

**Recurso nº 56/2019****Resolución nº 64/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 25 de marzo de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. C.J.M.G. actuando en nombre y representación de FCC AQUALIA S.A. contra los acuerdos de exclusión de su oferta y adjudicación dictados en el procedimiento de licitación del contrato de gestión del servicio público de explotación y mantenimiento del sistema perteneciente a la actuación de saneamiento de la Zona Norte de la Ría de Ares y Sur de la Ría de Ferrol (conducciones y bombeo) Ares, Fene y Mugardos, licitado por el Ayuntamiento de Ares, 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 Ares se convocó la licitación del contrato de gestión del servicio público de explotación y mantenimiento del sistema perteneciente a la actuación de saneamiento de la Zona Norte de la Ría de Ares y Sur de la Ría de Ferrol (conducciones y bombeo) Ares, Fene y Mugardos, con un valor estimado declarado de 1.281.600 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el BOP de fecha 20.02.2018.

**Segundo.-** Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

**Tercero.-** El recurrente impugna tanto la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación como la adjudicación a la empresa SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y CONSERVACIÓN, acuerdos adoptados en sesión plenaria de fecha 28.12.2018.

**Cuarto.-** El día 01.03.2019 FCC AQUALIA S.A. 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 esto en la web de este Tribunal.

**Quinto.-** En la misma fecha se reclamó al Ayuntamiento de Ares 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 7 y 8 de marzo de 2019 .

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados el 08.03.2019, sin que se hubieran recibido alegaciones.

**Séptimo.-** Este Tribunal en sesión celebrada el día 07.03.2019 acordó mantener la suspensión del expediente de licitación.

## 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.-** En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP 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 recurrente impugna, por un lado, su exclusión del procedimiento de licitación, lo que de por sí le otorga legitimación a esos efectos.

Por otra parte, junto que nadie cuestionó esta legitimación ante este TACGal, es criterio constante de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales que dos son las posibilidades de impugnación contra el acto de exclusión (no acumulativas): contra el acto de trámite cualificado que así lo decida, o contra el acto de adjudicación donde se recoge tal exclusión, como aquí sucede (por todas, Resolución 157/2015 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Además, recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como es la Sentencia TJUE de 11.05.2017, c-131/16, ampara la legitimación de casos como este, donde el excluido impugna contra el acto simultáneo de exclusión y adjudicación a otro, precisamente en un supuesto donde sólo existían dos licitadores, como aquí. Por ejemplo, la Resolución 208/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, tras cita de esta S. TJUE, menciona: *“Procede en este punto acoger la tesis patrocinada por la recurrente. A tenor de la interpretación postulada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando en un procedimiento de licitación concurren dos licitadores, habiendo acordado la exclusión de una oferta y la adjudicación a favor de la otra, debe admitirse la legitimación del licitador excluido para impugnar ambas decisiones...”*

Finalmente, y en este campo de la legitimación, el recurrente alega determinadas deficiencias en la valoración de las ofertas, concretamente en lo referente a la puntuación de los criterios sujetos a juicio de valor. Como dijimos, nos encontramos ante una licitación a la que se presentaron únicamente dos licitadores y que la causa de exclusión de la recurrente es la consideración de su oferta como inviable, tras encontrarse inicialmente en la situación de baja desproporcionada. Así, y toda vez que el PCAP establece un límite mínimo en la puntuación técnica que debían superar los licitadores para continuar en el procedimiento, y estando configurado el umbral de la baja desproporcionada en función de las ofertas económicas existentes, resulta que la correcta valoración de las ofertas técnicas por la mesa de contratación es relevante para la situación de baja desproporcionada en la que se encontró la oferta del recurrente, del que resulta también así la legitimación de este para cuestionar dicha valoración.

**Cuarto.-** Los acuerdos impugnados fueron notificados el día 11.02.2019, por lo que el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

**Quinto.-** Debemos analizar la naturaleza de esta licitación a efectos de determinar la admisibilidad de este recurso, ya que la misma se califica como contrato de gestión de servicios públicos. En consecuencia, hace falta precisar, a tal fin, si

debemos situarnos ante un contrato de concesión o de servicios, en función de la existencia en esta licitación de un riesgo operacional para el contratista adjudicatario.

A estos efectos, la cláusula 14 del PCAP señala como sistema de abono del precio:

*“14. ABONOS AL CONTRATISTA*

*El importe de los servicios prestados se facturará mensualmente por el contratista.*

*La factura contará con un concepto que será el título del contrato especificando el mes del mismo y cuyo importe será la doceava parte del importe anual de adjudicación incluyendo los impuestos, la fecha de emisión de la misma será la del último día del mes en el cual se están ejecutando los trabajos”*

Partiendo ya de esta clara mención, nada en el expediente permite apreciar la existencia de un riesgo operacional significativo o que exista un peligro de que el empresario no vaya a recuperar la inversión realizada o cubrir los costes de explotación del servicio, según los términos del artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE, por lo que, a efectos de la competencia de este TACGal, debemos aplicar los condicionantes de admisión de un contrato de servicios.

En consecuencia, impugnándose los acuerdos de exclusión y adjudicación y teniendo la licitación un valor estimado superior a los 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos, sin que tampoco hubiera sido esta admisibilidad cuestionada.

**Sexto.-** El recurrente alega, contra el acuerdo de exclusión, que su oferta incura en la situación de baja desproporcionada fue correctamente justificada en el trámite al efecto, por lo que no procede entenderla como inviable.

Además, alega que la adjudicación carece de la debida motivación, con especial referencia a las carencias existentes en el informe técnico de evaluación y puntuación de los criterios sujetos a juicio de valor.

**Séptimo.-** El órgano de contratación se opone al contenido del recurso, señala que la oferta del recurrente fue correctamente excluida por no justificar de manera adecuada su viabilidad y que el acuerdo de adjudicación fue motivado.

**Octavo.-** El primer motivo de impugnación a analizar es el correspondiente a la falta de motivación de la adjudicación con especial referencia a los posible defectos existentes en el informe de evaluación de las ofertas técnicas en el que se fundamentó la puntuación otorgada en ese aspecto a los licitadores por la mesa de contratación, en sesión de fecha 09.08.2018.

Así, observamos que el acuerdo de adjudicación adoptado por el Pleno del Ayuntamiento en fecha 28.12.2018 señala únicamente la denominación del licitador adjudicatario y el precio del contrato. El acta de la sesión de la mesa de contratación del día 09.08.2018 recoge exclusivamente la puntuación otorgada a ambos licitadores con referencia al informe técnico al respecto. Por su parte, este informe de fecha 01.08.2018 señala los puntos obtenidos por cada licitador “*atendiendo a los criterios para la valoración de las ofertas, criterios evaluables de forma subjetiva*”, indicando en un cuadro anexo la puntuación otorgada por cada uno de los apartados fijados en el PCAP.

La relevancia de la necesaria motivación de los actos administrativos fue ampliamente tratada por la jurisprudencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014 (Recurso de casación 3415/12), señala que:

*“la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal -exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es solo, como subraya el Tribunal Constitucional, una elemental cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda; en último término la motivación es el medio que posibilita el control jurisdiccional de la actuación administrativa, pues, como quiera que los Jueces y Tribunales han de controlar la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican - artículo, 106.1 Constitución -, la Administración viene obligada a motivar las resoluciones que dicte en el ejercicio de sus facultades, con una base fáctica suficientemente acreditada y aplicando la normativa jurídica adecuada al caso cuestionado, sin presuponer, a través de unos juicios de valor sin base fáctica alguna, unas conclusiones no suficientemente fundadas en los oportunos informes que preceptivamente ha de obtener de los órganos competentes para emitirlos, los cuales, a su vez, para que sean jurídicamente válidos a los efectos que aquí importan, han de fundarse en razones de hecho y de derecho que los justifiquen.*”

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 establece que la motivación es un medio técnico de control de la causa del acto, de modo que no se trata de un simple requisito formal sino de fondo, que no se cumple mediante el uso de cualquier fórmula convencional, sino que ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico determinante de la decisión. Igualmente, en su sentencia 35/2002 el mismo Tribunal declara que:

*“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”.*

Tomando como base la citada jurisprudencia es como procedemos a analizar este motivo de impugnación.

Pues bien, como ya señalamos anteriormente, el informe técnico de fecha 01.08.2018 recoge la puntuación de cada uno de los licitadores, con una mera distribución de los puntos en función de los distintos apartados recogidos en el PCAP. En el mismo no se recoge fundamento de la concreta puntuación otorgada en cada apartado, ni análisis del contenido de las ofertas que permita apreciar el porqué de esa puntuación.

Todo esto demuestra una clara y evidente falta de motivación en la evaluación efectuada, que impide entenderla como correcta, y supone una manifiesta vulneración de los principios de transparencia y de igualdad entre los licitadores. La simple relación de los puntos otorgados a cada licitador en cada uno de los criterios sujetos a juicio de valor impide apreciar si la misma se ajusta a esos principios y vulnera lo previsto en el artículo 151.4 del TRLCSP, que obliga a que *“la adjudicación deberá ser motivada”*.

Esta falta de motivación incide además a todas luces en el derecho de defensa del recurrente, pues desconoce las razones que fundamentan la evaluación de los criterios de adjudicación, lo que le impide la interposición de un recurso debidamente fundado e, igualmente, imposibilita a este Tribunal apreciar si la valoración efectuada de las ofertas fue o no correcta. Todo esto exige de la retroacción que inmediatamente expondremos.

En consecuencia, el recurso debe ser parcialmente estimado, anulando el acuerdo de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento a los efectos de que por el órgano de contratación se explicita la motivación de las puntuaciones otorgadas, que no podrán variar como consecuencia de la aplicación de esta Resolución, dando lugar a un nuevo acuerdo de adjudicación, y demás que procedan en su caso, a notificar a los licitadores con indicación de los recursos que quepan y con mantenimiento, de estimarse así, de las actuaciones que se hubieran mantenido igual de no cometerse la infracción apreciada que da lugar a la presente anulación de la adjudicación objeto de impugnación.

Ante supuestos iguales de puntuaciones con los óbices aquí apreciados, este es el criterio de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, como lo muestran – por citar alguna de las más actuales-: Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 1030/2018, la 216/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canaria, la 205/2018 y 334/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía o la 116/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi.

Además de esas, por ejemplo la Resolución TACRC 1008/2018 recoge:

*“el informe de valoración se limita a reflejar en un cuadro el resultado de las puntuaciones de cada subcriterio, para cada uno de los licitadores y, dado que al tratarse de criterios subjetivos y que, como demuestra el recurrente, las valoraciones no han seguido una determinada proporcionalidad, resta por incluir en el informe las razones que fundamentan la puntuación otorgada. La descripción de lo que cada licitador plantea en cada subcriterio, sus fortalezas y debilidades.*

*En consecuencia, el recurso debe ser parcialmente estimado, anulando la resolución de adjudicación, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a dicha resolución de adjudicación, para que se explicita la motivación de las puntuaciones otorgadas a cada oferta y las diferencias de puntuación de cada subcriterio, en los criterios sometidos a un juicio de valor, pero sin variar las puntuaciones otorgadas.”*

También los recientes Acuerdos 24/2019 y 25/2019 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, donde este último explica:

*“Aplicando la doctrina citada al caso concreto que nos ocupa, lo cierto es que en el expediente remitido a este Tribunal no consta documento alguno que contenga las deliberaciones del jurado ni la explicación de las razones por las que asigna las*

*distintas puntuaciones a cada una de las propuestas, constando únicamente, en lo que ahora interesa, el documento número 04 BIS el desglose de las puntuaciones correspondiente a cada criterio de adjudicación, que se limita a indicar cada puntuación sin explicación adicional alguna; sin aportarse siquiera el acta correspondiente a la valoración por parte del jurado de las propuestas presentadas. Tampoco la adjudicación del concurso, conforme a la propuesta elevada por el Jurado, contiene motivación alguna relativa a la valoración de las distintas propuestas, más allá de la puntuación global asignada a aquellas propuestas que no han resultado premiadas.*

(...)

*Ello obedece a que la falta de motivación del informe del Jurado constituye un defecto de forma del que no se colige como consecuencia necesaria que la asignación de las puntuaciones allí consignadas sea arbitraria, errónea o discriminatoria; motivo por el cual procede la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a dicha adjudicación, al objeto, exclusivamente, de que se justifique y motive adecuadamente la valoración de las propuestas y, por ende, la resolución del concurso, y se notifique en forma a los licitadores en el procedimiento, sin que en ejecución del presente Acuerdo resulte, en modo alguno, posible variar o modificar las puntuaciones otorgadas. Todo ello con conservación , de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de todos aquellos y trámites que se hubieran mantenido igual de no haberse cometido la infracción apreciada que ha dado lugar a la anulación de la adjudicación objeto de impugnación y que, en el caso concreto que nos ocupa, se corresponde con el acto de apertura del sobre número 2 de las proposiciones presentadas.*

*Así las cosas, procede corregir el defecto de forma apreciado, sin que sea posible en este momento, precisamente por la ausencia de motivación suficiente, pronunciarnos sobre la adecuación a derecho del contenido material de la valoración realizada, y sin perjuicio de poder hacerlo si, una vez producida la subsanación del defecto, se interpone la correspondiente reclamación.”*

Una vez anulada la adjudicación, no procede ya analizar el otro motivo de impugnación del recurrente con base en la justificación de su oferta económica. Esto, así como la retroacción decretada, no afecta a los derechos de defensa del recurrente, que será notificado de un nuevo acuerdo de adjudicación sobre el que ejercer, si es de interés, las acciones impugnatorias que considere.

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

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por FCC AQUALIA S.A. contra los acuerdos de exclusión de su oferta y adjudicación dictados en el procedimiento de licitación del contrato de gestión del servicio público de explotación y mantenimiento del sistema perteneciente a la actuación de saneamiento de la Zona Norte de la Ría de Ares y Sur de la Ría de Ferrol (conducciones y bombeo) Ares, Fene y Mugar dos, licitado por el Ayuntamiento de Ares, debiendo procederse según lo expresado en el fundamento último de esta Resolución.

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 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.