

Recurso nº 172/2020**Resolución nº 173/2020****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por SAMAÍN SERVICIOS A COMUNIDADE S.A. contra o acordo de adxudicación dun servizo de axuda no fogar, expediente 9512/2019 do Concello de Ponteareas, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en diante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Ponteareas convocouse a licitación do contrato descrito no encabezamento, cun valor estimado declarado de 854.939,67 euros.

Segundo.- O 01.10.2020 SAMAÍN SERVICIOS A COMUNIDADE S.A. interpuxo 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 diante, LCSP). Tamén se trasladou o recurso aos interesados, presentándose alegacións pola empresa PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L.

Respecto a certas consideracións desta empresa alegante, non podemos acoller as referidas a posibles incumprimentos da empresa recorrente xa sexa porque non



cabe nesta vía de recurso unha especie de reconvención como a pretendida. Así, por citar unha, Resolución 105/2018 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía:

“Al respecto, si entendemos tal alegato como una especie de reconvención de la entidad interesada frente a la recurrente, ha de señalarse, que el trámite de alegaciones en el recurso no es una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 193/2017, de 2 de octubre y 6/2018, de 12 de enero, entre otras, y Resolución 807/2017 de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órgano de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual).”

A Resolución 12/2020 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi tamén expresa:

“No cabe considerar la solicitud de GIROA de excluir la oferta de la recurrente. Como ha señalado este Órgano (ver, por todas, la Resolución 43/2014 del OARC / KEAO), tal y como el legislador lo ha configurado, el recurso especial no da lugar a un procedimiento contradictorio entre la empresa recurrente y los demás licitadores en el que, a modo de la reconvención del proceso civil, estos últimos pueden ampliar en sus alegaciones el objeto del litigio y, por lo tanto, el ámbito de la resolución. Por el contrario, el alcance de la resolución se fija sólo en la petición del recurso (artículo 57.2 de la LCSP), mientras que el trámite de alegaciones de los interesados obedece al mandato constitucional de garantizar su audiencia (artículo 105.3 de la Constitución), pero no les concede una vía de impugnación, por lo que su posición procedimental no es en absoluto análoga a la del recurrente ni a la del demandado del pleito civil.”

Igual Resolucíons 181/2020, 70/2020, 371/2019, 355/2019 e 28/2018 do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público.

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 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 Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual aprobado polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro.

Terceiro.- O recorrente impugna a adxudicación dunha licitación na que participou e a súa oferta foi a segunda mellor clasificada, polo que ten lexitimación.

Cuarto.- O recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Ao impugnarse o acordo de adxudicación nun contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, o recurso é admisible.

Sexto.- Impugna o recorrente a valoración efectuada nas ofertas técnicas, isto é, nos criterios sometidos a xuízos de valor, polo que debemos analizar a actuación realizada respecto a esta.

Sobre este tipo de debates existe unha doutrina moi consolidada da que é manifestación, por citar unha, 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.”

Apunta en primeiro lugar o recurso en que o informe de valoración desas ofertas técnicas, tanto no asinado o 02 e 03.07.2020 como no de 10.07.2020, se recolla que as puntuacións de 45, 43 e 42 puntos que se expresan se dan “segundo criterios de



proporcionalidade”. Reproducimos, por exemplo, tal pasaxe no informe asinado o 02 e 03.07.2020:

“Que tendo en conta a valoración dos criterios indicada na táboa, propónse outorgar a maior puntuación do apartado 11.1 VALORACIÓN DOS CRITERIOS AVALIABLES MEDIANTE XUÍZOS DE VALOR (45 puntos) do Prego de consideracións xerais a empresa ASISTENZA-PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L. con 45 puntos, seguida de SAMAÍN, Servicios á Comunidade con 43 puntos e EULEN Servicios Sociosanitarios SA. con 42 puntos, seguindo criterios de proporcionalidade.”

Pois ben, como expresa o recurso non existiría ningunha base no prego – ou non se nos sinala- onde basear a aplicación de criterios de proporcionalidade aos criterios sometidos a xuízos de valor, algo tampouco de doado acomodo para a natureza e forma de puntuar dos criterios non automáticos.

O informe do órgano de contratación ao recurso recolle que *“Respecto da puntuación total acadada polas empresas, a mesma ten unha proporcionalidade que se refire ó total de puntos contemplados no prego, non á existencia de fórmulas proporcionais de valoración de cada un dos apartados.”*

Tal informe rexeita que existan fórmulas proporcionais pero admite que a puntuación total *“ten unha proporcionalidade que se refire ó total de puntos contemplados no prego”*, o que implicaría en realidade un recoñecemento de *“unha proporcionalidade”*, que xa vimos non compatible coa natureza destes criterios nin con amparo nos pregos.

Pero é que se acudimos á parte que acabamos de reproducir do informe de puntuación, este expresa: *“tendo en conta a valoración dos criterios indicada na táboa...”*. Certamente, se acudimos a ese primeiro informe do 02 e 3.07.2020 o que vemos é que hai esa táboa pero na mesma aparecen unhas puntuación de 39 puntos para ASISTENZA-PROTECCIÓN GERIÁTRICA 2005 S.L., 38 para SAMAÍN, SERVICIOS Á COMUNIDADE S.A e 37 para EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SA., que logo nesa parte final do informe se transforman en 45, 43 e 42 puntos respectivamente, apuntamos que ademais cunha distancia entre eles superior ás puntuacións do cadro (ese cadro coas puntuacións de 39, 38 e 37 aparece máis veces como é na acta da mesa de 09.07.2020). Mentres, aquela puntuación final – de 45, 43 e 42- ratifícase logo na parte final do segundo informe de valoración das ofertas



técnicas, o asinado o 10.07.2020, e nas diferentes actas da mesa así como no acordo de adxudicación, de forma que foron estas as que finalmente operaron na licitación.

Pois ben, é evidente que, sen ningunha referencia ao respecto nos pregos – nin se nos traslada onde estaría, en último caso-, non cabe que se a puntuación no cadro era matematicamente unha, logo sexa outra. A maiores, se esa mutación deriva de *“unha proporcionalidade que se refire ó total de puntos contemplados no prego”*, como recolle o informe a este recurso, suporía en definitiva aplicar unha fórmula de proporcionalidade entón, algo non previsto non pregos e incompatible *prima facie* para criterios precisamente non sometidos a fórmulas, como dixemos.

Por outro lado, o recurso chama a atención sobre que a oferta do adxudicatario acadara a totalidade dos puntos posibles na oferta técnica, os 45 puntos de 45 (acabamos de ver, que foi esa a puntuación final coa que se operou nesta contratación). De feito obtivo a totalidade de puntos no conxunto da licitación, 100 puntos dos 100 posibles.

Neste punto, a maiores do xa dito, dificilmente podemos acoller que a oferta da adxudicataria operara para a adxudicación con 45 puntos dos 45 posibles, pois iso tería que derivar de que esa oferta tiña a máxima perfección posible entón. E o que se observa da descrición que se fai da oferta da adxudicataria nos informes de valoración do sobre B é que existen ao menos varios subcriterios onde desa propia descrición resulta que non cabe atribuírlle tal plenitude de puntuación. Así sucede, por citar algún exemplo, cando no referido ao subcriterio de “protocolo de queixas e reclamacións” a oferta do adxudicatario merece críticas como que *“Non consideramos axeitada á comunicación á Xunta de Galicia das queixas ou reclamación que non estén realizadas no libro de reclamacións da entidade”* ou, con aínda máis relevancia, no subcriterio que inmediatamente pasamos a relatar.

Efectivamente, como recolle o recurso, a cuestión aparece cunha problemática xa definitiva no referido ao subcriterio “funcións tarefas dos recursos humanos”, onde a puntuación máxima a obter era de 11 puntos, sendo esta a obtida polo adxudicatario. Esta cuestión impide de por si dar por válida non só que a oferta no sobre B obtivera entón o máximo total dos puntos posibles para os criterios non automáticos (45 puntos de 45), senón que tamén invalida aquel cadro do informe do 02 e 03.07.2020 onde neste subcriterio se lle atribúe, en tal táboa, o máximo dos 11 puntos nese subcriterio ao adxudicatario, cando da descrición que agora veremos no informe de valoración non cabe casar o que se di da mesma coa obtención da totalidade deses 11 puntos.



Sobre isto apuntar de inicio que a motivación desa puntuación non aparece ata o informe asinado o 20.08.2020, isto é, con posterioridade non só a todo o proceso de valoración senón incluso moi posterior ao propio acordo de adxudicación, sobre o que logo faremos un apuntamento específico, sen prexuízo de xa adiantar a dificultade de unir tal extemporaneidade cos principios da contratación pública. Pero se avanzamos e acudimos a ese informe, como así recolle o recurso, a motivación que se menciona nel non a podemos acoller como viable para a atribución da puntuación máxima no mesmo (11 puntos), por canto que describíndose nesa motivación moi relevantes óbices na oferta de tal empresa non casaría entón con esa atribución da totalidade dos puntos:

“ASISTENZIA establece unha persoa técnica administrativa para o servizo de axuda no fogar no concello de Ponteareas, pero non especifica a localización de dito profesional, polo que pode non estar asignado ao servizo de SAF en Ponteareas. Asemade, indica os profesionais que teñen contratados na entidade, pero en ningún momento especifica que vaian a designar aos mesmos ao servizo de axuda no fogar do concello de Ponteareas. Valórase moi positivamente que se priorice na contratación as persoas en situación ou risco de exclusión social.”

Como dicíamos, o sucedido nese subcriterio fai que xa non poidamos validar nin a puntuación máxima dada no sobre B ao adxudicatario (os 45 puntos), nin tampouco o cadro do informe de 02 e 03.07.2020 en cantos aos 11 puntos dados neste para tal subcriterio, sen que poida evidentemente este TACGal, no seu xuízo revisor, reconfigurar esas puntuacións, nin cabe tampouco a retroacción do procedemento para facelo, como logo veremos e deriva da doutrina dos Tribunais de recursos contractuais.

En todo caso, a maiores existen máis problemas na valoración dese subcriterio, como tamén recolle o recurso.

Así, respecto á frase positiva da valoración da oferta do adxudicatario nese subcriterio (*“Valórase moi positivamente que se priorice na contratación as persoas en situación ou risco de exclusión social.”*), o que observamos é, en primeiro lugar e agás erro, que esa mención no sobre B do adxudicatario non está no apartado desa oferta técnica referida a tal subcriterio (“funcións tarefas dos recursos humanos”), senón noutro (páxina 12 desa oferta técnica dentro do apartado sobre “protocolos de intervención”), unido a que da descrición no PCAP ao que se valoraría no subcriterio de “funcións tarefas dos recursos humanos” non aparecería unha relación con ese aspecto. Pero tamén debemos dar a razón ao recorrente en que esa mención na



oferta do adxudicatario resultaría racionalmente como de cumprimento da condición de execución do apartado 7 PCAP e non como un plus a valorar positivamente no sobre B.

A explicación do informe do recurso neste punto non a podemos acoller porque a lectura que pode facer un licitador dilixente desa cláusula 7 da a entender que era unha obriga de execución de por si (de feito, por iso ao final dese apartado as excepcións son moi restritivas) e a mención á proporción na mesma non permite obviar o dito ate agora, máis cando esa cláusula 7 nin cita que proporción concreta sería esa.

Tampouco podemos aceptar as consideracións ao respecto da puntuación neste criterio traídas pola adxudicataria no seu escrito de alegacións a este recurso, no que sinala que *“Lo único que ha determinado la diferencia de puntuación entre una candidatura y otra ha sido el distinto ofrecimiento que se ha realizado sobre el personal técnico administrativo”*, pois da lectura do informe técnico non é posible acadar esa conclusión. Sirva de proba que a terceira licitadora obtivo 10 puntos, os mesmos que a recorrente e inferiores aos 11 da adxudicataria, recollendo o informe técnico que esa terceira oferta *“contempla a contratación dun profesional administrativo”*, o que evidenciaría que a contratación dese persoal non foi entón o elemento determinante da puntuación, como pretende a empresa alegante. En todo caso, e dito a efectos dialécticos, seguirían existindo máis frases negativas nesa valoración do subcriterio e a maiores a problemática descrita respecto a frase onde existe a expresión de positividade.

Finalmente o recurso trae outra alegación sobre unha frase que a valoración dese subcriterio fai respecto da propia oferta da recorrente, onde non vemos concreta refutación no informe a este recurso. En moitas ocasións sinalamos que no xuízo revisor que lle corresponde a este Tribunal Administrativo é de vital importancia confrontar a tese que alega o órgano de contratación para adoptar as súas decisións co ordenamento xurídico, con entón relevancia cualificada da súa defensa no informe ao recurso especial, sobre o que repetidamente chamamos a atención de que debe conter o nivel argumentativo oportuno para defender a desestimación do recurso (Resolución TACGal 131/2019, Resolución 116/2018 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León, Acordo 27/2019 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón ...)

O recurso tamén expresa que *“la valoración técnica de las ofertas ha sido subsanada en múltiples ocasiones”*. Certamente é así (unido á falta de publicación no



seu momento dos informes, xa tratado na Resolución 137/2020), pois despois do informe do 2 e 3 de xullo, no que non existía ningunha clase de motivación, aparece o informe asinado o 10.07.2020, asinado entón cando a mesa de contratación previa – do 09.07.2020-, abrira o sobre C e ate se propuxera o adxudicatario. Ademais despois dese informe de 10.07.2020, agás erro, non vemos que a mesa validara dalgunha forma esa motivación e entón esas puntuacións. Nesa acta previa do 09.07.2020 alúdese a un “anexo”, pero o certo é que a motivación aparece asinada e documentada o 10.07.2020 (por outra banda, ese informe do 10.07.2020 -páxina 1 in fine- menciona que o a mesa que acordara solicitar o anexo era de 07.07.2020, pero, outra vez agás erro, non vemos no publicado nin no expediente unha acta da mesa referida a tal data). Pero ademais a esa motivación aínda lle faltaba a xustificación dun subcriterio – precisamente o subcriterio coa problemática antes descrita-, motivación que só aparece moito despois de incluso adxudicado o contrato, todo o cal redunda na imposibilidade de validar o proceso de puntuación e valoración dos criterios sometidos a xuízos de valor.

O dito determina que debamos estimar o recurso presentado en canto á anulación da adxudicación, pero dando como consecuencia a que procede en dereito, segundo o dito en moitas ocasións polos Tribunais de recursos contractuais: dado que se procedeu a apertura da oferta económica non se pode efectuar unha retroacción con nova avaliación dos criterios sometidos a xuízo de valor, e por sometemento aos principios de igualdade e libre concorrência, é obrigada a anulación de todo o procedemento de licitación, isto é a petición subsidiaria do recurso.

En igual sentido e consecuencia anulatoria, por citar algunha, a Resolución TACGal 23/2018 (ou Resolución 118/2018):

“Todo o ata aquí exposto, no seu conxunto, tanto as deficiencias de motivación como a utilización de criterios non previstos e a incongruencia existente na interpretación das ofertas e dos propios pregos determina que este TACGal entenda que no procedemento de valoración producíronse defectos da suficiente relevancia para determinar que non poden estar amparados pola discrecionalidade técnica que lle corresponde ao órgano de contratación, ao terse vulnerado os principios de igualdade e transparencia e ao carecer o acordo de adxudicación da debida motivación que corresponde a toda resolución administrativa.

En consecuencia, débese proceder xa á anulación do acordo de adxudicación. Igualmente e dado que se acaeceu a apertura da oferta económica, non se pode efectuar unha nova avaliación dos criterios sometidos a xuízo de valor segundo dispón o art. 150.2 TRLCSP, e por respecto aos citados principios de igualdade e libre



concorrenza, procede a anulación de todo o procedemento de licitación, sen necesidade de proceder a outros posteriores análises do recollido no recurso.

O Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 342/2017 tamén recolle:

“Intentar remediar ahora, con conocimiento de la oferta económica y aun del adjudicatario elegido, un déficit de motivación que afecta a toda la evaluación técnica es imposible, además de abocar con casi toda probabilidad a un nuevo recurso especial frente al nuevo acuerdo de adjudicación, ya debidamente motivado, que se dictara.

Las circunstancias anteriores determinan que la valoración de las ofertas técnicas y el propio acto de adjudicación sean contrarios a Derecho, lo que, una vez hecho público el contenido de las ofertas económicas, impide la retroacción de las actuaciones y determina la procedencia de anular el procedimiento de contratación”

Finalmente, por citar algunha a maiores, a Resolución 328/2017 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid acolle tamén a obrigatoriedade da anulación de toda a licitación:

“Sexto.- Dado que en esta licitación se han contemplado tanto criterios objetivos como subjetivos de valoración debe determinarse si en este momento del procedimiento cabe realizar una nueva valoración motivada de la oferta de la recurrente, sin alterar el orden de apertura de las ofertas previsto en el artículo 150 del TRLCSP. A este respecto en nuestra Resolución 24/2014, de 5 de febrero, se realiza un estudio de la cuestión al que nos remitimos, partiendo de la base de que la normativa establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor y pueda ser influenciable.

En este caso se han abierto todas las ofertas, no siendo por tanto posible retrotraer el procedimiento para efectuar un nuevo informe de valoración al conocerse ya las ofertas económicas de las licitadoras procediendo la nulidad de todo el procedimiento de licitación.”

Para non alongar máis esta resolución con máis reproducións, no mesmo sentido anulatorio da licitación, por exemplo: Resolución TACRC 1019/2019



(confirmada por Sentenza TSXG de 21.01.2019) ou a 533/2020, Acordos 11 e 27/219 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resolución 8/2019 do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público ou Resolución 183/2017 e 309/2020 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía.

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

1. **Estimar** o recurso interposto por SAMAÍN SERVIZOS A COMUNIDADE S.A. contra o acordo de adxudicación dun servizo de axuda no fogar, expediente 9512/2019 do Concello de Pontearreas, con anulación do procedemento de adxudicación.

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

3. 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.

