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

Recurso nº 74/2019

Resolución nº 79/2019

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

En Santiago de Compostela, a 10 de abril de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. A.L.S. actuando en nome e representación de QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES S.A.U. contra a adxudicación, pola Deputación da Coruña, dos servizos de teleasistencia domiciliaria, expediente PCO001201800207, 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.- A Deputación da Coruña convocou a licitación dos servizos de teleasistencia domiciliaria, expediente PCO001201800207, cun valor estimado declarado de 4.153.846,15 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratación do Sector Publico en segunda convocatoria o 28.11.2018, con rectificación do anuncio de licitación o 29.01.2019.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP, en adiante).

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

Terceiro.- Impúgnase o acordo de adxudicación a favor de EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A de 28.02.2019, publicado e notificado ese mesmo día.

Cuarto.- O 20.03.2019 QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES S.A.U. 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 na web deste Tribunal.

Quinto.- O 21.03.2019 reclamouse á Deputación da Coruña o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 LCSP. A documentación foi recibida neste Tribunal o día 29.03.2019.

Sexto.- Trasladouse o recurso aos interesados con data 01.04.2019, recibíndose as alegacións da empresa EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A, opoñéndose ao recurso.

Sétimo.- O 28.03.2019 o TACGal acordou o mantemento da suspensión automática do artigo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis 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.- O presente recurso tramitouse conforme aos 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.- Impugna a adxudicación un licitador do procedemento de adxudicación, polo que ostenta lexitimación ad procesum, sen prexuízo do que se explicará posteriormente sobre a lexitimación ad causam. Neste sentido, tal lexitimación ad causam, cando se impugna a adxudicación debe ser observada baixo

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

o prisma de se o alegado é suficiente para que recorrente puidera acadar a posición de mellor clasificado. No caso concreto onde a recorrente foi a terceira clasificada, tería que acadar que a modificación das puntuacións fora non só en relación á adxudicataria, senón tamén da segunda clasificada.

Cuarto.- O recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Estamos perante a impugnación do acordo de adxudicación un contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, polo que o recurso é admisible.

Sexto.- A primeira parte do escrito do recorrente vai referida á pretensión de anulación da licitación, por defecto na valoración das ofertas nos puntos 1.1, 1.2, 2 e 3 dos criterios non avaliables de forma automática.

En primeiro lugar, non podemos acoller as referencias iniciais que fai o recurso de forma xenérica sobre o proceso de avaliación, pois no noso xuízo revisor da discrecionalidade técnica non apreciamos nisto error, arbitrariedade ou outro elemento invalidante, senón unha crítica do recorrente que busca defender, sobre todo, o que consideraba como metodoloxía máis axeitada para el. Como é amplamente coñecido, non se pode pretender deste recurso especial que se substitúa o que corresponde elixir e exercitar, dentro da legalidade, ao órgano de contratación nesa discrecionalidade técnica. Lembremos que aquí interveu ademais un Comité de expertos.

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*

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

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 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)."

Finalmente, a Resolución 690/2017 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, 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"*

Tampouco apreciamos falta de motivación, nun plano xeral, no informe de avaliación, pois do mesmo se poden coñecer as causas da maior puntuación á adxudicataria e as do resto das ofertas, sen que atisbemos que exista un afastamento do recollido nos pregos, no sentido que estamos a describir.

O informe aportado dende o órgano de contratación explica:

"El comité de expertos ha utilizado como única plantilla el cuadro de criterios de valoración, siguiendo uno a uno todos los ítems que los describen, garantizando así la igualdad en la aplicación de los mismos elementos y conceptos de valoración y evitando cualquier subjetividad en la que pudiésemos incurrir. Se ha seguido metódicamente ese proceder con todas las empresa ofertantes y no se ha incurrido en vicio de nulidad alguno.

Al contrario de lo que alega el recurrente, el comité ajustó la valoración y motivación de su propuesta al contenido de las ofertas, circunstancia que permite conocer de forma cierta la aplicación de los criterios de valoración a cada una de ellas.

Por ello se considera que está suficientemente motivada la valoración realizada por este comité y ajustada al pliego."

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

Aquí o recorrente considera que podería existir máis explicación, pero como recolle a recente Sentenza de 17.10.2018 da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de A Rioxa:

> *"Aunque la motivación podría ser más extensa, no puede negarse que existe. Se constata, a la vista de la motivación, que las ofertas no son coincidentes en sus términos y que la valoración se basa en un informe en cuya elaboración ha intervenido personal de enfermería y de mantenimiento, que ha tenido en cuenta plazos y prestaciones, valorando en mayor medida los propuestos por la adjudicataria.*
>
> *Aunque de forma breve, existe motivación. Cuestión distinta es que la recurrente no está conforme con esta valoración, pues considera que su propuesta es mejor.*
>
> *También en este apartado pretende la recurrente sustituir el criterio de la mesa de contratación por el suyo propio, lo que no es suficiente para considerar contraria a derecho la adjudicación.*
>
> *Por todo lo expuesto, debe concluirse que el acto administrativo es conforme a derecho, por lo que debe desestimarse el recurso contencioso-administrativo"*

En todo caso, debemos observar agora os puntos concretos que cuestiona, todos eses referidos a criterios a avaliar mediante xuízo de valor.

Sobre isto, é de interese traer a doutrina dos Tribunais Administrativos de recursos contractuais, recollida, por exemplo, na recente Resolución 89/2019 do Tribunal Administrativo da Junta de Andalucía, cando explica:

> *"En este sentido, los criterios evaluables en función de juicios de valor tienen la peculiaridad de que se refieren en todo caso a cuestiones que por sus características no pueden ser evaluadas aplicando procesos que den resultados precisos predeterminables. Básicamente los elementos de juicio a considerar para establecer la puntuación que proceda asignar por tales criterios a cada proposición descansan sobre cuestiones de carácter técnico.*
>
> *La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una apreciación técnica personal de quien realiza el análisis, apreciación que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. Así, la admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el*

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

órgano de contratación mediante una apreciación o valoración personal, de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites de la discrecionalidad técnica."

Comeza o recurso polo subpunto 1.1 integrado dentro do máis xeral de "Programa de prestación del servicio", sobre cuxa avaliación non atisbamos innovación respecto dos pregos en relación ao anteriormente explicado. Fronte ao que parece expresarse de contrario, o prego permitía tratar a eses subpuntos como un todo a puntuar e existe unha xustificación suficiente e racional a efectos da discrecionalidade técnica sobre o decidido.

No aspecto máis concreto deste apartado que cita o recurso, o informe do órgano de contratación expresa:

"Por último, alegan que no debería tenerse en cuenta la cuantificación de las actuaciones de difusión. A criterio de este comité, el compromiso de las actuaciones de difusión queda en entredicho si no se determina con exactitud. Cuando la empresa QUAVITAE oferta "Diseño y difusión de material gráfico de presentación del servicio: folletos y carteles. Anual. Mínimo una impresión semestral", puede significar una tirada de 100/200/500/1.000 folletos y carteles al semestre, siendo el alcance de la difusión bien distinto con una u otras cantidades. La comisión técnica que valora las ofertas no puede calibrar la posibilidad de ejecución de la medida propuesta si no cuenta con una concreción de las mismas. Este mismo argumento es aplicable a otras medidas de difusión propuestas y es por ello que en la tabla de valoración se le señala la ausencia de cuantificación. En ningún caso se refiere al importe económico del contrato."

No referido ao subpunto 1.2, sobre os medios persoais, non se nos escapa que aquí o recorrente xa obtivo a máxima puntuación posible, e que o adxudicatario non, polo que isto xa resta percorrido para que esta alegación poida ser eficaz cara a pretensión de poder ser adxudicatario o recorrente, que é o parámetro de lexitimación ad causam recollido uniformemente polo Tribunais Administrativos de recursos contractuais.

En todo caso, o informe remitido polo órgano de contratación para o recurso especial xa menciona:

"Al respecto de la jornada del personal ofertado por los licitadores, ni en la oferta de personal de QUAVITAE ni en la de ninguna otra empresa se ha dado por supuesto ni se ha sobreentendido ninguna dedicación o jornada, solo se ha tenido en

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

cuenta aquello que haya sido reflejado con claridad en la propuesta. Por ello no se puede dar por válida la afirmación que hace el recurrente en su escrito (página 12) cuando afirma "La dedicación de este personal, al no señalar nada en la oferta, se debería de presumir que es completa".

En cuanto a la mención que se hace en la página 12 del recurso "independientemente de que se pueda por estas personas hacer frente a otras cargas de trabajo que podrían ser concomitantes con la prestación del contrato", resulta difícil entender en el contexto en la que está descrita, dado que exigen al comité que dé por hecho que la jornada del personal es a tiempo completo para, a continuación, introducir esa salvedad.

A este respecto, en la oferta de QUAVITAE se refleja el horario de cada uno de los perfiles ofertados, pero no la dedicación al servicio tal como exige el pliego en el anexo II, punto 1.2 Medios personales que se adscribirán al servicio en función del número de terminales instalados Las ofertas incorporan además medios personales de valoración muy diferente en cuanto a la aportación de valor añadido a la calidad de prestación servicio. En este sentido, a modo de ejemplo, la adscripción de un psicólogo tiene mayor valor que la de otros puestos.

También hay que tener en cuenta que la dedicación del psicólogo en la oferta de EULEN (10 horas semanales) supone 520 horas anuales, frente a las 185 horas anuales de la oferta de QUAVITAE"

Este é o apartado onde ademais o recurso busca principalmente modificar a maiores a puntuación da segunda clasificada por debaixo da súa puntuación, pois sen isto xa carecería de lexitimación ad causam como vimos. Pois ben, tampouco se observa que se traspasara a discrecionalidade técnica na puntuación deste apartado na oferta de Servicios de Teleasistencia S.A (ATIENZA) por ter en conta os equipos de atención indirecta, pois nada do prego o impedía.

Igual que sucedía no apartado anterior, no punto 2 dos criterios referida aos medios materiais, cuxa puntuación é a seguinte cuestionada polo recorrente, debemos observar, a efectos da lexitimación ad causam, que aquí a puntuación para o recorrente foi tamén a máxima. A maiores, este apartado, avaliable ate cinco puntos, por si só non podería supoñer que o presente impugnante, cuxa oferta foi clasificada en terceiro lugar superase á da adxudicataria, pois a diferenza final entre ambos foi superior, de case 8 puntos (7,97 en concreto).

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

En todo caso, tamén o informe do órgano de contratación alega o seguinte ao respecto do mesmo:

> *"El recurrente insiste a lo largo del recurso, en la necesidad de aplicar reglas matemáticas en la valoración de los criterios del sobre B, pero le recordamos que el sobre B es de Referencias técnicas no valorables automáticamente.*
>
> *Tal y como se deduce de la valoración realizada por el comité, las ofertas no son totalmente homologables entre ellas, sino que, derivado en parte de la naturaleza del servicio que se contrata, han sido formuladas con diferentes planteamientos empresariales, que obligan a ponderar de forma cuidada y minuciosa dichas ofertas.*
>
> *La comisión técnica se ha detenido, primero en la definición del criterio que dice "Medios materiales: Se valorará la dotación tecnológica, equipamiento y prestaciones del Centro de Atención, así como las características de los equipos". El criterio de valoración describe muy concretamente aquello que debemos de tener en cuenta, que es la dotación del centro de atención y los equipos. Este comité de expertos considera inviable valorar mediante fórmulas la dotación tecnológica del Centro de Atención o las características de los equipos.*
>
> *En segundo lugar el comité ha decido valorar solo aquellos medios realmente útiles en la prestación del servicio que se contrata, útiles para el público al que va destinado. En este sentido, indicar que no se han valorado las sedes de coordinación por entender que se trata de una forma de prestación del servicio, ya valorada en el criterio 1.1 en el que se contempla la coordinación con los participantes en el programa. Tampoco se han valorado los vehículos, pues no forman parte del Centro de Atención.*
>
> *La valoración es lógica, racional y motivada. Para cada una de las ofertas, se ha considerado la dotación tecnológica, el equipamiento y las prestaciones del Centro de Atención, así como las características de los equipos, excelentes para la prestación del servicio de acuerdo con el PCAP."*

O que antes expresamos é trasladable á puntuación das melloras, con ate 2,5 puntos, outra vez moi por debaixo da diferenza final de puntuación entre a oferta da adxudicataria e da recorrente como acabamos de ver. Por outra banda, estamos ante un criterio sometido a xuízo de valor, polo que non cabe tildar de contrario a dereito que se atendera ao que propoñían cada un nesta mellora, e a concreción que tiña do que aportaban para acadar a puntuación.

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

A maiores, sobre o criterio 3.2 o informe que aporta o órgano de contratación para o recurso especial describe:

> *"El 25% de la puntuación asignada a QUAVITAE en el criterio 3.2 Otros servicios tecnológicos complementarios sin coste adicional, es debido a que en la aplicación de móviles estará disponible para todos los usuarios, que es el única mejora concretada. En relación con esta aplicación móvil, la oferta de EULEN también se ofrece a todos los usuarios, y además concreta otros 16 servicios tecnológicos complementarios para un rango de entre 10 y 125 usuarios".*

Tampouco se pode acoller que sexa neste intre, ao impugnar unha adxudicación que non é favorable ao recorrente, cando se incorpore que a mellora, tal como estaba no prego, era incorrecta, pois non había escuridade na cláusula e este licitador non a impugnou no seu momento, converténdoa en firme e consentida (por todas, Resolución TACGal 22/2018 e doutrina do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, como mostra a Sentenza de 17 de novembro de 2016, rec. 4274/2015).

En definitiva, as cuestións concretas nas que entra o recurso manifestando que merecía unha diferente valoración estarían dentro da discrecionalidade técnica, sen que se aporten elementos que poidan facer entender que se excedeu da mesma, ou que se incorreu en arbitrariedade ou noutra institución invalidante a efectos da dimensión revisora ate a que pode chegar este Tribunal.

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 QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES S.A.U. contra a adxudicación, pola Deputación da Coruña, dos servizos de teleasistencia domiciliaria, expediente PCO001201800207.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. 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.

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

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.