018 ou 24/2019) respecto á discrecionalidade técnica do órgano de contratación, que goza dunha presunción de acerto e validez nos seus criterios técnicos, e sobre as posibilidades de revisión que lle corresponden a este Tribunal, referidas á comprobación da debida motivación dos actos, de que non existan defectos formais, que non se utilicen criterios non previstos ou arbitrarios e que non existan erros materiais na valoración.

Así, a Sentenza de 16.12.2019 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia:

“En la materia objeto de recurso ha de partirse de que rige la discrecionalidad técnica de los comités de expertos en los procedimientos de contratación, que solo cede si los criterios utilizados no son racionales, no se adecúan a los pliegos o hay arbitrariedad o error manifiesto.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, solo en aquellos casos en que la valoración efectuada por la Mesa de contratación derive de un error manifiesto que no necesite la más mínima interpretación para ser evidenciado, de un defecto procedimental o de la arbitrariedad (ausencia de justificación del criterio adoptado), cabría entrar en su revisión, sin que se trate, a la hora de apreciar la posible existencia de error en la valoración, de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación, se ha producido un error material o de hecho que resulte patente, de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

(...)

Consecuencia de todo lo expuesto es que se aprecia que la valoración fue llevada a cabo mediante criterios estrictamente técnicos y que no se observa que se haya incurrido en un error manifiesto sino que se ha efectuado conforme a los criterios establecidos en los pliegos, sin que se pueda considerar que la valoración efectuada por la parte demandante, a través del informe pericial aportado, haya de sustituir a la valoración efectuada por el comité de expertos; por lo que procede la desestimación de la demanda.”



Ou a Sentenza de 18.01.2019 da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia aporta:

“Ha de partirse de que en relación con los criterios evaluables en función de juicios de valor, resulta de plena aplicación la doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Supremo con respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración y por ello su función es exclusivamente de control de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora la adecuación de las propuestas a los requerimientos técnicos y a los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable”

Moi ilustrativa é a Sentenza da Audiencia Nacional de 16 de xaneiro de 2019 (rec. nº 1078/2016):

“Esta doctrina ha de completarse con las siguientes consideraciones (STS de 14 de marzo de 2018 –rec. 2762/2015-), que pueden aplicarse también al ámbito de la contratación: - La primera es que, en el control jurisdiccional en la materia de que se viene hablando, el tribunal de justicia debe respetar siempre el margen de discrepancia que suele reconocerse como inevitable y legítimo en la mayoría de los sectores del saber especializado; y, en consecuencia, no puede convertirse en árbitro que dirima o decida la preferencia entre lo que sean divergencias u opiniones técnicas enfrentadas entre peritos o expertos del específico sector de conocimientos de que se trate cuando estas no rebasen los límites de ese ineludible y respetable margen de apreciación que acaba de indicarse. Así debe ser por estas razones: (i) un órgano jurisdiccional carece de conocimientos específicos para emitir un definitivo dictamen, desde una evaluación puramente técnica, que dirima lo que sean meras diferencias de criterio exteriorizadas por los expertos; (ii) la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en si se han producido errores materiales en la valoración de las ofertas que invaliden la adjudicación, lo que exige una reflexión previa sobre el alcance del control de la discrecionalidad técnica”.

A Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza das Illes Baleares de 23.04.2019 remarca:

“Sin olvidar tampoco el indiscutible ámbito de discrecionalidad técnica de la que goza la Administración a la hora de decidir los suministros que le conviene adquirir, discrecionalidad únicamente limitada por la necesidad de motivar y justificar su



decisión, que en el caso de autos está perfectamente fundamentada y motivada, y cuyos argumentos la parte no ha desvirtuado en modo alguno a lo largo del debate”

Dado que este apartado do recurso se refire a criterios a avaliar mediante xuízo de valor, é de interese traer a doutrina dos Tribunais Administrativos de recursos contractuais, recollida, por exemplo, na Resolución 89/2019 do Tribunal Administrativo da Junta de Andalucía, cando explica:

“En este sentido, los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que proceda asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.

La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites de la discrecionalidad técnica.”

A Sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea (TXUE) de 1 de febreiro de 2018, asunto T-477/15, recolle que un avaliador dun contrato público debe poder ter certa marxe de manobra para levar a cabo a súa tarefa e, sen modificar os criterios de adxudicación do contrato establecidos no prego de condicións ou o anuncio de licitación, estruturar o seu propio traballo de exame e análise das ofertas presentadas (con cita á Sentenza do 4 de outubro de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, asunto C-629 / 11 P, non publicado, EU: C: 2012: 617, parágrafo 21).

Tampouco apreciamos falta de motivación, nun plano xeral, no informe de avaliación – que no referido aos criterio sometido a xuízo de valor ocupa case 50 páxinas-, pois do mesmo se poden coñecer a avaliación das diferentes ofertas, sen que, en xeral, atisbemos que exista un afastamento do recollido nos pregos, no sentido que estamos a describir.

Como a recente Sentenza de 17.10.2018 da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de A Rioxa:



“Aunque la motivación podría ser más extensa, no puede negarse que existe. Se constata, a la vista de la motivación, que las ofertas no son coincidentes en sus términos y que la valoración se basa en un informe en cuya elaboración ha intervenido personal de enfermería y de mantenimiento, que ha tenido en cuenta plazos y prestaciones, valorando en mayor medida los propuestos por la adjudicataria.

Aunque de forma breve, existe motivación. Cuestión distinta es que la recurrente no está conforme con esta valoración, pues considera que su propuesta es mejor.

También en este apartado pretende la recurrente sustituir el criterio de la mesa de contratación por el suyo propio, lo que no es suficiente para considerar contraria a derecho la adjudicación.

Por todo lo expuesto, debe concluirse que el acto administrativo es conforme a derecho, por lo que debe desestimarse el recurso contencioso-administrativo”

Nesta mesma liña a Resolución 107/2017 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi explica:

“En contra de lo que aduce el recurrente, no es necesario que el criterio de adjudicación especifique el método de valoración que va a seguir el evaluador (ver, en este sentido, la Resolución 131/2016 del OARC/KEAO), pues este extremo no es exigido ni por el TRLCSP ni por la jurisprudencia del TJUE la cual considera que los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas. Esa libertad se justifica también por consideraciones de orden práctico; el poder adjudicador debe poder adaptar el método de valoración que aplicará para evaluar y clasificar las ofertas en función de las circunstancias de cada caso (STJUE de 14 de julio de 2016, Asunto C-6/15, “TNS Dimarso”, ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30).”

Nesta parte do recurso 137/2020 pásase entón á denuncia de *“incongruencias no valoradas en el informe técnico respecto de la oferta de acciona donde se le ha dotado de la máxima puntuacion en la oferta técnica pese a incumplir los preceptos del pliego”*, mesturando entón o que é valoración co que serían denuncias de exclusión por incumplimento de pregos, cando isto último ten o seu apartado do recurso na súa parte final, con alegacións moi semellantes en moitas cuestións.



En diferentes resolucións puxemos de manifesto que o principio pro actione e antiformalista non pode chegar a obviar determinadas cargas que corresponden a un accionante do recurso especial (Resolución 21, 26, 109/2018 ou 19/2019). Remarcouse que a carga de acadar o convencemento deste Tribunal para que se chegue ao solicitado no recurso corresponde, de inicio, ao recorrente, o cal debe recoller un desenvolvemento claro para isto, sen que se poida chegar a suplir de oficio tal carga (por exemplo tamén, Resolución 108/2020).

De feito, non podemos deixar de significar que se a impugnación é pola puntuación dos criterios sometidos a xuízos de valor, existirían óbices, a priori, para que a cuestión tivera o percorrido necesario a tal fin, como é que o recorrente non achega a concreta puntuación que considera debía ter a súa proposta ou a do adxudicatario, xunto a que a diferenza final nestes criterios entre ACCIONA e UTE FCC foi de 2 puntos, moi por debaixo da diferenza final (10.08 puntos) para que a impugnante poida acadar a condición de adxudicatario.

Manifestada entón esa eiva na dimensión con que é traído este apartado, se, a maior abastanza, continuamos coa análise, respecto á dimensión cara unha exclusión non podemos esquecer a que é doutrina consolidada que só cando o incumprimento sexa expreso, de modo que non caiba dúbida algunha que a oferta é incongruente ou se opón abertamente ás prescricións técnicas contidas no prego, procede a exclusión. Doutro lado o incumprimento debe ser claro, é dicir referirse a elementos obxectivos, perfectamente definidos no prego de prescricións técnicas, e deducirse con facilidade da oferta, sen ningún xénero de dúbidas, a imposibilidade de cumprir cos compromisos esixidos nos pregos. Así non é admisible motivar o incumprimento acudindo ben a razoamentos técnicos máis ou menos complexos fundados en valoracións subxectivas, ben a xuízos técnicos ou de valor relativos á capacidade ou aptitude dos licitadores para cumprir o ofertado.

A primeira referencia baixo aquel apartado reproducido é a relativa á dotación requirida para a limpeza en festivos, mercados e eventos.

Neste punto a explicación ofrecida polo informe do órgano de contratación desbota unha arbitrariedade:

“En este apartado el recurrente quiere hacer ver que ACCIONA incumple los condicionantes del pliego al ofertar 3 peones en lugar de 2 peones y un conductor como marca el Pliego.



Sin embargo, este argumento es fácilmente rebatible si tenemos en cuenta que el “CONVENIO COLECTIVO DO CENTRO DE TRABALLO DA SOCIEDADE URBASER, S.A. NA SÚA ACTIVIDADE DE RECOLLIDA E TRANSPORTE DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS E LIMPEZA PÚBLICA VIARIA DO CONCELLO DE NARÓN”, establece en su artículo 22 -y así lo pone de manifiesto ACCIONA es su oferta- que un peón, tiene entre sus facultades, la de conducir o manejar todo tipo de vehículos de peso inferior a 3.500 kg.

“Artigo 22.- Clasificación do persoal.

Peón.- Traballador ou traballadora encargado de executar labores para as que non se requira ningunha especialización profesional nin técnica. Poden prestar os seus servizos indistintamente en calquera servizo dos centros de traballo. No entanto, alén dos seus labores habituais de peón poderá manexar e/ou conducir varredoras, baldeadeiras ou calquera outro vehículo ou máquina cuxo peso máximo autorizado (PMA) sexa inferior ou igual a 3500 Kg e/ou que precisen carné de conducir clase A, B, ou inferior.”

Este Convenio colectivo fue aportado como Anexo a la licitación por lo que los licitadores, en este caso la recurrente FCC, tenía la obligación de conocer este particular.

Dado que la oferta de ACCIONA en este punto oferta un vehículo tipo Dumper, cuya ficha técnica aportada por la recurrente, marca un peso de 667Kg (incluyendo baterías) de este vehículo, no se aprecia ningún incumplimiento de los requisitos del pliego y en consecuencia no existe causa alguna de exclusión.

El que el vehículo propuesto por la adjudicataria tenga espacio para 2 personas, el operador y un acompañante, en ningún caso supone incumplimiento de los requisitos del pliego para esta labores (1 conductor y 2 peones), ya que la oferta de ACCIONA contempla los 3 operarios, y la forma de organización del trabajo es parte de la libertad de la empresa y, lo que es más importante, es que el pliego en ningún caso obliga a que estos operarios se tengan que desplazar únicamente en ese vehículo.

Pero lo más sorprendente es que este particular sea objeto de recurso, pues en la valoración de este criterio la recurrente ha obtenido la máxima puntuación de 2 puntos de 2 posibles, obteniendo el resto cero puntos, por los motivos que se exponen en el informe de valoración de este criterio. Se adjunta a continuación un extracto del informe de valoración mediante criterios objetivos:

“Las empresas han ofertado lo siguiente:



• *Acciona: “oferta un número total de jornadas de limpieza en festivos, mercadillos y eventos, por encima de las 15 mínimas exigidas en el PPTP, de 3000 (TRES MIL)”. Sin embargo, en el estudio de costes se valora cada una de estas jornadas en 53,36 €, importe insuficiente para una jornada completa de brigada formada por 1 conductor y 2 peones, ya que el coste ofertado por jornada de conductor en horario de día es de 122,52 € por conductor y de 106,22 € por jornada de peón. En consecuencia, se da puntuación 0 a esta empresa en este criterio.*

• *Urbaser: “Proponer trescientas jornadas anuales en relación al número de jornadas de limpieza en festivos, mercadillos y eventos”. El coste en el estudio económico de la brigada de domingos y festivos es de 280,31 € y está formada por 1 vehículo tipo porter doble cabina (23,03 €/jornada), 1 conductor (137,85 €/jornada) y 1 peón (119,43 €/jornada). No cumple con el requisito del pliego técnico de 1 conductor y 2 peones, por lo que se asigna una puntuación 0 a esta empresa en este criterio.”*

Como se puede observar, en el caso de ACCIONA, no contempla la dotación económica suficiente para un equipo de 1 conductor y 2 peones ni tampoco para un equipo formado por 3 peones (con un peón-conductor). En el caso de URBASER contempla un equipo al que le falta un trabajador de categoría peón.

En conclusión, que no existe incumplimiento de los pliegos por parte de ACCIONA y este motivo debe ser rechazado”

Como indica o propio recurso *“De forma similar a lo anteriormente expuesto”* enlaza o recurso seguidamente co referido á dotación requirida para o servizo de barrido manual monitorizado, polo que baste reiterar o que acabamos de explicar.

A seguinte crítica do recurso é que *“ACCIONA, al no incrementar el coste con la valoración real de lo que debe de cobrar un trabajador en Domingos y festivos, además de incumplir las disposiciones sobre el convenio colectivo aplicable, está minorando considerablemente el coste real de la mano de obra.”*

Outra vez o informe do Concello ao recurso amosa razoabilidade ao respecto:

“El importe de 93,99€ (y un día libre) por trabajo en día festivo, reconocido en el artículo 30 del Convenio colectivo de URBASER como complemento de festivos está condicionado y restringido a aquellos trabajadores que, cumplida la jornada semanal establecida en el convenio, trabajen un día festivo a mayores. Se adjunta captura del convenio colectivo.

(imaxe)



Si el personal que fuera a prestar servicios en festivo no estuviera en la casuística reflejada en el artículo 30 del convenio colectivo, no le sería aplicable este complemento de jornada festiva, por lo que no se tendría que reflejar esta partida en el presupuesto.

En su oferta ACCIONA hace un reparto de las jornadas a realizar por el personal, según la aplicación del convenio colectivo (...)

Expresa tamén ACCIONA nas súas alegacións:

“Por otro lado, interesa destacar en este apartado que el informe técnico de valoración lleva a cabo un análisis de los costes salariales propuestos por los licitadores y constata que la oferta de ACCIONA contempla exactamente los mismos costes salariales que proceden según convenio colectivo aplicable, que además son prácticamente idénticos a los previstos por la sociedad recurrente. Por lo que, sencillamente, de nuevo no entendemos la posición impugnatoria de la recurrente al respecto, quien es perfectamente conocedor de esta circunstancia y, aun así, pretende crear artificialmente una imagen de ilegalidad en la oferta de ACCIONA que no existe. Lo que da plena prueba de la mala fe de la recurrente.

Reflejamos la tabla del informe técnico en la que se realiza la comparativa de los costes salariales ofertados por los distintos licitadores, que refleja las consideraciones antes señaladas (vid. página 28 del informe técnico): (...)

En relación á crítica sobre a recollida de residuos domiciliarios e de biorresiduo, bastaría con expresar que aquí o recurso – que nesta alegación non ten excesiva claridade sobre a tese que se trae en concreto- tampouco aporta elementos de constatación cara unha exclusión en canto a, como dixemos, elementos obxectivos, perfectamente definidos no prego de prescricións técnicas, de forma que non é admisible motivar o incumprimento acudindo ben a razoamentos técnicos máis ou menos complexos fundados en valoracións subxectivas, ben a xuízos técnicos ou de valor relativos á capacidade ou aptitude dos licitadores para cumprir o ofertado. De feito nalgún momento de esta explicación o recurso só chega a defender unha inviabilidade “tácita”. Explica en todo caso o Concello:

“El Pliego establece como requisito mínimo la instalación de 55 contenedores para el biorresiduo, que será incluido en el Sobre nº 2.



En el sobre número 3 se debía incluir como mejora la oferta sobre contenedores adicionales a estos 55 (en el caso de ACCIONA oferta 1.500, por eso se lleva la máxima puntuación de 4 puntos).

El reclamante amalgama deliberadamente el plan de implantación de biorresiduos dotado con 55 contenedores que establece el PPT; con los contenedores que pueden ser ofertados y puntuados objetivamente en las mejoras.

El Pliego no obliga a que las características técnicas de estos contenedores ofertados como mejora deban de ser iguales a los 55 obligatorios, por lo que el licitador puede ofertar el modelo que considere más adecuado al servicio. “

De todas formas, a mellora referida aos contedores de biorresiduo (criterio 2.5), é de 4 puntos como máximo, que foi o obtido por ACCIONA fronte aos 0.4 da UTE FCC, polo que aínda que a adxudicataria tivera 0 puntos no mesmo non cambiaría a condición de adxudicataria (a diferenza final foi de 10.08).

O recurso 137/2020 aborda entón a valoración dos criterios sometidos a criterios automáticos en relación ao que era a puntuación da oferta da UTE FCC.

Baste tamén aquí manifestar que aínda que a efectos meramente dialécticos se chegaran a admitir os puntos que reclama, 3 máis no referido ao nivel de emisións de CO2 e 2 no de recollida de residuos perigosos, non acadaría para que a UTE FCC adquirira a condición de adxudicatario, polo que non ten eficacia de por si a efectos da estimación do recurso. Isto é importante porque, como é doutrina uniforme dos Tribunais de recursos contractuais, cando se impugna a valoración e puntuación se esixe que ese aspecto sexa determinante para o cambio na condición de adxudicatario.

Pasa agora o recurso 137/2020 á parte onde directamente fala de incumprimentos dos pregos por parte da oferta de ACCIONA pero con debates total ou parcialmente coincidentes co apartado do recurso formalmente titulado como de cuestionamento da valoración dos criterios sometidos a criterios de valor.

Por exemplo, volve a traer alegación de que ACCIONA propón servizos sen considerar o descanso obrigatorio, o cal xa foi tratado antes.

Tamén foi tratado antes as cuestións referidas aos contedores, unido a que o apartado do prego que reproduce tamén daba flexibilidade en canto a dimensións e



capacidades dos mesmos, e que tal recorrente non demostra a inexistencia dos modelos e de fabricantes que trae como afirmación.

Finalmente, volve a referir a cuestión das xornadas anuais para limpeza de festivos, mercados e mercados, xa recollido antes no recurso e tratado entón, onde cabe resaltar que o avaliador do criterio xa dispuxo 0 puntos ao respecto para ACCIONA e que á UTE FCC lle outorgou o máximo, 2 puntos.

Non podemos tampouco dar a razón ao recorrente sobre o plan de mellora de renovación de papeleiras. Este criterio, de carácter automático, estaba refenciado a estar por enriba das 250 mínimas esixidas no PPT, de forma que logo se dispón “Se otorgará la máxima puntuación (máximo 1 punto) a la oferta que proponga un mayor número de papeletas, valorándose el resto de las ofertas de forma proporcional)”. Nesa redacción non hai ligazón co prazo dos dous anos, por canto que fala de papeleiras por enriba do mínimo das 250, sendo aquel prazo no prego traído cando trata sobre ese mínimo (apartado 6.4.3.1.4 PPT).

Por outra banda, dado que estamos a falar de criterios automáticos, non é indiferente que mencionemos que, como xa dixemos en diferentes ocasións, por exemplo na Resolución 153/2019 (resolución confirmada pola Sentenza de 10.07.2020 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, recurso contencioso 7325/2019):

“Pois ben, o primeiro que observamos é que estabamos ante un criterio expresamente definido nos pregos como sometido a avaliación automática, polo que é consubstancial a estes a mera aplicación de fórmulas ou operacións matemáticas, sen valoracións de apreciación. Esta opción do órgano de contratación agora lle “autolimita”, en verbas do TXUE

(...)

Como dicimos, nese criterio de adjudicación o órgano de contratación, que tiña liberdade de configuralo en base a súa discrecionalidade técnica, quixo recollelo como criterio automático sometido á operación establecida na mesma, sen ningún tope a modo de límite, horquilla do parámetro, mención a unha actuación previa do órgano sobre tal criterio, etc...o cal afasta sobremaneira a posibilidade de apreciar como correcta calquera actuación do órgano diferente da propia aplicación da fórmula, actuación que, de producirse, deberá ter como referencia precisamente tal fórmula prevista nas condicións da licitación.



A Resolución 138/2015 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais do País Vasco, explica “no cabe discrecionalidad alguna en los criterios automáticos, por lo que no es válido, como pretende el poder adjudicador, que la opción de aplicación de la fórmula elegida al recurrente es la más correcta, pues no existe tal capacidad de elección” e engade que “el principio de transparencia implica que todos los potenciales licitadores a un contrato deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que el poder adjudicador va a tener en cuenta para elegir la oferta económicamente más ventajosa, lo que no comprende únicamente los criterios de adjudicación, sino cualesquiera otros aspectos que pueden ser relevantes para determinar la adjudicación (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, de 24/11/2005, C-331/04, de 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07).”

Finalmente, en relación a este apartado destinado en si á exclusión de ACCIONA, trae o incumprimento da superficie do parque central incluído na oferta gañadora. Aquí unha vez máis, debemos traer que para a exclusión o incumprimento debe ser claro, é dicir referirse a elementos obxectivos, perfectamente definidos no prego de prescricións técnicas, e deducirse con facilidade da oferta, sen ningún xénero de dúbidas, a imposibilidade de cumprir cos compromisos esixidos nos pregos, unido a que non é admisible motivar o incumprimento acudindo ben a razoamentos técnicos máis ou menos complexos fundados en valoracións subxectivas, ben a xuízos técnicos ou de valor relativos á capacidade ou aptitude dos licitadores para cumprir o ofertado.

Neste caso, o recorrente trae o incumprimento do que no prego era unha referencia a unha superficie “aproximada”, -non un mínimo de exacto cumprimento-, sen maior demostración de que a superficie da parcela de ACCIONA non vai ser suficiente para a finalidade prevista, polo que con esa configuración non se dan os parámetros de exclusión que acabamos de mencionar no que nos é traído.

Tampouco cabe acoller que proceda a exclusión da adxudicataria por non documentar “*con fuentes reales y actuales los costes de explotación*” recollidos na súa oferta económica. Por una parte, porque a propia literalidade do prego lle permite outorgar a este aspecto un carácter auxiliar de comprobación da realidade do ofertado, sen que o órgano de contratación, nin o recorrente agora no seu recurso, mencionen óbices ao respecto na proposta do adxudicatario. Ademais, da vista do expediente remitido resulta que así tamén foi entendido por outros licitadores, como por exemplo URBASER.

E por outra parte, e isto é especialmente relevante, FCC na súa oferta tampouco recolle xustificación documental da totalidade dos seus custos unitarios de explotación,



senón que expresamente sinala que os prezos de mantemento se basean nos “*precios de los materiales de mantenimiento y reparación de diversos proveedores que trabajan con la UTE*”, sen achegar maior documental ao respecto, o cal ademais de reafirmar o sinalado no parágrafo anterior, determina que non caiba criticar o que tamén se incumpre polo recorrente. Así, Na Resolución 98/2018 expresamos: “*Sentenzas como as do Tribunal Supremo de 31 de outubro de 1991, 16 de decembro de 1991 e 5 de marzo de 1988, advirten que quen pretende para si un determinado efecto xurídico debe pretender o mesmo para os demais, igual que sería contrario a principios xerais do dereito, como a da boa fe, obter vantaxe dunha infracción cometida tamén por quen a pretende.*”

Por exemplo, o Acordo 121/2019 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón apunta:

“No obstante lo anterior, llama poderosamente la atención a este Tribunal que la actora aprecie un vicio –determinante, a su parecer, de exclusión– en la oferta de la adjudicataria, cuando en la suya (página 52) viene asimismo a manifestar que –entre los diversos ámbitos para los que está autorizada a fin de impartir cursos de formación– se halla inscrita «(...) con el número 50/0012 en el Registro provincial de Entidades Formadoras por el Departamento de Salud del Gobierno de Aragón para la impartición del curso de Uso de Desfibriladores Externos por personal no médico ni de enfermería en establecimientos no sanitarios, según Decreto 229/2006 del Gobierno de Aragón». De tratarse de una causa de exclusión, por tanto, tal y como pretende la actora, su proposición igualmente estaría incurso en la misma.”

Tamén debemos rexeitar a alegación referida ao prazo de amortización da maquinaria da oferta de ACCIONA, con lóxica no que traslada o informe do órgano de contratación:

“Como podemos ver en la captura que se acompaña, el PPT diferencia claramente amortización de la maquinaria de nueva adquisición:

(...)

De lo cual se desprende que sólo en el caso de los nuevos equipos y material adquiridos para el presente contrato tendrán un plazo de amortización y una vida útil de 10 años. En el caso de los equipos y material subrogados del anterior contrato, a la vista queda que no están incluidos”



Oitavo.- Por último, o recurso 137/2020 trae o incumprimento do establecido no apartado 26 do PCAP, no punto que reproducimos:

“En el plazo de los 10 días hábiles desde el siguiente a aquel en el que hubiera recibido el requerimiento el adjudicatario deberá presentar la siguiente documentación:

(...)

. La documentación que acredite que dispone efectivamente de los medios que se haya comprometido a destinar a los servicios.”

En diferentes ocasións expresamos que no xuízo revisor que lle corresponde a este Tribunal Administrativo é de especial importancia confrontar a tese que alega o órgano de contratación para adoptar as súas decisións co ordenamento xurídico aplicable a tal consideración, con tamén relevancia cualificada da súa defensa no informe que remite a este recurso especial, sobre o que repetidamente chamamos a atención de que debe conter o nivel argumentativo oportuno para defender a desestimación do recurso.

Sobre este aspecto o informe ao recurso nada específico traslada sobre se está ou non correctamente cumprido o trámite esixido, pois só dispón, con xeneralidade, que: *“La acreditación de la disponibilidad de las instalaciones y del material se acreditará por el adjudicatario en su momento oportuno y por los medios pertinentes, tal y como establece el artículo 150 de la Ley 9/2017.”*

A maiores da falta de claridade e desenvolvemento desa frase, o prego neste apartado está precisamente a falar do trámite do artigo 150.2 LCSP, polo que a documentación que nese momento do procedemento esixa o prego, como era esa reproducida, procede ser esixida para logo ser analizada e determinar o que proceda, algo que como veremos non podemos dar por correctamente cumprimentado.

Así neste caso, unido a que o informe, repetimos, nada en concreto alega en relación ao concretamente presentado, o que nos aparece da vista do expediente é a insuficiencia do achegado polo nese momento proposto como adxudicatario en relación a unha determinación coma a recollida no prego en cumprimento da lexislación contractual, por exemplo -e sen ánimo de exhaustividade- en relación cos vehículos, maquinaria ou inmobles a adscribir ao servizo, que nin sequera aparecen mencionados na documentación achegada, o que confirma as deficiencias na



necesaria análise a realizar polo Concello do cumprimento polo proposto como adxudicatario do previsto no artigo 150 LCSP e no propio PCAP. .

Neste sentido, xa sinalou este Tribunal e o resto de tribunais administrativos que non é suficiente como cumprimento do establecido no artigo 150 LCSP unha mera declaración de carácter enumerativa (por exemplo, Resolución TACRC 409/2014 ou 615/2013), aínda que sempre debe existir unha análise no caso concreto.

Finalmente, como sabemos, é doutrina actual que esa falta no trámite que nos ocupa non determina de por si a exclusión do licitador senón o outorgamento dun prazo de emenda de tres días (por citar unha, Resolución TACGal 240/2019 ou Resolución TACRC 604/2018). Polo tanto, debemos estimar parcialmente o recurso de tal xeito que con anulación do acordo de adxudicación, se retrotraia o procedemento aos efectos de que por parte do Concello, e previa análise da documentación inicialmente achegada e das súas eivas, se comunique ao licitador as deficiencias que deberán ser obxecto de emenda no prazo indicado ao efecto e, en base ao que resulte da mesma, se decida o que corresponda en dereito.

Noveno.- Procede entón agora analizar o recurso 135/2020 interposto pola terceira clasificada.

Este recurso tamén cita como primeiro argumento o de acceso ao expediente, pero con singularidades respecto ao dito ate agora.

En primeiro lugar, que se nos traslada que a pesares de que a resolución de 12.08.2020 no seu punto dispositivo segundo in fine se recoñecía un determinado acceso a URBASER este non foi efectivo (*“a fecha de interposición del presente recurso – 20 de agosto de 2020- no se ha habilitado a mi representada acceder al menos al “Expediente Administrativo (...)”, que preconizaba el Decreto de Alcaldía de fecha de 12 de agosto de 2020”*), sen que o informe ao recurso o desminta, o cal xa implica estimar este punto do recurso.

En segundo lugar, tamén se critica que non se lle dera acceso ás partes das ofertas non declaradas en si como confidenciais, e aquí tamén cabe un acollemento en canto ao acceso a eses elementos que o propio licitador non chegou a considerar confidencial sobre a súa oferta.



Entón, dada a retroacción decretada no fundamento anterior da que resultará, finalmente, un novo acto culminativo deste procedemento de adxudicación con dereito a recurso especial – polo que non existe merma ao seu dereito de defensa nese sentido- debemos estimar parcialmente este recurso no sentido de considerar que se afectou a seu dereito de acceso ao expediente de forma que, por economía procedimental, declaramos que de existir un novo momento onde caiba esgrimir esa posibilidade de acceso ante o órgano de contratación, este, ao menos, o cumpra en relación a URBASER tendo en conta o que xa se lle acollía no seu punto dispositivo segundo in fine da resolución de 12.08.2020 así como respecto a elementos que os outros licitadores non chegaron a considerar como confidenciais sobre as súas ofertas, sen que entón caiba neste intre máis pronunciamentos.

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

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por URBASER S.A. (recurso 135/2020) contra o acordo de adxudicación dun servizo de recollida de residuos sólidos urbanos e limpeza viaria do Concello de Narón, expediente CON/36/2018 dese Concello, nos termos descritos nesta resolución.

2. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por por FCC MEDIO AMBIENTE S.A. (recurso 137/2020) contra o acordo de adxudicación dun servizo de recollida de residuos sólidos urbanos e limpeza viaria do Concello de Narón, expediente CON/36/2018 dese Concello, nos termos descritos nesta resolución.

3. Levantar a suspensión automaticamente producida por efecto do artigo 53 LCSP .

4. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

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 do 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 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

O PRESIDENTE, Santiago Valencia Vila. A VOGAL-SECRETARIA, Ana María de Frutos Martínez. O VOGAL, Tomás Otero Ferreiro.

