

Recurso nº 125/2018

Resolución nº 118/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 4 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. F.J.O.E.A. y D. J.A.P. actuando en nombre y representación de DOMINION INDUSTRY-INFRAESTRUTURES, S.L. y CONSTRUCCIONES ÁLVAREZ PROL, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del Ayuntamiento de O Grove de un contrato de obras de auditorio y escuela de música de ese Ayuntamiento, expediente 1089/2018, 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.- El Ayuntamiento de O Grove convocó la licitación del contrato de obras de auditorio y escuela de música de ese Ayuntamiento, expediente 1089/2018, con un valor estimado declarado de 3.568.815,58 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 27.06.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

Tercero.- El acto impugnado es el de adjudicación, realizada por la Junta de Gobierno Local de 22.10.2018, a favor da unión temporal de empresas (UTE) con la denominación “Gestión Ambiental de Contratas, S.L. y Prace Servicios y Obras, S.A. UTE Auditorio O Grove, Ley 18/1982 de 26 de mayo”, en adelante UTE GESTIÓN-PRACE.

Cuarto.- El 15.11.2018 DOMINION INDUSTRY-INFRAESTRUTURES, S.L. y CONSTRUCCIONES ÁLVAREZ PROL, S.L (UTE ÁLVAREZ-DOMINION, en adelante), interpusieron recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

Quinto.- Con data 16.11.2018 se reclamó al Ayuntamiento el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 21.11.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 23.11.2018, recibéndose alegaciones de UTE GESTIÓN- PRACE.

Séptimo.- El 22.11.2018 el TACGal decide el mantenimiento de la suspensión de la licitación derivada del artículo 53 LCSP.

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.- El presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el 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.- La oferta del recurrente fue clasificada en tercera posición pero dado que fundamenta su recurso en alegaciones referidas a las dos primeras, le otorgamos legitimación ad procesum para impugnar la adjudicación, al amparo del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- Según el expediente el acuerdo de adjudicación fue notificado y recepcionado el 24.10.2018 por la recurrente y publicada en ese día en el perfil del contratante, por lo que el recurso fue presentado en plazo.

Quinto.- Estamos ante la impugnación de la adjudicación de un contrato de obras de valor estimado superior a 3.000.000 €, por lo que el recurso es admisible al amparo del artículo 44 LCSP.

Sexto.- Procederemos a aportar los diversos argumentos esgrimidos por el recurrente, el órgano de contratación y de la UTE GESTIÓN- PRACE, con el análisis de la cuestión de fondo.

Séptimo.- La UTE ALVAREZ-DOMINION fue la tercera clasificada, siendo las primera UTE GESTIÓN- PRACE, la adjudicataria, y la segunda DRAGADOS, S.A (DRAGADOS, en adelante).

Significar que la diferencia de puntuación entre estas tres ofertas fue muy ajustada, pues entre las tres apenas hay 1 punto de separación del total: UTE GESTIÓN- PRACE 93,31, DRAGADOS 93,08 y UTE ALVAREZ-DOMINION 92,28.

Si acudimos a la evaluación del sobre B, que es en el que se centra el recurso, las diferencias son aún menores, 0,5 puntos: UTE GESTIÓN-PRACE 23,75, DRAGADOS 23,75 y UTE ALVAREZ-DOMINION 23,25.

La primera cuestión que se nos trae va referida a la puntuación del apartado “Planificación de la obra”, que tenía hasta 5 puntos de asignación. Aquí UTE GESTIÓN- PRACE y DRAGADOS obtuvieron ese máximo de 5 puntos y la recurrente, 3,75.

Expresar que el informe de evaluación siguió, respecto de este Sobre B de criterios no evaluables de forma automática el siguiente método:

“En cuanto a la ponderación de las valoraciones de las distintas ofertas, se clasifican en alguna de las siguientes categorías, asignándoles el valor numérico de ponderación correspondiente de la siguiente manera:

<i>Muy buena</i>	<i>100% de la puntuación máxima del apartado</i>
<i>Buena</i>	<i>75% de la puntuación máxima del apartado</i>
<i>Promedio</i>	<i>50% de la puntuación máxima del apartado</i>
<i>Regular</i>	<i>25% de la puntuación máxima del apartado</i>
<i>Básica</i>	<i>0% de la puntuación máxima del apartado”</i>

El PCAP sobre el apartado de evaluación que nos ocupa, recogía los siguientes parámetros:

“c)Análisis y descripción de la planificación de la obra en relación con los equipos materiales y humanos adscritos a esta:

Incluirá:

➤La planificación de la obra en relación con la determinación de los medios necesarios para la ejecución de esta, tales como personal, instalaciones, equipos y materiales, con expresión de sus rendimientos medios.

➤La justificación de la coherencia de la propuesta en relación con los plazos de ejecución propuestos con indicación de holguras y caminos críticos.

El/La licitador/a deberá juntar toda la información gráfica adecuada a la peculiaridad de la obra relativa a los tres puntos anteriores.”

Para explicar correctamente lo que nos ocupa, lo primero que observamos es que el comentario del informe de evaluación sobre este apartado para la oferta de la UTE ALVAREZ-DOMINION (tercera clasificada a la postre, y aquí recurrente), y para DRAGADOS (segunda clasificada), es idéntico, pero para la recurrente la clasificación fue de Buena 3,75 puntos y a DRAGADOS, con idéntico comentario del evaluador repetimos, Muy Buena 5 puntos.

En realidad, la cuestión es aún más confusa porque en el apartado A.1.c) de evaluación de la UTE ALVAREZ-DOMINION lo que aparece es *“BUENA 75% (5 puntos)”*, cuando la calificación de 5 puntos solo es para la Muy Buena, como vimos. En la interpretación más favorable a la conservación de la actuación, entenderíamos que estamos ante un error de reproducción en cuanto que en el cuadro final de ese documento ya se recoge 3,75 para este apartado A.1.c) de esa oferta, sin que nadie nos aluda a otra cosa.

Centrados entonces en lo que nos ocupa, el informe remitido para este recurso especial lo que considera es que el que está mal puntuado es DRAGADOS, que debería tener entonces los 3,75 puntos de la UTE ALVAREZ-DOMINION (sin cambio entonces en el adjudicatario), mientras que el recurrente defiende que lo que se debe es elevar la suya para equipararlo con los 5 puntos inicialmente asignados a DRAGADOS. La UTE GESTIÓN- PRACE por su parte considera que no cabe elevar la puntuación de la recurrente por esto. Por lo tanto, como vemos, los diferentes intervinientes aquí defienden su tesis sobre como reconfigurar la disfunción descrita, que darían lugar a resultados distintos.

Aquel informe del órgano de contratación sostiene que *“la oferta de la empresa UTE Gestión ambiental de Contratas S.L-Prace Servicios y Obras S.A, era en este apartado, sin dudas, la mejor de la presentadas” “más allá de la mayor o menor capacidad redactora o explicación reflejada del informe de evaluación del sobre B...”*.

El marco de debate no queda completo si, a su vez, no aludimos al comentario de evaluación que, sobre este mismo apartado A.1.c), se recoge para la oferta finalmente ganadora, de la UTE GESTIÓN-PRACE, que aquí obtuvo los 5 puntos (Muy buena) y lo comparamos con la motivación de la puntuación dada a DRAGADOS y a la recurrente, la UTE ALVAREZ-DOMINION.

Para DRAGADOS y la UTE ALVAREZ-DOMINION, la motivación en este aspecto fue (recordemos lo ya dicho de que en estos dos las frases son idénticas, pero, luego, la puntuación no):

“La memoria demuestra conocimiento a pie de obra de la compleja realidad construida del entorno y su real afección en la obra. Cumple con mucho detalle y análisis lo demandado en los pliegos.”

Y para la UTE GESTIÓN-PRACE fue:

“La memoria demuestra un muy buen conocimiento e interferencia de las distintas partidas en la organización de la obra, por su singularidad, parcela dificultosa e ubicación geográfica. Cumple con rigor con lo demandado en los pliegos”

Por lo tanto, en primer lugar, no es posible en esta fase de recurso especial determinar por este TACGal si lo que correspondería es equiparar DRAGADOS a la UTE ALVAREZ-DOMINION, o al revés. Pero es más trascendente, si cabe, que con las motivaciones transcritas tampoco se puede saber cual de los comentarios implica

realmente una mejor proposición en este punto. La frase primera sobre la UTE GESTIÓN-PRACE parece revelar una mejor oferta de esa proposición, pero en la segunda una expresión como “*mucho detalle y análisis*” denotaría un estadio superior a simplemente “*con rigor*”.

Pero, además de todo esto, lo cierto es que este TACGal difícilmente aprecia en esas frases de la motivación enlace cierto con los parámetros que el pliego fijara para analizar este aspecto, como era “*medios necesarios para la ejecución de esta*”, “*personal, instalaciones, equipos y materiales*”, “*rendimientos medios*”, “*coherencia de la propuesta*”, “*plazos de ejecución*”, “*indicación de holguras y caminos críticos*”, “*información gráfica*”, etc, pues, de hecho, ninguno de esos aspectos es, como tal, citado en los comentarios de evaluación transcritos.

Como sabemos, el juicio revisor de este TACGal no debe ser usado para sustituir la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, pero sí nos cabe enjuiciar aspectos de ese proceso evaluador, como si hubo error, arbitrariedad o si la motivación dada no reúne los estándares necesarios para entender justificada una decisión y para que los que pretendan discutir puedan tener los elementos para saber cuales fueron las razones de sustento de ese acto de adjudicación.

En la Resolución 59/2018 explicábamos:

“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.”

Aquí, observamos que no se cumplen los requisitos de motivación necesarios, siendo las diferencias entre los tres primeros clasificados en este apartado (1,25 puntos) al final determinantes del resultado de la adjudicación (entre el primero y el tercero, el recurrente, hubo una distancia final de 1,03 puntos), lo cual nos obliga ya, sin necesidad de analizar las demás alegaciones, a estimar el recurso en cuanto a la

anulación de la adjudicación, pero dando como consecuencia la que procede en derecho: dado que se procedió a la apertura de la oferta económica no se puede efectuar una nueva evaluación de los criterios sometidos a juicio de valor, y por sometimiento a los principios de igualdad y libre concurrencia, es obligada la anulación de todo el procedimiento de licitación.

En igual sentido y consecuencia anulatoria, la Resolución TACGal 23/2018:

“A este respecto y como recoge la resolución 16/2018 del Tribunal de recursos contractuales de Andalucía

Como tiene reconocido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, SSTs de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000), la motivación no tiene que ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, pero sí ha de ser racional y de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento del fundamento del acto, lo que no acontece en el supuesto examinado pues unas breves frases predeterminadas y genéricas no permiten comparar la calificación de las distintas ofertas y por ende, apreciar que se ha respetado en la valoración los principios de igualdad y no discriminación. En el mismo sentido, se pronuncia, la Resolución 409/2017, de 5 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.”

(...)

Como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 35/2012:

“la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional de los Tribunales superiores y consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de

sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan”

(...)

A este respecto, conviene destacar que la Mesa de contratación es el órgano responsable de la valoración de las ofertas, tal y como recoge el artículo 22.1 e) del Real Decreto 817/2009, y que en este supuesto no nos encontramos en lo previsto en el art. 150.2 TRLCSP, ya que los criterios dependientes de un juicio de valor no superan en puntuación a los automáticos, por lo que no era preceptiva la constitución de un comité de expertos. Por esto, los informes técnicos sirven de apoyo y fundamento a la Mesa de contratación para sus decisiones. En este sentido, y como tales informes técnicos, están sujetos a una discrecionalidad técnica en la concreta puntuación otorgada a las distintas ofertas, pero esto no puede amparar la utilización de criterios no coherentes en el proceso de valoración. (...)

Todo lo hasta aquí expuesto, en su conjunto, tanto las deficiencias de motivación como la utilización de criterios no previstos y la incongruencia existente en la interpretación de las ofertas y de los propios pliegos determina que este TACGal entienda que en el procedimiento de valoración se produjeron defectos de la suficiente relevancia para determinar que no pueden estar amparados por la discrecionalidad técnica que le corresponde al órgano de contratación, al vulnerarse los principios de igualdad y transparencia y al carecer el acuerdo de adjudicación de la debida motivación que corresponde a toda resolución administrativa.

En consecuencia, se debe proceder ya a la anulación del acuerdo de adjudicación. Igualmente y dado que aconteció la apertura de la oferta económica, no se puede efectuar una nueva evaluación de los criterios sometidos a juicio de valor según dispone el art. 150.2 TRLCSP, y por respeto a los citados principios de igualdad y libre concurrencia, procede la anulación de todo el procedimiento de licitación, sin necesidad de proceder a otros ulteriores análisis de lo recogido en el recurso.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 342/2017 también recoge:

“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 alguna más, la Resolución 328/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid acoge también la obligatoriedad de la anulación de toda la licitación (en la misma dirección, Resolución 183/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, entre otras):

“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.”

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso interpuesto por DOMINION INDUSTRY-INFRAESTRUTURES, S.L. y CONSTRUCCIONES ÁLVAREZ PROL, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del Ayuntamiento de O Grove de un contrato de obras de auditorio y escuela de música de ese Ayuntamiento, expediente 1089/2018, en los términos expuestos en el último de los fundamentos jurídicos de anulación de la adjudicación y de la licitación.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

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.