Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Recurso nº 53/2019

Resolución nº 60/2019

RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 20 de marzo de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por dona N.M.G. actuando en nome e representación de CERBA INTERNACIONAL, S.A. ESPAÑOLA, contra a súa exclusión na contratación dun servizo de realización de probas de laboratorio externo para os centros dependentes do Servizo Galego de Saúde, expediente AI-SER1-18-008, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Servizo Galego de Saúde convocouse a contratación dun servizo de realización de probas de laboratorio externo para os centros dependentes do Servizo Galego de Saúde, expediente AI-SER1-18-008, cun valor estimado declarado de 6.247.567,56 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 18.01.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao Real Decreto Lexislativo 3/2011 polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de contratos do sector público (en diante, TRLCSP).

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Terceiro.- Impugna o recorrente a súa exclusión acordada en sesión do 29.01.2019 da mesa de contratación, e notificada o 04.02.2019, sustentada en que:

> *"No alcanzar la puntuación mínima de 25 puntos en la valoración total de los criterios no valorables de forma automática, de acuerdo con la cláusula 6.5.1 del PCAP"*

Cuarto.- O 25.02.2019 CERBA INTERNACIONAL,S.A ESPAÑOLA (CERBA, en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces cara isto na web deste Tribunal.

Quinto.- Con data 27.02.2019 reclamouse ao Servizo Galego de Saúde o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 07.03.2019.

Sexto.- Trasladouse o recurso aos interesados o 08.03.2019, sen que se recibiran alegacións.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP 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 Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- Existe a lexitimación do artigo 48, por ser o recurso interposto por quen busca revogar a decisión de exclusión da súa oferta.

Cuarto.- O recurso foi interposto en prazo.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Quinto.- Estamos perante a impugnación dunha exclusión nun contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, polo que o recurso é admisible.

Sexto.- O recurso de CERBA considera que o informe técnico que determinou a puntuación da súa oferta, e en concreto, que determinou unha puntuación que non chegou ao limiar para continuar, introduce criterios e subcriterios non recollidos nos pregos, con críticas aos tramos nos que se organizou esa valoración. Considera que unha valoración por escalas debía estar prevista nos pregos.

Finalmente, sinala que as actas da mesa non se publicaron, opacidade de actuación que, segundo este recorrente, xa é unha irregularidade invalidante de por si.

Sétimo.- O informe do órgano de contratación sostén que non houbo subcriterios introducidos e que a forma de avaliar precisamente garante a ausencia de arbitrariedade e remata expresando que o recorrente non aporta ningunha argumentación que xustifique que as puntuacións sexan arbitrarias, nin que a súa puntuación, que estivo moi por debaixo dos 25 puntos necesarios, non sexa a que lle corresponde pola súa oferta. Tamén xustifica a validez das actuacións da mesa e ausencia de opacidade.

Oitavo.- CERBA considera que *"el Informe Técnico que sirve de fundamento para acordar la exclusión de CERBA, introduce criterios y subcriterios que no vienen recogidos en los Pliegos, vulnerándose con ello la Cláusula 6.5.1 PCAP, así como los artículos 122.2 y 150.1 de la Ley 9/2017, incurriéndose así en una manifiesta arbitrariedad, circunstancia que comporta la nulidad del Acuerdo de Exclusión"*

Este Tribunal xa tivo ocasión de pronunciarse ao respecto do modo de valoración das proposicións e da existencia de subcriterios. Na nosa Resolución 32/2019 indicabamos ao respecto:

> *"Centrados xa na cuestión dos subcriterios, existe unha doutrina consolidada ao respecto do TXUE, descrita, entre outras, na S. TXUE 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*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

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, Evropaïki 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 recolle a Resolución 92/2015 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC), en liña co que antes expresabamos: “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...”

Como sinala a sentenza citada do TXUE de 20.12.2017 a ponderación de subcriterios na avaliación técnica das ofertas debe cumprir tres requisitos:

- en primeiro lugar, non debe modificar os criterios de adxudicación do contrato definidos no prego de condicións ou no anuncio da licitación

- en segundo lugar, non debe conter elementos que, de ser coñecidos no momento da preparación das ofertas, puideran influír en tal preparación

- e, en terceiro lugar, non cabe ser adoptada tendo en conta elementos que puideran ter un efecto discriminatorio en prexuízo dalgún dos licitadores

Por exemplo, a recente Sentenza de 10.07.2018 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, Valladolid, revogou unha resolución do Tribunal Administrativo de recursos especiais, recollendo:

“El TARCCYL, estimando el motivo de impugnación alegado por la aquí demandada, anula la adjudicación del contrato de que se trata, porque se basa en el extremo litigioso en un informe técnico en el que se ha procedido a dividir en varios apartados la puntuación máxima prevista (24 puntos), de acuerdo con el servicio que cada máquina va a prestar, teniendo en cuenta en cada puntuación particular la mayor o menor calidad y capacidad de cada vehículo respecto al de otras ofertas; es

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

decir, en subcriterios que no habían sido fijados en el PCAP, especialmente, los coeficientes de ponderación de estos subcriterios que, a su juicio, fueron establecidos con posterioridad a la vista de las ofertas presentadas, lo que impide aplicar la doctrina derivada de la STUE de 24 de noviembre de 2005 (TI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc) porque tal conocimiento impide la aplicación de la 2ª y 3ª de las condiciones en ella descritas.

En esta sentencia se dice que "el Derecho comunitario no se opone a que una Mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

»- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;

»- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;

»- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores".

(...)

Ciertamente, el art. 150 de la Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050y RCL 2012, 106) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aplicable por razones temporales, en sus apartados 2 y 4 establece que:

"2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo."

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Esta exigencia de transparencia tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de trato de todos los posibles licitadores, quienes han de conocer en el momento de preparar sus ofertas cuáles son los factores que la entidad adjudicataria va a tener en cuenta para seleccionar la oferta más ventajosa. Pero, cuando se trata, como en el supuesto enjuiciado, de la distribución de los puntos asignados a un criterio de adjudicación previamente establecido, con arreglo a unos subcriterios que se fijan con posterioridad, se admite cierta discrecionalidad de la mesa de contratación siempre que se cumpla, lo que señala el TJUE en la sentencia que se cita por el TARCCYL de 24 de noviembre de 2005 , asunto C-331/04 , ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc, que en este caso, por lo ya razonado, se cumple.

Lo expuesto, conduce a la estimación del recurso y a la anulación de la resolución impugnada."

A aínda máis recente Sentenza de 20.12.2018 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, Burgos, valida que:

"En este caso la correspondencia es total y absoluta sin que el informe introduzca a dichos efectos condiciones o requisitos no previstos en el Pliego. Lo que si hace el informe "ex novo" es fijar un coeficiente de ponderación para cada uno de tales subapartados o subcriterios, y lo hace, según señala el mismo "ponderando cada uno de ellos según su importancia relativa a la hora de prestar el servicio y en tramos de 0,50 puntos" de tal modo que la suma de los coeficientes de todos y cada uno de mencionados subapartados que se utilizan para definir y describir cada uno de los cinco criterios que dependen de un juicio de valor, no superan la puntuación otorgada respectivamente a cada mencionado criterio, de ahí que deba concluirse que en este extremo se cumple tanto el PCAP como lo dispuesto en el art. 67.2.i) del RD 1098/2001."

Entrando xa no caso que nos ocupa o apartado 6.5.1 PCAP establecía que quedarían excluídas as ofertas que non acaden 25 puntos nos criterios a valorar por xuízos de valor.

Por outra banda, o PCAP recollía eses criterios non automáticos, así como a súa ponderación, e despois tamén os subcriterios, con expresión da súa puntuación e con descrición dos mesmos. Nese sentido, non se nos traslada polo recurso que concreto subcriterio como tal, que non estivera aí contido, puido ser introducido no proceso de valoración, vulnerando a doutrina que acabamos de describir, polo que sendo nesa dimensión como engloba o seu recurso, non cabería a súa estimación.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Tampouco podemos acoller que exista unha vulneración polo feito de que o informe técnico, sen introducir, como acabamos de ver, ningún criterio ou subcriterio como tal, organice logo o seu proceso valorativo en tramos ou escalas nun caso como o presente, buscando precisamente unha avaliación con parámetros iguais para todos.

A Resolución TACRC 690/2017 recolle: *"Tampoco puede afirmarse que, el establecimiento de reglas uniformes e iguales para la distribución de los puntos de determinados criterios evaluables mediante juicio de valor hayan supuesto la inclusión de nuevos criterios de valoración no previstos en los pliegos, ni que aquellos sean discriminatorios o arbitrarios"*

Non hai aquí unha modificación dos ítems fixados como criterios nos pregos, que xa vimos que non se alteraron, nin tampouco efecto discriminatorio cando se aplicou a todos coa mesma operatividade e buscando precisamente un proceso valorativo máis garantista co principio de igualdade de trato. Finalmente, tampouco se traslada en que forma isto podería ter afectado á configuración das ofertas cando os criterios e subcriterios do prego non se alteran, nin os puntos mínimos para continuar na licitación, etc...sen que o recurso desenvolva un argumento sobre este punto.

Por exemplo, a Sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea (TXUE) de 1 de febreiro de 2018, asunto T-477/15, recolle que un avaliador dun contrato público debe poder ter certa marxe de manobra para levar a cabo a súa tarefa e, sen modificar os criterios de adxudicación do contrato establecidos no prego de condicións ou o anuncio de licitación, estruturar o seu propio traballo de exame e análise das ofertas presentadas (con cita á Sentenza do 4 de outubro de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, asunto C-629 / 11 P, non publicado, EU: C: 2012: 617, parágrafo 21).

Nesta mesma liña a Resolución 107/2017 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi explica:

> *"En contra de lo que aduce el recurrente, no es necesario que el criterio de adjudicación especifique el método de valoración que va a seguir el evaluador (ver, en este sentido, la Resolución 131/2016 del OARC/KEAO), pues este extremo no es exigido ni por el TRLCSP ni por la jurisprudencia del TJUE la cual considera que los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas. Esa libertad se*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

justifica también por consideraciones de orden práctico; el poder adjudicador debe poder adaptar el método de valoración que aplicará para evaluar y clasificar las ofertas en función de las circunstancias de cada caso (STJUE de 14 de julio de 2016, Asunto C-6/15, "TNS Dimarso", ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30)."

Diciamos antes que non vemos vulneración no caso concreto. Así, se observamos esta licitación e en concreto, o informe técnico, comprobamos que houbo unha cualificada análise de cada oferta a través dun importante número de aspectos, de forma que tal análise quedou, dende o punto de vista da puntuación, moi desmenuzado e pormenorizado. Por exemplo, se vamos ao criterio con maior horquilla de puntuación, que é o que cita o recorrente para buscar máis forza na súa posición, estamos ante 17 puntos desglosados logo, a súa vez, en nada menos que oito ítems, e é sobre cada un destes 8 onde aparecen, a maiores, 5 tramos escala (ver páxina 13 do informe técnico). Se vamos ao resto de criterios, os que valían ate 11 puntos, foron pormenorizados entre catro e seis ítems, os de 6 puntos en tres e así co resto, sendo sobre cada un destes ítems sobre os que actuaba a escala de 5 tramos, polo que dificilmente cabe considerar que isto implica unha forma de puntuar arbitraria ou que houbera perda efectiva de posibilidades de acadar a puntuación mínima requirida.

Noveno.- Finalmente, respecto da alegación de opacidade no funcionamento da mesa de contratación, son axeitadas as explicacións que da o informe do órgano de contratación:

"Los integrantes comparecieron a las reuniones de la Mesa a las que fueron convocados, tal y consta en las Actas de la Mesa, cumpliéndose plenamente el cuórum necesario para su constitución.

Las citadas Actas fueron compuestas y firmadas por la presidencia y la secretaria de la mesa, y como se puede comprobar, se dataron en las fechas correspondientes a las diversas reuniones reunión.

Frente a lo que argumenta la empresa:

"En particular, esta parte desconoce cómo el Informe Técnico es de fecha anterior a la presentación de ofertas, y al mismo anuncio de licitación. Se adjunta el citado Informe Técnico como Documento número 3."

Las ofertas de los licitadores tenían como plazo hasta el 26 de febrero de 2018, abriendo la Mesa el Sobre de criterios no valorables de forma automática (Sobre B) de las mismas el 9 de marzo y requiriendo en ese acto un Informe Técnico. Dicho

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Informe fue elaborado el 11 de diciembre; y la Mesa procedió a analizar el Informe Técnico el 29 de enero de 2019, tal y como se puede comprobar por la firma digital del Acta que se realizó en 2019 aunque por mera errata en el texto pone 2018.

Por tanto todas las actuaciones efectuadas han sido realizadas de manera apropiada y conforme a la normativa.

3. AUSENCIA DE OPACIDAD.

Durante la tramitación del procedimiento no se ha producido ningún tipo de opacidad frente a lo que manifiesta CERBA INTERNACIONAL, S.A. ESPAÑOLA.

Todos los actos de la Mesa de Contratación han constado en Actas recogidas al efecto donde constan los participantes.

Siendo posible que la empresa recurrente pudiera comprobarlo por si misma de haber acudido a las reuniones para la apertura de los sobres, que eran actos de naturaleza pública y que fueron publicados en el Perfil de Contratante con tiempo suficiente para su acceso por parte de los interesados, todo ello de acuerdo a los Principios de Publicidad y Transparencia, .

(imaxe)

Es más, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 2.4 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares pudo haber realizado consultas, y de acuerdo a la Ley acceder a la documentación que constaba en el presente procedimiento. Obteniendo así, de haber querido, acceso a las Actas.

(imaxe)

En cuanto a la publicación de las Actas, la misma no está expresamente recogida en el antiguo artículo 53 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que era el vigente cuando se tramitó el presente procedimiento objeto de recurso.

Además actualmente, con la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, las Actas de las Mesas se publican con la

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 tacgal@xunta.gal
Rexistro Xeral da Xunta de Galicia
https://tacgal.xunta.gal

Resolución de Adjudicación, fase que el presente procedimiento no ha alcanzado todavía.

Así pues, no existe ningún tipo de opacidad ni quebrantamiento alguno del Ordenamiento Jurídico, aspecto que CERBA INTERNACIONAL, S.A. podía haber comprobado de haber solicitado acceder a las Actas o haber comparecido a las reuniones públicas."

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por CERBA INTERNACIONAL, S.A. ESPAÑOLA, contra a súa exclusión na contratación dun servizo de realización de probas de laboratorio externo para os centros dependentes do Servizo Galego de Saúde, expediente AI-SER1-18-008.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

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 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.