

Recurso nº 74/2019**Resolución nº 79/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. A.L.S. actuando en nombre y representación de QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES S.A.U. contra la adjudicación, por la Diputación de A Coruña, de los servicios de teleasistencia domiciliaria, expediente PCO001201800207, 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.- La Diputación de A Coruña convocó la licitación de los servicios de teleasistencia domiciliaria, expediente PCO001201800207, con un valor estimado declarado de 4.153.846,15 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público en segunda convocatoria el 28.11.2018, con rectificación del anuncio de licitación el 29.01.2019.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP, en adelante).

Tercero.- Se impugna el acuerdo de adjudicación a favor de EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A de 28.02.2019, publicado y notificado ese mismo día.

Cuarto.- El 20.03.2019 QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES S.A.U. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través d el formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces desde la web de este Tribunal.

Quinto.- El 21.03.2019 se reclamó a la Diputación de A Coruña el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 29.03.2019.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 01.04.2019, recibándose las alegaciones de la empresa EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A, oponiéndose al recurso.

Séptimo.- El 28.03.2019 el TACGal acordó el mantenimiento de la suspensión automática del artículo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde la este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por lo 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.- Impugna la adjudicación un licitador del procedimiento de adjudicación, por lo que ostenta legitimación ad procesum, sin perjuicio de lo que se explicará posteriormente sobre la legitimación ad causam . En este sentido, tal legitimación ad causam, cuando se impugna la adjudicación debe ser observada bajo el prisma de si

lo alegado es suficiente para que recurrente pudiera alcanzar la posición de mejor clasificado. En el caso concreto donde la recurrente fue la tercera clasificada, tendría que conseguir que la modificación de las puntuaciones fuese no solo en relación a la adjudicataria, sino también de la segunda clasificada.

Cuarto.- El recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Estamos ante la impugnación del acuerdo de adjudicación un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 €, por lo que el recurso es admisible.

Sexto.- La primera parte del escrito del recurrente va referida a la pretensión de anulación de la licitación, por defecto en la valoración de las ofertas en los puntos 1.1, 1.2, 2 y 3 de los criterios no evaluables de forma automática.

En primer lugar, no podemos acoger las referencias iniciales que hace el recurso de forma genérica sobre el proceso de evaluación, pues en nuestro juicio revisor de la discrecionalidad técnica no apreciamos en esto error, arbitrariedad u otro elemento invalidante, sino una crítica del recurrente que busca defender, sobre todo, lo que consideraba como metodología más adecuada para él. Como es ampliamente conocido, no se puede pretender de este recurso especial que se sustituya lo que corresponde elegir y ejercitar, dentro de la legalidad, al órgano de contratación en esa discrecionalidad técnica. Recordemos que aquí intervino además un Comité de expertos.

La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) 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 el anuncio de licitación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas (con cita a la Sentencia de 4 de octubre de 2012, Evropaïki Dynamiki/Comisión, asunto C-629 / 11 P, no publicado, EU: C: 2012: 617, párrafo 21).

En esta misma línea la Resolución 107/2017 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales 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 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).” 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:IU:C:2016:555, apartados 29 y 30).”

Finalmente, la Resolución 690/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recoge: *“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”*

Tampoco apreciamos falta de motivación, en un plano general, en el informe de evaluación, pues del mismo se pueden conocer las causas de la mayor puntuación a la adjudicataria y a las del resto de las ofertas, sin que observemos que exista un alejamiento de lo recogido en los pliegos, en el sentido que estamos a describir.

El informe aportado desde el 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.”

Aquí el recurrente considera que podría existir más explicación, pero como recoge la reciente Sentencia de 17.10.2018 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja:

“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 ahora los puntos concretos que cuestiona, todos esos referidos a criterios a evaluar mediante juicio de valor.

Sobre esto, es de interés traer la doctrina de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, recogida, por ejemplo, en la reciente Resolución 89/2019 del Tribunal Administrativo de la Junta de Andalucía, cuando 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 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.”

Comienza el recurso por el subpunto 1.1 integrado dentro de lo más general de “Programa de prestación del servicio”, sobre cuya evaluación no observamos innovación respecto de los pliegos y en relación a lo anteriormente explicado. Frente a lo que parece expresarse de contrario, el pliego permitía tratar a esos subpuntos como un todo a puntuar y existe y una justificación suficiente y racional a efectos de la discrecionalidad técnica sobre lo decidido.

En el aspecto más concreto de este apartado que cita el recurso, el informe del 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.”

En lo referido al subpunto 1.2, sobre los medios personales, no se nos escapa que aquí el recurrente ya obtuvo la máxima puntuación posible, y que el adjudicatario no, por lo que esto ya resta recorrido para que esta alegación pueda ser eficaz de cara a la pretensión de poder ser adjudicatario el recurrente, que es el parámetro de legitimación ad causam recogido uniformemente por los Tribunales Administrativos de recursos contractuales.

En todo caso, el informe remitido por el órgano de contratación para el recurso especial ya 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 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 es el apartado donde además el recurso busca principalmente modificar a mayores la puntuación de la segunda clasificada por debajo de su puntuación, pues sin esto ya carecería de legitimación ad causam como vimos. Pues bien, tampoco se observa que se traspasara la discrecionalidad técnica en la puntuación de este apartado en la oferta de Servicios de Teleasistencia S.A (ATIENZA) por tener en cuenta los equipos de atención indirecta, pues nada del pliego lo impedía.

Igual que sucedía en el apartado anterior, en el punto 2 de los criterios referida a los medios materiales, cuya puntuación es la siguiente cuestionada por el recurrente, debemos observar, a efectos de la legitimación ad causam, que aquí la puntuación

para el recurrente fue también la máxima. A mayores, este apartado, evaluable hasta cinco puntos, por sí solo no podría suponer que el presente impugnante, cuya oferta fue clasificada en tercero lugar superara a la de la adjudicataria, pues la diferencia final entre ambos fue superior, de casi 8 puntos (7,97 en concreto).

En todo caso, también el informe del órgano de contratación alega el siguiente al respecto del mismo:

“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 decidido 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.”

Lo que antes expresamos es trasladable a la puntuación de las mejoras, con hasta 2,5 puntos, otra vez muy por debajo de la diferencia final de puntuación entre la oferta de la adjudicataria y de la recurrente como acabamos de ver. Por otra parte,

estamos ante un criterio sometido a juicio de valor, por lo que no cabe tildar de contrario a derecho que se atendiera a lo que proponían cada uno en esta mejora, y la concreción que tenía de lo que aportaban para alcanzar la puntuación.

A mayores, sobre el criterio 3.2 el informe que aporta el órgano de contratación para el 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”.

Tampoco se puede acoger que sea en este momento, al impugnar una adjudicación que no es favorable al recurrente, cuando se incorpore que la mejora, tal como estaba en el pliego, era incorrecta, pues no había oscuridad en la cláusula y este licitador no la impugnó en su momento, convirtiéndola en firme y consentida (por todas, Resolución TACGal 22/2018 y doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, como muestra la Sentencia de 17 de noviembre de 2016, rec. 4274/2015).

En definitiva, las cuestiones concretas en las que entra el recurso manifestando que merecía una diferente valoración estarían dentro de la discrecionalidad técnica, sin que se aporten elementos que puedan hacer entender que se excedió de la misma, o que se incurrió en arbitrariedad o en otra institución invalidante a efectos de la dimensión revisora hasta la que puede llegar este Tribunal.

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

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por QUAVITAE SERVICIOS ASISTENCIALES S.A.U. contra la adjudicación, por la Diputación de A Coruña, de los servicios de teleasistencia domiciliaria, expediente PCO001201800207.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

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

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con el 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.