

ACUERDO 9/2023, DE 31 DE OCTUBRE DE 2023, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL PRESENTADO POR LA MERCANTIL ACEINSA MOVILIDAD, S.A., CONTRA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO “SERVICIO PARA LA EJECUCIÓN DE OPERACIONES DE MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DE LAS INSTALACIONES ELÉCTRICAS DE MEDIA Y BAJA TENSIÓN Y ALUMBRADO DE LAS CARRETERAS Y TÚNELES DEL CABILDO DE GRAN CANARIA” (EXP XP0373/2020; EXP TRIB 6/2023)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 18 de septiembre de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, el 19 de septiembre siguiente los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), del contrato de servicios denominado “SERVICIO PARA LA EJECUCIÓN DE OPERACIONES DE MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DE LAS INSTALACIONES ELÉCTRICAS DE MEDIA Y BAJA TENSIÓN Y ALUMBRADO DE LAS CARRETERAS Y TÚNELES DEL CABILDO DE GRAN CANARIA” mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, cuyo valor estimado asciende a la cantidad 9.119.500,00 €, **tramitado por el Consejo de Gobierno Insular de Gobierno Insular del Cabildo de Gran Canaria.**

SEGUNDO.- Mediante Acta de la Mesa de Contratación de fecha 24 de mayo de 2023, se eleva propuesta de la citada licitación tras el análisis de la documentación requerida y garantía definitiva del propuesto adjudicatario, **AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A.**

TERCERO.- Mediante Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno Insular del Cabildo de Gran Canaria, en su sesión Ordinaria celebrada en fecha 19 de junio de 2023, se adoptó por unanimidad la adjudicación del expediente XP0373/2022/OP denominado “SERVICIOS PARA LA EJECUCIÓN DE OPERACIONES DE MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DE LAS INSTALACIONES ELÉCTRICAS DE MEDIA Y BAJA TENSIÓN ALUMBRADO DE LAS CARRETERAS Y TÚNELES DEL CABILDO DE GRAN CANARIA” a **AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A.**, en la que constan como parte de la misma y a efectos de su motivación los Informes Técnicos de fechas 8 de febrero, 17 de marzo y 27 de marzo de 2023, emitidos por el Servicio Técnico de Obras Públicas e Infraestructuras, habiendo sido publicado en la plataforma de contratación del Sector Público el 27 de junio siguiente.

CUARTO.- El 17 de julio de 2023 don J.S.I., en representación de la mercantil **ACEINSA MOVILIDAD, S.A.**, interpone escrito por el que formaliza un recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo del Consejo de Gobierno del Cabildo de Gran Canaria de adjudicación del contrato de referencia a favor de la empresa **AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A. (ACISA).**

QUINTO.- El 24 de julio de 2023 el Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos -en adelante TACPGC- formula el oportuno requerimiento al servicio gestor, solicitando el expediente, la relación de todos los participantes en la licitación, así como el preceptivo informe.

SEXTO.- El 26 de julio de 2023 tiene entrada en el registro del Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos -en adelante TACP- oficio dónde se indica al Tribunal la forma de acceder al expediente administrativo a través del aplicativo Plyca, para su consulta por el TACPGC quedando pendiente la remisión del Informe Técnico preceptivo

SÉPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 – en adelante, LCSP'17 -, el 27 de julio de 2023 fueron puestos de manifiesto a los licitadores los documentos mediante los que fue formalizado el Recurso Especial

OCTAVO.- Con fecha 28 de julio de 2023 la empresa COMPAÑÍA DE EFICIENCIA Y SERVICIOS INTEGRALES, S.L., solicita acceso al expediente habiéndole sido remitido el índice del expediente el día 1 de agosto de 2023.

NOVENO.- Durante la sustanciación del trámite de audiencia, el día 2 de agosto de 2023 la empresa AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A., presentó alegaciones.

DÉCIMO.- Al tratarse de un recurso contra la adjudicación del contrato, el acto ha quedado suspendido de forma automática sin que el Tribunal haya apreciado circunstancias para su levantamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP'17.

UNDÉCIMO.- El 29 de septiembre de 2023 tiene entrada en el registro del TACPGC el preceptivo informe de e fecha 27 de septiembre de 2023 emitido por la Jefa del Servicio Administrativos de Obras Públicas e Infraestructuras y por el Director del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia.

La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Reglamento Orgánico que lo regula, publicado en el BOP nº 24, de 24 de febrero de 2016 y en el BOC nº 39 de 26 de febrero de 2016, habiendo sido designados sus miembros por el Consejo de Gobierno Insular celebrado el 25 de julio de 2016, (BOP nº 93 de 3 de agosto de 2016) y acordada su renovación por el Pleno del Excmo. Cabildo de Gran Canaria el 30 de julio de 2021, (BOP nº 133 de 5 de noviembre de 2021).

Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 41 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), hoy art 46 de la Ley

9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 – en adelante LCSP'17- y de conformidad con el 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos y que habilita a las Administraciones Locales para crear su propio Tribunal Administrativo.

SEGUNDO. - Legitimación

El párrafo primero del artículo 48 de la LCSP'17 establece que “Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

Al ser la recurrente una de las empresas que se presentaron a la licitación está legitimada para a la presentación del recurso habiendo presentado los poderes notariales que acreditan su representación.

TERCERO.- Objeto

El recurso tiene por objeto el acuerdo de adjudicación de un contrato de prestación de servicios superior a cien mil euros, por lo que se trata de un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2.c) de la LCSP'17.

CUARTO.- Plazo de interposición

El recurso ha sido presentado dentro del plazo de 15 días que al efecto establece el artículo 50 de la LCSP'17, toda vez que el acto impugnado que había sido dictado el 19 de junio de 2023 fue publicado en la plataforma de contratación del Sector Publico el 27 de junio siguiente y el recurso fue interpuesto el 17 de julio de 2023.

QUINTO.- Motivos del recurso.

Alega la recurrente los siguientes motivos de impugnación:

1.- De forma principal, que ACISA y FCC-MATINSA (adjudicatario y segundo clasificado) debieron, o no ser admitidas por no ser mejoras completas como exige el PCAP, o ser puntuadas con 0 puntos porque no son completas y completarlas implica que rebasen los 300.000€, y superar tal límite, con arreglo al PCAP, supone la asignación de 0 puntos.

2.- Subsidiariamente, una pretensión de anulación con nueva licitación, al no ser posible la retroacción (para una correcta valoración del sobre 2 no contaminada por el conocimiento del sobre 3). Esta pretensión subsidiaria se fundamenta, de una parte, en que las mejoras de ACEINSA no debieron ser puntuadas en su totalidad con 0 puntos, sino que debió ser puntuada (y no lo fue) la mejora ofertada que no excedía de 300.000€;

3.- Por ultimo alega la recurrente la arbitraria, por inmotivada, valoración de las mejoras de los licitadores, en cuanto a los parámetros calidad seguridad y utilidad (muy importante, importante, nada importante, 2, 1 y 0 puntos respectivamente).

SEXTO.- Como primer motivo de impugnación del acuerdo de adjudicación recurrido, se cuestiona por el recurrente que las mejoras de ACISA y FCC-MATINSA no debieron ser admitidas por no ser completas o puntuarlas con 0 puntos.

- En el Cuadro de Características del Contrato del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el apartado 1.B letra K señala:

“B) MEJORAS PROPUESTAS (10 puntos):

En este apartado deberá realizarse una descripción pormenorizada en una memoria justificativa de las mejoras propuestas, incluida su valoración económica, recomendándose una extensión máxima aproximada de 10 páginas.

Se podrá presentar un cuadro resumen del conjunto de mejoras donde se incluya únicamente: denominación de la mejora, puesta a disposición, y valoración económica, así como el desglose de partidas del presupuesto del contrato (sin baja) a partir del cual se llega a la valoración económica total.

Se considerarán mejoras aquellas que contribuyan a aumentar los conceptos de calidad, seguridad de los servicios prestados, y utilidad respecto del cumplimiento de los fines del contrato. También se valorará el plazo de puesta a disposición del contrato de las mejoras y su valor económico.

Las mejoras propuestas deberán ser completas, incluyendo todas las actuaciones necesarias para su ejecución, sin que puedan suponer en ningún momento coste añadido para el Cabildo de Gran Canaria.

Cualquier mejora que se oferte deberá elaborarse a partir de los precios unitarios del presupuesto Apéndice II del PPT y deberán ser valoradas según los precios unitarios incluidos en éste. En caso contrario, la valoración será corregida previamente a su valoración.

En caso de existir ofertas de mejoras similares con distinta valoración económica, la ponderación de la mejora se realizará con el menor de los valores ofertados.

La puntuación de las mejoras (M1), se obtendrá de la interpolación lineal entre la oferta que obtenga la mayor valoración, una vez ponderados todos los aspectos que se valoran, con el máximo ofertado (10 puntos), otorgándose una puntuación de cero (0 puntos) a la oferta que no aporte mejora alguna.

	Calidad Ci	Seguridad Si	Utilidad Ui
Muy importante	2	2	2
Importante	1	1	1
Nada importante	0	0	0
	Puesta a disposición Di		
1ª anualidad		3	
2ª anualidad		2	
3ª anualidad		1	
4ª anualidad		0,25	

Los criterios de ponderación serán para cada concepto:

El valor económico acumulado ofertado estará limitado a 300.000€ y a la duración total del contrato. En el caso de superar esta limitación se asignará una puntuación de cero puntos en el grupo específico de mejoras.”

• En el informe remitido por el órgano de contratación, respecto de esta causa de impugnación, se dice:

1.- Que la mejora propuesta por ACISA y FCC-MATISA propone una sustitución de luminarias. Durante el desarrollo de su propuesta, se expone que la valoración económica de la sustitución está basada a partir de los precios unitarios del presupuesto y que la valoración total de las mejoras suponen 299.993,00 € y 296.989,00 € respectivamente, propuestas para la primera anualidad.

ACEINSA pone en entredicho si las mejoras pueden considerarse o no completas, alegando que otros licitadores han presentado la misma propuesta

de mejora añadiendo más unidades para la misma finalidad. A tal efecto se remite al informe técnico de valoración de ofertas, de fecha 08.02.23, en el que se dice literalmente: “... ..El apartado K del PCAP establece que “ *Las mejoras de personal no supondrán coste adicional para el Cabildo*” . *Las unidades 2.2.34 u 2.2.35 en las que se ha basado ACISA para la valoración de su oferta no sólo contemplan la mano de obra para su colocación, sino también para los trabajos adicionales como los cortes de carril para su ejecución. Por tanto, se estaría cumpliendo así en base a lo referido en el apartado B de los criterios K de valoración recogidos en el PCAP, “Las mejoras propuestas deberán ser completas, incluyendo todas las actuaciones necesarias para su ejecución, sin que puedan suponer en ningún momento coste añadido para el Cabildo de Gran Canaria. Cualquier mejora que se oferte deberá elaborarse a partir de los precios unitarios del presupuesto Apéndice II del PPT y deberán ser valoradas según los precios unitarios incluidos en éste. En caso contrario, la valoración será corregida previamente a su valoración”.....* .

Sobre qué debe considerar una mejora como completa, a falta de definición real de este concepto de “completa” en los pliegos, la entienden como aquella que engloba todas las actuaciones necesarias para su ejecución, sin que puedan suponer en ningún momento coste añadido para el cabildo de Gran Canaria, y la propuesta de mejora realizada por ACISA y FCC, cumple con estos preceptos, entendiéndose por ello como completa.

Como acertadamente alega la entidad adjudicataria, la recurrente no puede ahora ir contra sus propios actos de aceptación del PCAP, aceptación que supone tanto la falta de impugnación del mismo como la formalización de la oferta – artículo 139 de la LCSP-. El contenido del apartado 1.B letra K del Cuadro de Características del Contrato, estableciendo el límite de 300.000 €, es claro y no deja dudas sobre su intencionalidad -“*El valor económico acumulado ofertado estará limitado a 300.000€*”- por lo que, conforme a lo establecido en el artículo 1282 del Código Civil, ha de estarse a la literalidad de la cláusula.

En el mismo sentido, el término “completa” de las mejoras se refiere, en el contexto del Pliego y siguiendo la literalidad del concepto, a todas aquellas actuaciones que requieran la implementación de la mejora, de forma que si se propone la instalación de un determinado elemento de la instalación eléctrica lo debe ser en su integridad, no de forma aislada o que suponga actuaciones a costa del Cabildo.

Por otro lado, del examen de la oferta de la adjudicataria se puede concluir que cumple con el PCAP y no se deduce que las mejoras sean incompletas, y así lo ha apreciado el órgano de contratación, sin que pueda deducirse arbitrariedad o errores en esta apreciación.

SEPTIMO.- De forma subsidiaria, el recurrente plantea que las mejoras de ACEINSA no debieron ser puntuadas en su totalidad con 0 puntos, sino que debió ser puntuada (y no lo fue) la mejora ofertada que no excedía de 300.000€.

Sobre este aspecto, el informe remitido por el órgano de contratación expresa que de acuerdo con el informe de valoración de ofertas se interpreta que el grupo específico de mejoras es el total de la mejora 1: incremento de medios humanos y materiales, de forma que al rebasar el importe de 300.000 €, y siguiendo literalmente el pliego, se otorga una puntuación de 0, por ser entendido el total como el grupo específico de mejoras.

Entendemos, en la misma línea que el órgano de contratación, que el importe de las mejoras, en su conjunto, no pueden rebasar el límite señalado -300.000 €-, y sin que sea dable computar de forma separada cada grupo de mejoras a efectos de ponderar el citado límite, dado que el límite cuantitativo impuesto recae sobre el valor económico de las mejoras de forma “acumulada”, siendo que la interpretación contraria supondría distorsionar el sentido literal de la cláusula.

OCTAVO.- En cuanto a que la valoración de las mejoras ofertadas incurre en arbitrariedad por absoluta falta de motivación de la asignación de puntos 0, 1 y 2, (nada importante, importante o muy importante) en los parámetros no económicos en que habían de ser valoradas las mejoras, el informe del órgano de contratación alega que *“Las puntuaciones atribuidas por tipo de mejoras no fue arbitraria, obedeciendo al criterio de discrecionalidad técnica basada en juicios de valor tras lectura detallada de proposiciones de mejora de los ofertantes. Se aprecia discrecionalidad y proporcionalidad tras analizar las puntuaciones atribuidas.”*

La determinación de la mejora en los parámetros no económicos como “nada importante”, “importante” o “muy importante” está sujeta a la necesaria motivación que pondere los parámetros fijados en el CCC transcrito, referidos

a calidad, seguridad y utilidad de las mejoras. El órgano de contratación no justifica por qué una oferta tiene mayor calidad que otra, o la que ofrece mayor seguridad o utilidad. Sin ese necesario pronunciamiento, carece este Tribunal de los elementos para determinar si la valoración que se ha realizado entra en el ámbito de la discrecionalidad técnica, por lo que al carecer de esta motivación puede concluirse en la arbitrariedad de la valoración que conlleva la nulidad del acto de adjudicación y la retroacción del expediente al momento de la valoración para que se motive debidamente estos parámetros no económicos.

Así se pronuncia de forma reiterada la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución del TACRC de 4 de junio de 2021, Recurso 319/2021, Resolución n.º 661/2021 -:

“A este respecto, y como es doctrina reiterada de este Tribunal, las valoraciones de los informes técnicos están amparadas por la discrecionalidad administrativa siempre y cuando se advierta una correcta y debida motivación de los mismos, pues ante una escasa o insuficiente justificación aquélla se transforma en pura y simple arbitrariedad, y ahí reside la función de este Tribunal, con la recta finalidad de enjuiciar si dichos informes se encauzan debidamente, y si satisfacen las exigencias de motivación previstas en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.» Asimismo, las Resoluciones nº 968/2019, de 14 de agosto, 6/2016, de 12 de enero, 343/2015, de 17 de abril, 246/2012, de 7 de noviembre, 606/2013, de 4 de diciembre, 288/2014, de 4 de abril, 344/2014, de 25 de abril, 718/2014, de 26 de septiembre, o 255/2015, de 23 de marzo, disponen que: “Debemos recordar, además, que informe que da por válida la justificación ofrecida, al ser elaborado por un técnico adscrito al órgano de contratación, gozan de la llamada discrecionalidad técnica a la hora de valorar dicha justificación, y, dado que el recurrente no ha probado que en su redacción se haya incurrido en un error material, alguna arbitrariedad o error de procedimiento, las conclusiones técnicas emitidas por el servicio técnico deben prevalecer, pues la discrecionalidad técnica no ha sido desvirtuada.”

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo su Sentencia de 3 de julio de 2015, señala que *“la motivación del acto no nos permite examinar la entraña de la decisión técnica, producto de la indicada discrecionalidad técnica, y sustituir ese juicio técnico por el que expresa el recurrente o el del propio tribunal. Lo*

que nos permite la motivación, en definitiva, es controlar que efectivamente se han puesto de manifiesto, de forma comprensible, las razones de la puntuación señalada, y además, que esa decisión no es arbitraria, no incurre en desviación de poder, no se opone a los principios generales del derecho, o incurre en defectos de índole formal”.

En consecuencia con lo expuesto, ha de estimarse parcialmente estas alegaciones y ordenar la retroacción del procedimiento de licitación al objeto de que se emita un nuevo Informe técnico de valoración en relación con las ofertas en el cual se motiven expresamente y de forma detallada y pormenorizada, las razones por las que se otorgan las puntuaciones contenidas en el apartado 1.B letra K del CUADRO DE CARACTERÍSTICAS del PCAP y referidas a la asignación de puntos 0, 1 y 2, (nada importante, importante o muy importante) en los parámetros no económicos en que habían de ser valoradas las mejoras (calidad, seguridad y utilidad)

Por lo expuesto, visto los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, por unanimidad,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la entidad **ACEINSA MOVILIDAD, S.A.**, en relación con el contrato “Contrato de servicios para la ejecución de operaciones de mantenimiento y conservación de las instalaciones eléctricas de media y baja tensión y alumbrado de las carreteras y túneles del cabildo de Gran Canaria” (Expte. XP0373/2022), con retroacción del procedimiento de licitación al objeto de que se emita un nuevo Informe Técnico de valoración en relación con las ofertas en el cual se motiven expresamente y de forma detallada y pormenorizada, las razones por las que se otorgan las puntuaciones contenidas en el apartado 1.B letra K del CUADRO DE CARACTERÍSTICAS del PCAP y referidas a la asignación de puntos 0, 1 y 2, (nada importante, importante o muy importante) en los parámetros no económicos en que habían de ser valoradas las mejoras (calidad, seguridad y utilidad) ”

SEGUNDO.- Alzar la suspensión del procedimiento.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 del LCSP,17.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento, ordenando su publicación en el perfil de contratante.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.