

Recurso nº 25/2019**Resolución nº 28/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 1 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.^a S.V.P. actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA contra los pliegos de la licitación del servicio de ayuda en el hogar del Ayuntamiento de Lugo, expediente 2018-72, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de Lugo se convocó la licitación del contrato del servicio de ayuda en el hogar, con un valor estimado declarado de 21.292.965,72 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE y en la Plataforma de contratación del sector público el día 28.12.2019.

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 (LCSP, en adelante).

Tercero.- La recurrente impugna los pliegos de la licitación en lo que se refiere a los criterios de adjudicación.

Cuarto.- El día 21.01.2019 la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA (AESTE en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces hacia esta en la web de este Tribunal.

Quinto.- En la misma fecha se reclamó al Ayuntamiento de Lugo el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 24.01.2019. El día 25.01.2019 informa que no se recibieron ofertas en la licitación.

Sexto.- Este Tribunal acordó en sesión del día 28.01.2019 la suspensión del procedimiento de contratación.

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 la este Tribunal a 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.- El recurso se presenta en nombre de una asociación de empresarios del ámbito sectorial que se corresponde con el objeto contractual y se dirige contra los pliegos de la licitación. Además, este Tribunal admite con carácter general la legitimación de las asociaciones representativas de los intereses empresariales relacionados con el objeto del contrato para la interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando este se interpone contra los pliegos y en la medida en que su contenido afecta a los intereses de las empresas asociadas.

Se aprecia entonces la debida legitimación en el recurrente en base a lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Cuarto.- Dadas las fechas señaladas con anterioridad el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

Quinto.- Impugnándose los pliegos de una licitación de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- La recurrente impugna la cláusula 12 del PCAP por entender que en los criterios evaluables de forma automática no se recoge la fórmula precisa para su posterior puntuación, lo que impide a los licitadores configurar su oferta.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone a lo expresado en el recurso indicando que la descripción recogida en el PCAP se ajusta a los requerimientos de la legislación contractual, siendo clara y específica en su contenido.

Octavo.- La recurrente centra su impugnación en las cláusulas 12.1.1 y 12.1.3 del PCAP, en lo referido exclusivamente a la forma de valoración de los criterios evaluables de forma automática. Su contenido, por lo que aquí afecta es el siguiente:

“- MEJORAS O SERVICIOS OFERTADOS SIN COSTE A MAYORES DE LAS PREVISTAS EN LOS PLIEGOS: Hasta 60 PUNTOS desglosados como sigue:

Dentro de este apartado se valorará exclusivamente la presentación por parte de las empresas de los siguientes servicios complementarios destinados a mejorar e incrementar la calidad de vida de las personas usuarias y sus familias, y en concreto:

1.- Servicio de fisioterapia a domicilio, las empresas licitadoras deberán indicar y ofertar un número de sesiones anuales, indicar que un servicio será equivalente a 1 hora de prestación de fisioterapia.

Obtendrán la máxima puntuación (25 puntos) las empresas que oferten el mayor número de sesiones anuales en total, 0 puntos las que no oferten ningún servicio de los indicados y las demás de manera proporcional.

PUNTUACIÓN: MÁXIMO 25 PUNTOS

2.- *Servicio de podología a domicilio, las empresas licitadoras deberán indicar y ofertar un número de sesiones anuales, indicar que un servicio será equivalente a 1 hora de prestación de podología.*

Obtendrán la máxima puntuación (25 puntos) las empresas que oferten el mayor número de sesiones anuales en total, 0 puntos las que no oferten ningún servicio de los indicados y las demás de manera proporcional.

PUNTUACIÓN: MÁXIMO 25 PUNTOS

3.- *Servicio de limpiezas generales, profundas y extraordinarias en los domicilios, las empresas licitadoras deberán indicar y ofertar un número de limpiezas anuales.*

Obtendrá la máxima puntuación (5 puntos) las empresas que oferten el mayor número de limpiezas anuales en total, 0 puntos las que no oferten ningún servicio de limpieza y las demás de manera proporcional.

PUNTUACIÓN: MÁXIMO 5 PUNTOS.

4.- *Servicios de acompañamiento.*

Cada servicio de acompañamiento equivale a una hora de servicio. Se valorarán los servicios de acompañamiento, que no sean susceptibles de realizarse dentro del horario fijado de servicio ni por el proyecto de intervención establecido, tanto fuera como dentro del hogar e incluirán, de ser requerido por el personal técnico municipal, servicio de transporte.

Obtendrán la máxima puntuación en este subapartado (3 ptos.) las empresas que oferten un mayor número de servicios de acompañamiento anuales en total sin coste para el Ayuntamiento. Obtendrán 0 puntos las proposiciones que no oferten este servicio y las restantes se valorarán de manera proporcional.

PUNTUACIÓN: MÁXIMO 3 PUNTOS

5.- *Oferta de ayudas técnicas anuales, exclusivamente: grúas de movilización personal y camas articuladas. Las empresas licitadoras deberán de indicar número de ayudas que ponen a disposición del Ayuntamiento, en lo referente a gestión de dichas ayudas (entrega en el domicilio de los usuarios/as, recogida, mantenimiento, etc.) será por cuenta de la empresa concesionaria y una vez finalice la relación*

contractual con la empresa concesionaria pasarán a ser titularidad del Ayuntamiento de Lugo.

A efectos de valoración no se tendrán en cuenta otras ayudas técnicas diferentes a las expuestas.

La puntuación de dichas ayudas técnicas se realizará de la siguiente manera:

Grúas de movilización personal máxima puntuación 1 punto Camas articuladas máxima puntuación 1 punto.

Obtendrán la máxima puntuación 1 punto/ grupo de ayudas las empresas que oferten el mayor número de ayudas técnicas/grupo, 0 puntos las que no oferten ayudas técnicas o que oferten ayudas distintas a las establecidas y las demás restantes se valorarán de manera proporcional.

PUNTUACIÓN: MÁXIMO 2 PUNTOS “

Y la cláusula 12.1.3 señala:

“MEJORAS DE LAS CONDICIONES SALARIALES (SOLO EL INCREMENTO DE LAS RETRIBUCIONES DEL SALARIO BASE): Hasta 10 PUNTOS.

En este párrafo se valorará la mejora de las condiciones salariales de los trabajadores/as adscritos a la ejecución del contrato consistente exclusivamente en el incremento (establecido en porcentaje %) de las retribuciones del salario base para el personal trabajador adscrito al contrato y que suponga por lo tanto una mejora respecto a lo establecido en el II Convenio Colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia o a lo que esté vigente en cada momento de duración del contrato (que se menciona aquí exclusivamente a estos efectos) y se comprometa la empresa licitadora a aplicar a todo el personal que ejecutará el contrato.

Es decir, el importe del salario base efectivo a valorar deberá ser igual al resultante de sumar al salario base establecido en el Convenio referido, vigente en cada momento durante la ejecución del contrato, la cuantía del porcentaje ofertado. La empresa contratista asume por lo tanto la obligación de respetar y abonar como mejora retributiva a su personal trabajador adscrito al contrato la diferencia entre los salarios base del convenio sectorial que aplique la empresa (si fuera inferior) y el del convenio colectivo de referencia más el porcentaje de aumento ofertada sobre éste último.

Los que oferten mayor porcentaje de subida respecto al salario base indicado obtendrá la máxima puntuación (10 puntos), los que no oferten incremento obtendrán 0 puntos y el resto de manera directamente proporcional”.

El recurso se centra en la expresión recogida en cada uno de los apartados anteriores que refiere el método de puntuación de la siguiente manera: obtendrán la máxima puntuación las empresas que oferten el mayor servicio en total, 0 puntos a las que no oferten ningún servicio y las demás se valorarán de manera proporcional.

Lo primero que debemos señalar es que siendo ese el motivo de impugnación y en virtud del principio de congruencia, únicamente ese aspecto será objeto de análisis en esta resolución.

Pues bien, el recurrente tras señalar que impugna *“los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor por ser excesivamente abiertos y conceder una discrecionalidad prácticamente ilimitada al órgano de contratación”*, centra su impugnación sin embargo en los criterios evaluables automáticamente indicando que *“no se determina la fórmula que se tendrá en cuenta para tal fin”*, y señalando que *“observamos que no se pone de manifiesto como se puede obtener de forma concreta la puntuación contemplada en el pliego, puesto que tan solo se hace referencia al mayor número o mayor porcentaje de mejora, pero sin señalar unos máximos, ni la fórmula aplicable”*.

El órgano de contratación defiende en sus alegaciones que *“estableciéndose la puntuación máxima a la mejor oferta y cero puntos a quien no ofrece mejora alguna, solo existe una única posibilidad de valoración que respete el reparto proporcional”*, refiriendo que en *“todos los casos lo que se consagra es una fórmula de proporcionalidad directa”*.

Con carácter general, debemos partir de que el principio de igualdad de trato implica un deber de transparencia que le sirva como garantía (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de junio de 2002, C-92/00, apartado 45, Universale-Bau y otros, C-470/99, apartado 91). En ese camino, el TJUE se pronunció expresamente sobre el conocimiento de la ponderación otorgada a los criterios de adjudicación y, en el asunto C-532/06, de 24 de enero de 2008 (Lianakis), el tribunal europeo afirma que:

“35 Además, se desprende del artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 que, cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa,

las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida.

36 Según la jurisprudencia, esta última disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos, recogido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.

...

40 A tal fin, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras.”

Este principio de transparencia exige que todas las condiciones del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de tal forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos del mismo modo y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata.

Analizando el texto del recurso, debemos señalar también que en diversas resoluciones de este Tribunal resaltábamos la necesidad de una idónea configuración de la impugnación por el recurrente, que determine con claridad su pretensión y los motivos de la misma a los efectos de su idóneo análisis por este Tribunal, y en ese sentido, la falta de concreción en la motivación del recurrente en sus alegaciones dificulta precisamente esa labor.

En todo caso, se constata que se impugna la inexistencia de una fórmula matemática que permita evaluar las ofertas de los licitadores, más allá de expresiones genéricas que tienen difícil encaje fuera de la crítica a la falta de concreción de la fórmula a aplicar. Pues bien, en este aspecto debemos dar la razón a lo argumentado por el órgano de contratación, en el sentido de que de la lectura de las cláusulas impugnadas resulta clara la proporcionalidad directa como fórmula a emplear.

En primer lugar, la cláusula 12.1.3 así lo señala expresamente, por lo que no cabe apreciar duda al respecto. Y, en segundo lugar, la configuración de la puntuación de los criterios recogidos en la cláusula 12.1.2 determina que la única proporcionalidad posible sea la directa, ya que se está comparando a efectos de evaluación magnitudes directamente proporcionales, como son a mayor servicio mayor precio, sin que exista margen para entender admisible otra opción alternativa.

Por lo tanto, y si bien este Tribunal ya tiene explicitado la conveniencia de especificar en el PCAP una fórmula matemática cuando se trata de criterios a puntuar de manera automática (Resolución 35/2018 del TACGal), lo cierto es que en este supuesto no puede existir duda sobre la forma de puntuación, por lo que carece de fundamento lo alegado por la recurrente, ya que un licitador diligente y suficientemente informado puede ser conocedor con claridad del sistema de puntuación a los efectos de formular su propuesta.

En consecuencia, no cabe apreciar la existencia de una situación de incerteza entre los posibles licitadores como alega la recurrente, ni que sea desconocida “*de una manera concreta*” la forma de la puntuación fijada en los pliegos, por lo que procede la desestimación del recurso.

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

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE SERVICIOS PARA LA DEPENDENCIA contra los pliegos de la licitación del servicio de ayuda en el hogar del Ayuntamiento de Lugo, expediente 2018-72.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo

contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.