

Recurso nº 2 y 7/2019 (acumulados)**Resolución nº 32/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE La COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 7 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. X.M.V.O. actuando en nombre y representación de ESCUELA DE TIEMPO LIBRE DON BOSCO, recurso 2/2019, y por D. X.A.G. en nombre y representación de ATLANTIC PONTE 2000, S.L.U, recurso 7/2019, ambos contra la adjudicación, por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, de un servicio de ejecución del programa piloto para la implantación de un servicio de atención a la infancia para conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la ludoteca de As Fontiñas, expediente CON/43/2018, 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 Santiago convocó la licitación del contrato de servicio de ejecución del programa piloto para la implantación de un servicio de atención a la infancia para conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la ludoteca de As Fontiñas, expediente CON/43/2018, con un valor estimado declarado de 262.471,02 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 08.10.2018.

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 (LCSP).

Tercero.- Impugnan ambos recurrentes la adjudicación a favor de SERVICIOS Y MATERIALES S.L, acordado por la Junta de Gobierno Local de 11.12.2018, notificado el 12.12.2018. ESCUELA DE TIEMPO LIBRE DON BOSCO fue clasificada en segundo lugar, ATLANTIC PONTE 2000, S.L.U, en tercero.

Cuarto.- El recurso de ESCUELA DE TIEMPO LIBRE DON BOSCO (ETL DON BOSCO, en adelante) fue interpuesto el 02.01.2019, y el de ATLANTIC PONTE 2000, S.L.U (ATLANTIC, en adelante), el 03.01.2019, ambos a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces hacia la misma en la web de este Tribunal.

Quinto.- El 02.01.2019 y 04.04.2019, respectivamente, 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 los días 17 y 28 de enero de 2019.

Sexto.- El 22.01.2019 se acordó la acumulación de los recursos 2/2019 y el 7/2019, al amparo del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

Séptimo.- Se trasladó el recurso a los interesados el 22.01.2019, recibéndose las alegaciones de la empresa SERVICIOS Y MATERIALES S.L.

Octavo.- El 07.01.2019 y 10.01.2019 el TACGal decidió el mantenimiento de la suspensión automática de la licitación para cada uno de los recursos, prevista en el 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 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.- Ambos recurrentes participaron en la licitación, y aportan alegaciones que, de estimarse, les podría reportar un beneficio su posición jurídica, por lo que tienen la legitimación prevista en el artículo 48 LCSP, sobre lo que luego haremos alguna consideración aparte.

Cuarto.- Dadas las fechas citadas, los recursos fueron interpuestos en plazo.

Quinto.- Al estar ante la impugnación de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 €, el recurso es admisible al amparo del artículo 44 LCSP.

Sexto.- Describiremos las alegaciones de los recurrentes y del órgano de contratación en este recurso especial con el análisis de la cuestión de fondo.

Además, presentó alegaciones la adjudicataria, SERVICIOS Y MATERIALES S.A., donde alude a la inadmisión del recurso presentado por ATLANTIC por falta de legitimación en cuanto que no podría obtener un beneficio, a lo que une alegaciones en contra de las presentadas en los recursos.

Séptimo.- La adjudicación de este contrato recayó en SERVICIOS Y MATERIALES S.L (SERMASA, en adelante), tras conseguir, en total, 92,32 puntos. ETL DON BOSCO fue clasificada en segundo lugar, con 90,96 puntos, y ATLANTIC PONTE 2000, S.L.U, fue tercera, con 90,81.

Tanto ETL DON BOSCO como ATLANTIC recogen que sus críticas son referidas al apartado “Relación de juegos y materiales”, puntuable hasta 10 puntos, donde ETL DON BOSCO recibió 7,5, ATLANTIC 5, y la adjudicataria SERMASA 10 puntos.

Centrados entonces en ese criterio de “Relación de juegos y materiales”, debemos contextualizar el mismo, reproduciendo el marco que para el mismo daban los pliegos.

En primer lugar, el mismo era un criterio de los sometidos a juicio de valor. Efectivamente, en esos criterios sometidos a juicios de valor estaba el “Proyecto Educativo para el desarrollo del programa piloto: Hasta 30 puntos” y el que nos ocupa de “Relación de juegos y materiales: Hasta 10 puntos”, cuyo tenor en el PCAP era:

“A.2.- Relación de juegos y materiales: Hasta 10 puntos.

En los términos de lo previsto en la cláusula 5.2 del PPT, se valorará la relación de juegos y materiales propuestos de las tipologías señaladas en el Anexo V del PPT, siendo objeto de valoración el mayor cumplimiento de las exigencias señaladas en el apartado B de dicho Anexo, así como la variedad, las explicaciones relativas a sus principales características, a su finalidad pedagógica y a la perspectiva de género, el número de unidades y demás consideraciones que se estimen de interés por las licitadoras hacia la valoración técnica de los mismos.

Deberá formularse la oferta evitando revelar datos objeto de la valoración económica. El incumplimiento de esta cláusula será motivo de exclusión.

Documentación a aportar:

(...)

. Relación de juegos y materiales conforme al apartado 2 del Anexo V del PPT en la que se hará referencia a la denominación del juego a sus principales características, finalidad pedagógica y perspectiva de género, número de unidades y demás consideraciones que se consideren de interés por las entidades licitadoras de cara a la valoración técnica de los mismos.

(...).”

A su vez, en el PPT había las siguientes determinaciones al respecto:

“5.-MEMORIA TÉCNICA A PRESENTAR POR LAS ENTIDADES LICITADORAS: EL PROYECTO EDUCATIVO Y LA PROPUESTA DE MATERIALES A SUMINISTRAR

5.2.- RELACIÓN DE JUEGOS Y MATERIALES A SUMINISTRAR

Se ha incluido en el tipo de licitación una partida económica mínima de 3.000€ con el fin de que la entidad adjudicataria suministre los materiales y juegos que juzgue necesarios para el desarrollo del proyecto educativo que presente a la licitación. Las entidades licitadoras deberán aportar una relación de los juegos y materiales conforme a lo señalado en el Anexo V y que será objeto de valoración técnica de acuerdo a lo señalado en el apartado 2 del referido Anexo. En esta relación, a incluir en el Sobre nº 2, se hará referencia a la denominación del juego, a sus principales características, finalidad pedagógica y perspectiva de género, número de unidades y demás consideraciones que se consideren de interés para las entidades licitadoras de cara a la valoración técnica de los mismos. En el Sobre nº 3, relativo a la oferta económica, deberá figurar un anexo específico con la relación detallada, presentada en el Sobre nº 2, pero presupuestada de cada juego y material propuesto, el número de unidades, marca o proveedor y el IVA, a los efectos de la valoración del criterio de adjudicación económico relativo al imponerte destinado a la compra y suministro de estos materiales. Este material, al final del contrato, pasará a formar parte de la dotación municipal.

Los juegos y materiales propuestos deberán ser suministrados durante los tres meses siguientes a la firma del contrato. Los materiales de los apartados 8 y 9 del Anexo V deberán ir suministrándose de forma progresiva y en cantidad suficiente durante todo el período de ejecución del contrato.”

“ANEXO V

LA. RELACIÓN DE JUEGOS, LIBROS, CUENTOS, CÓMICS, DICCIONARIOS, LÁMINAS PEDAGÓGICAS Y MATERIALES (fungible y no fungible)

(...)

B. EXIGENCIAS MÍNIMAS PARA LA SELECCIÓN DE JUEGOS, LIBROS, CUENTOS, CÓMICS

Todos los juegos deberán implicar la participación de varios/las jugadores/ras, rechazándose juguetes de carácter individual como las consolas individuales y priorizando los juegos que favorezcan la socialización y el trabajo cooperativo.

Se ofertará una variedad de juegos que abarquen el intervalo de edades comprendido entre los 2 y los 12 años y las diferentes tipologías o clasificaciones expuestas en el apartado anterior. Esto no supone disponer necesariamente del mismo juego en diferentes versiones conforme a todas las edades, sino que existan juegos en número suficiente para ofertar a todas las edades.

Los libros, cuentos o cómics abordarán de manera específica o transversalmente la igualdad entre mujeres y hombres. Tendrán en cuenta la perspectiva de género, la interculturalidad y la diversidad. No se admitirán libros, cuentos o cómics con roles estereotipados.

No se admitirán juegos y complementos de los juegos que hagan hincapié en la belleza de las niñas o mujeres. En este sentido, las pinturas de cara serán empleadas con otras finalidades, por ejemplo, para la representación de diferentes personajes (sean personas, héroes, heroínas o animales).

Los disfraces no serán ni incluirán elementos sexualizados. No podrán existir juguetes que inciten a la violencia o juguetes bélicos.

No se adquirirán muñecos o muñecas especialmente señalados por la publicidad del mercado y se evitará la clasificación azul/rosa para distinguir los juguetes de niños y niñas. En ningún caso, los juegos se clasificarán como de “niños” o de “niñas”.

Tanto el juego como sus elementos deberán cumplir la normativa medioambiental y de seguridad infantil vigente en la actualidad. Se evitarán juegos que contengan aristas que corten o rompan fácilmente y presenten puntas afiladas, y no contendrán sustancias tóxicas. A estos efectos, deberán estar provistos de la marca CE, de conformidad con la normativa comunitaria. Se priorizarán materiales fungibles y no fungibles y juguetes versátiles o polivalentes, esto es, que o bien permitan la realización de diferentes juegos o bien permitan la elaboración, construcción, reciclaje de juguetes, combinando así la disposición de juguetes ya contruidos con la de juguetes realizados en el propio centro.”

Finalizamos esta selección del marco del debate que nos ocupa reproduciendo los comentarios recogidos en el informe de evaluación sobre este apartado, en lo referido a la oferta de la adjudicataria y las de las recurrentes:

SERVICIOS Y MATERIALES (adjudicataria)

“A.2.- Relación de juegos y materiales: Hasta 10 puntos.

La propuesta recoge una amplia y exhaustiva relación de juegos y materiales haciendo referencia a: denominación del juego, características, finalidad pedagógica y perspectiva de género y número de unidades tal y como establece el PPT y recogiendo además otras consideraciones de especial interés para la licitadora como la edad orientativa de los juegos y juguetes.

Se propone una puntuación de 10 puntos”

ETL DON BOSCO

“A.2.- Relación de juegos y materiales: Hasta 10 puntos.

La propuesta recoge una amplia y exhaustiva relación de juegos y materiales haciendo referencia a: denominación del juego, características, finalidad pedagógica y perspectiva de género y número de unidades tal y como establece el PPT y recogiendo además otras consideraciones de especial interés para la licitadora como la edad orientativa de los juegos y juguetes.

No se recoge el listado de material fungible.

Se propone una puntuación de 7,50 puntos”

ATLANTIC

“A.2.- Relación de juegos y materiales: Hasta 10 puntos.

La propuesta recoge una amplia y exhaustiva relación de juegos y materiales haciendo referencia a: denominación del juego, características, finalidad pedagógica y número de unidades, sin especificar la perspectiva de género tal y como establece el PPT y recogiendo otras consideraciones de especial interés para la licitadora como es la edad orientativa de los juegos y juguetes.

No se recoge el listado de material fungible.

Se propone una puntuación de 5 puntos”

Octavo.- Por comenzar por las cuestiones más transversales, no podemos acoger la alegación de nulidad de pleno derecho de los pliegos de ATLANTIC pues estos no fueron impugnados en su día. La cuestión es si después se respetaron en la evaluación realmente realizada, lo que inmediatamente analizaremos.

Dentro de esos aspectos más generales, ATLANTIC critica la metodología para la evaluación realizada, por no estar recogida en los pliegos, presumiendo que se atribuyó una puntuación de 2,5 puntos a cada uno de estos aspectos: número de unidades, denominación del juego, finalidad pedagógica, perspectiva de género y características. Expresa que *“se le escapa cuál fue la razón de la atribución de valor cuantitativo a cada una de esas 5 “condiciones”...”*. Finalmente aporta que transformaron este criterio, concebido como sometido a juicio de valor, como una *“especie de criterio pseudo- objetivo o automático, 2,5 puntos por cada cuestión, no analizando en profundidad y con rigor y metodología técnica las propuestas, simplemente comprobando si se recogen los apartados estipulados sin analizarlos mínimamente...”*

El informe técnico que para estos recursos aporta el órgano de contratación describe:

“Valoración: Para poder hacer una valoración de las ofertas presentadas por los licitadores desde un principio de igualdad, no discriminación y total transparencia, evitando por lo tanto, todo indicio de arbitrariedad para valorar la adecuación de las distintas ofertas presentadas, a lo requerido en los pliegos y aplicando el principio de objetividad y el máximo rigor técnico y a criterio de la técnica que suscribe, se establecieron cuatro requisitos con una puntuación de 2,5 para cada uno de ellos, para poder llevar a cabo dicha valoración. Se parte de la máxima puntuación (10 puntos, tal y como se establecen en el PCAP) si se cumplen todos los requisitos que a continuación se detallan y la puntuación queda dividida y establecida en 2.5 puntos en cada uno de los subapartados, como puntuación en función de si se cumple o no en cada uno de los mismos.

- a. Referencia a la perspectiva de género: 2.5 puntos.*
- b. Especificación de la edad: 2.5 puntos.*
- c. Relación de material fungible: 2.5 puntos.*
- d. Relación más o menos extensa de juegos y materiales: 2.5 puntos.*

Es decir, que de cumplirse todos y cada uno de los requisitos así previstos, las empresas obtendrían la máxima puntuación, obteniendo cero puntos en cada subapartado que no cumpla con las determinaciones anteriores.”

Por lo tanto, lo primero que observamos es que la evaluación operó, dentro de este apartado sobre “Relación de juegos y materiales”, con subcriterios no especificados como tales en los pliegos. A este respecto, lo primero que debemos significar es que esto, a diferencia de lo que parece defender ATLANTIC, no implica por sí solo una invalidez de la adjudicación basada en los mismos, siempre que se den una serie de condiciones.

La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (TJUE) de 1 de febrero de 2018, asunto T-477/15, recoge que un evaluador de un contrato público debe poder tener cierto margen de maniobra para llevar a cabo su tarea y, sin modificar los criterios de adjudicación del contrato establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (con cita a la Sentencia del 4 de octubre de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, asunto C-629 / 11 P, no publicado, EU: C: 2012: 617, párrafo 21).

Centrados ya en la cuestión de los subcriterios, existe una doctrina consolidada al respecto del TJUE, descrita, entre otras, en la S. TJUE de 20.12.2017, asunto C-677/15 P, apartado 33:

“No obstante, un órgano de contratación puede determinar, tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas, coeficientes de ponderación para los subcriterios que correspondan sustancialmente a los criterios previamente dados a conocer a los licitadores. Esta determinación a posteriori debe, no obstante, cumplir tres requisitos, a saber, en primer lugar, no debe modificar los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación; en segundo lugar, no debe contener elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y, en tercer lugar, no debe haber sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener un efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04, EU:C:2005:718, apartado 32; de 21 de julio de 2011, Evropaiki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, no publicada, EU:C:2011:512, apartados 32 y 33, y de 14 de julio de 2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, apartado 26).”

Como recoge la Resolución 92/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en línea con lo que antes expresábamos: *“Por tanto, el hecho en sí de que no se haya establecido una ponderación mediante la asignación de concretos puntos a cada uno de los aspectos que podrán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la oferta no se considera por sí sola motivo suficiente para anular el pliego en este punto. No obstante lo anterior, el hecho de que se admitan como legales criterios y subcriterios susceptibles de diversas interpretaciones no supone reconocer en el órgano de contratación una plena discrecionalidad en la valoración. Muy al contrario, de la aplicación correcta o incorrecta de estos criterios podrá derivarse la posibilidad de que el Tribunal, en el caso de que la adjudicación llegara ser impugnada, declare que se ajusta o no a la Ley y al contenido de los pliegos.”*

Antes, el TACRC desarrolla tal argumento explicando:

“De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar

la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.

En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas.

(...)

Exigir que se ponderen todos y cada uno de los aspectos que se contienen en la descripción de cada criterio nos llevaría a un círculo vicioso pues cada subcriterio a su vez habrá de contener también su descripción, la cual contendrá a su vez una relación de distintos aspectos que serán tenidos en cuenta y que deberían entonces ser objeto a su vez de ponderación. No cabe, por ello, establecer una regla general que exija siempre y en todo caso establecer la ponderación de todos y cada uno de los aspectos contenidos en cada criterio y subcriterio, sino que lo que ha de exigirse es que lo que va a ser objeto de valoración esté suficientemente concretado.

Indudablemente, el órgano de contratación cuando efectúe la correspondiente valoración habrá de motivar adecuadamente la otorgada a cada licitador y en ese momento habrá de revisarse si se han cumplido los requisitos exigidos por la jurisprudencia antes señalada: que no modifiquen criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones; que no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y que no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Por tanto, el hecho en sí de que no se haya establecido una ponderación mediante la asignación de concretos puntos a cada uno de los aspectos que podrán ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la oferta no se considera por sí sola motivo suficiente para anular el pliego en este punto.”

Pues bien, rechazada la causa de anulación por el mero hecho de que se hubieran introducido subcriterios, debemos analizar entonces cómo operaron estos en el caso que nos ocupa.

Noveno.- Con carácter general, un primer aspecto que impide a este TACGal dar por congruente la evaluación de este apartado de “Relaciones de juegos y materiales”, cuya horquilla de puntuación tiene potencialidad para modificar al adjudicatario, es que en el informe que ahora se nos traslada para estos recursos se exprese, como vimos, que lo único puntuado fue: *“a) Referencia a la perspectiva de género: 2.5 puntos b) Especificación de la edad: 2.5 puntos c.) Relación de material fungible: 2.5 puntos y d) Relación más o menos extensa de juegos y materiales: 2.5 puntos”*, cuya suma daría, precisamente, los 10 puntos del criterio. La cuestión es que en el pliego se daba importancia muy relevante a conceptos recogidos expresamente en los mismos como: finalidad pedagógica o el número de unidades, que, de hecho fueron citados en el informe de evaluación en el procedimiento, pero que ahora ya no son traídos en ese listado que se nos traslada aquí, por lo que no podemos dar por conocidos cuáles fueron exactamente los aspectos puntuados.

Además, tampoco existe explicación para que estos subapartados (y, por lo tanto, por la suma de estos, el criterio de “Relaciones de juegos y materiales”) operaran de forma que de recogerse en las ofertas la puntuación sería el total, 2,5, y de no existir 0 puntos, sin nunca puntuaciones intermedias según el concreto contenido de lo aportado. De lo que luego se verá, parece que principalmente se analizó que formalmente existieran los términos de los subapartados (cuando menos, en lo tocante a la perspectiva de género), lo que implicaba entonces obtener el máximo de ese subcriterio sin analizar lo que la oferta aportaba al respecto más allá de su mera mención.

Lo hasta aquí dicho afecta ya transversalmente a la evaluación del conjunto de este criterio llamado “Relaciones de juegos y materiales”.

Si avanzamos en los debates presentados, en la concreta cuestión del listado del material fungible, traída por ambos recurrentes, no vemos contrariedad en que este listado pudiera, en su caso, integrar un subcriterio a ponderar, como tampoco en la exigencia de que ese listado debería estar en la parte de la oferta referida a la “Relación de juegos y materiales”.

Consideramos que un licitador diligente podía prever que era necesario incorporar un listado de material fungible en base al conjunto de las cláusulas antes reproducidas, pero otra cosa es que aparezca en los pliegos que esa cuestión estuviera al mismo nivel de importancia que los otros parámetros, como precisamente dicen los recurrentes. Por ejemplo, no es citado como tal en el apartado 9 del cuadro de características del contrato, obrante en el Anexo 0 del PCAP. Aquí, al referir los

aspectos a evaluar en este concreto criterio de adjudicación, recoge los que serían los más relevantes, donde no está aquel: *“siendo objeto de valoración el mayor cumplimiento de las exigencias señaladas en el apartado B de dicho Anexo, así como la variedad, las explicaciones relativas a sus principales características, a su finalidad pedagógica y a la perspectiva de género, el número de unidades y demás consideraciones que se estimen de interés por las licitadoras hacia la valoración técnica de los mismos”*.

Aún en este aspecto del material fungible, apuntar que la oferta de la adjudicataria recoge una mera relación nominal, sin ninguna significación al número de unidades.

Tampoco se observa o explica que la exigencia de ese listado hubiera sido solo hacia el material fungible y no al no fungible, cuando en el Anexo V.B) se alude a ambos, solo a obviar, en la posición más favorable para el órgano de contratación, en un entendimiento integrador de que los no fungibles son los juegos, libros, etc...pero sin que se tenga certeza de esto o, en definitiva, razonamiento al respecto. Además, si acudimos al apartado 8 del Anexo V, en su segundo listado aparecen materiales que se nos asemejan como no fungibles (sin ánimo de ser exhaustivo, una grapadora) a pesar de que el punto 8 sea titulado como “material fungible”. También apuntar que el apartado 5.2 PPT alude a *“Los materiales de los apartados 8 y 9 el Anexo V...”*, sin que percibamos la existencia de un apartado 9 en ese Anexo V.A).

Por otro lado, partiendo de que era necesario presentar ese listado de material fungible para obtener puntuación a este respecto, hay que darle un sentido a esto con que el apartado 8 de ese Anexo V.A), titulado “material fungible”, recoja que *“Se pondrá a disposición de la Ludoteca el siguiente material...”*, que solo podemos entender, a falta de explicaciones, como que era un mínimo a superar para obtener puntuación mayor a 0, si bien nada vemos cara a una explicación que describa cómo operaba esto. Lo que sí observamos es que el listado de material fungible de SERMASA tiene productos que coinciden con ese del apartado 8, pero que le faltan otros, por lo que si le faltan difícilmente podía conseguir la puntuación completa de ese subcriterio.

En todo caso, baste con expresar que tampoco aquí atisbamos el razonamiento ni la motivación para ajustar las puntuaciones otorgadas en este aspecto con lo resultante de los pliegos.

Finalmente, tampoco vemos validables las concretas puntuaciones dadas en el subapartado de la perspectiva de género. Otra vez, no se aprecia la motivación y el camino para dar por correctas las puntuaciones, algo propio de nuestro juicio revisor.

Comenzando por el otorgamiento de la máxima puntuación en ese subcriterio a SERMASA, el único razonamiento al respecto sería que deriva de que, en su oferta, en todas y cada una de las fichas de los juegos, libros y en el listado de material fungible había una celda titulada “perspectiva de género”.

Ahora bien, si ese es el razonamiento no podemos darlo por correcto porque eso implicaría que operó de forma que si citabas el término en todos los elementos eran 2,5 puntos, sin el análisis de que lo que ahí se exponía respecto de ese valor. Así, siendo un criterio sometido a un juicio de valor, la motivación de la puntuación requería alguna explicación sobre qué aspecto de la proposición de esa empresa permitía valorizar ese aspecto de la perspectiva de género, más allá de simplemente contener una mención nominal a esas palabras, más cuando se obtuvo el máximo posible en este subcriterio. En ese aspecto, no observamos que exista tal valorización cuando en esa oferta todo lo que se aporta en cada una de esas celdas de la oferta de la adjudicataria donde se introduce la referencia a la “perspectiva de género” es que *“su uso no está pensado para ningún género en concreto”*, sin más.

De la lectura de los pliegos cabe deducir que la finalidad buscada respecto a la perspectiva de género era algo más y algo diferente a simplemente esa mención, como sería que los juegos, libros... impliquen a los que los utilizarán interiorizar o asumir valores de tal perspectiva, no simplemente que su “uso” no sea discriminatorio (aplicado en la oferta en cuestión hasta para el “uso” de los libros e incluso de los materiales).

Pero es que además en los pliegos que su uso fuera indistinto por sexos ya se recogía como un mínimo a cumplir, con toda lógica ciertamente, por lo que no encontramos la motivación entonces para que esa mera mención implique además otorgarle la máxima puntuación del subapartado. Efectivamente, en el Anexo V.B) se introduce, precisamente como mandato de mínimo, expresiones como: *“Los disfraces no serán ni incluirán elementos sexualizados.”* o *“En-ningún caso, los juegos se clasificarán como de “niños” o de “niñas”,* por citar alguno. De hecho, si bastara esa mera mención a que el uso no está dividido por sexos, lo que no tendría entonces motivación es que no hubiera merecido ninguna puntuación en la oferta de ATLANTIC que esta expresara que en los disfraces *“se elige una serie de ellos sin discriminación*

de género” (recordemos que la distancia entre este licitador y la ETL DON BOSCO fue, al final, de solo 0,15 puntos).

La imposibilidad de ver cuál fue el parámetro de evaluación y motivación en lo referido a la perspectiva de género es más general. Así, ante la cita que hace ATLANTIC en su recurso a referencias que, según este, podían implicar menciones en su oferta de esta perspectiva de género, el informe remitido para este recurso especial expresa que aquel solo aportaba un breve resumen del contenido de los libros y cuentos, *“obviando la referencia a la perspectiva de género en todo el listado de juegos y materiales”*. Entonces, si sólo se puntuaba de estar esa perspectiva en todos los elementos aportados, no atisbamos la explicación de que ETL DON BOSCO obtuviera también los 2,5 puntos, pues en su listado de elementos solo en alguno se cita, como finalidad pedagógica, lo de la perspectiva de género y, otra vez, con una mera introducción de esas palabras, sin explicación ninguna al respecto.

Por lo tanto, tampoco podemos dar por correctas las puntuaciones en lo referido al subcriterio de perspectiva de género.

Como antes avanzamos, frente a lo que alega SERMASA ambos recurrentes tienen legitimación ad causam – no negada por el Ayuntamiento- también para estos aspectos más concretos, pues aluden a defectos en las valoraciones respecto a apartados con una puntuación que puede implicar una variación de hasta cinco puntos en el resultado final. Dado que las diferencias entre las ofertas de estos recurrentes y la del adjudicatario son claramente inferiores a esa horquilla, también existiría aquí tal legitimación. De hecho, la diferencia máxima entre estas tres ofertas (unos 1,5 puntos) son incluso muy inferiores a lo que se le otorgaba a cada uno de esos subcriterios a los que aludimos, 2,5 puntos recordamos, apreciando en cada uno de ellos faltas que impiden dar por correctamente efectuadas sus puntuaciones y evaluación.

Décimo.- Como sabemos, el juicio revisor de este TACGal no se debe introducir en 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 la pretendan discutir puedan tener elementos para saber cuáles 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 necesarios para validar la adjudicación decretada, como ya fue ampliamente desarrollado, por diferentes defectos. Esto obliga a estimar los recursos en cuanto a la anulación de la adjudicación, pero dado que no puede ser este TACGal quien se erija en órgano de contratación y reordene las puntuaciones derivadas de criterios sometidos a juicios de valor, solo cabe la consecuencia que procede en derecho: como se procedió a la apertura de la oferta económica no se puede efectuar por el órgano de contratación 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 o 118/2018. Tal criterio también es seguido por otros Tribunales de Recursos Contractuales. A modo de ejemplo: Resolución TACRC 342/2017 o 423/2018, Resolución 328/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, Resolución 183/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, Resolución 157/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, Resolución 214/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, Resoluciones 227 y 259/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público o Resolución 18/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por citar algunas recientes.

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 ESCUELA DE TIEMPO LIBRE DON BOSCO, recurso 2/2019, y por ATLANTIC PONTE 2000, S.L.U, recurso 7/2019, ambos

contra adjudicación, por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, de un servicio de ejecución del programa piloto para la implantación de un servicio de atención a la infancia para conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la ludoteca de As Fontiñas, expediente CON/43/2018, en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos, con anulación de la adjudicación y de la licitación.

2. Levantar las suspensiones acordadas 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 darle 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.