

Recurso 181/2021

Resolución 400/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 21 de octubre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL SAN JUAN GRANDE**, contra la resolución del órgano de contratación, de 7 de abril de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía” (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto del lote 2.B.1 Jerez de la Frontera, convocado por la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato administrativo especial indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 182.482.944 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

A la presente licitación le es de aplicación la 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 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 7 de abril de 2021, el órgano de contratación dictó resolución por la que se adjudica el lote 2.B.1. a favor de la FUNDACIÓN UPACE SUR ATIENDE. Dicha resolución es remitida a la recurrente el 9 de abril de 2021 y publicada en el perfil de contratante el 18 de abril de 2021.

SEGUNDO. El 28 de abril de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad HOSPITAL SAN JUAN GRANDE contra la citada resolución, de 7 de abril de 2021, por la que el órgano de contratación adjudica el contrato respecto del lote 2.B.1.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente recibido.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la FUNDACIÓN UPACE SUR ATIENDE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora, respecto de los lotes impugnados, en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación (respecto del lote 2.B.1.) de un contrato administrativo especial cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que los actos recurridos son susceptibles de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 y 2.c) de la LCSP.



CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 9 de abril de 2021 y notificada con esa misma fecha según indica la recurrente. Asimismo, se publicó en el perfil de contratante el 18 de abril de 2021. En cualquier caso, aun computando el plazo desde la fecha de remisión del acto recurrido el recurso presentado en el Registro de este Tribunal, el 28 de abril de 2021, se habría interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación, para a continuación entrar a analizar la controversia suscitada por la recurrente que combate la valoración de su oferta realizada por la mesa de contratación.

Pues bien, se recoge en la cláusula 9.2.3. del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas que debía figurar en el sobre electrónico 3. En la mencionada cláusula se indica que se incluirá la documentación establecida en el anexo VIII del PCAP.

En el citado anexo VIII del PCAP, y en lo que aquí interesa, se establece que en este sobre se incluirá la documentación relativa a los «6.Certificados expedidos por organismos independientes». Su valoración queda establecida en el anexo X del PCAP que indica lo siguiente: «6. *Presentación de certificados expedidos por organismos independientes acreditativos del cumplimiento de normas de garantía de la calidad o de gestión medioambiental, que incrementen el valor de la oferta. (Máximo 10 puntos):*

- *Certificación [AGENCIA DE CALIDAD SANITARIA DE ANDALUCÍA] en adelante ACSA o equivalente: 3,50 puntos.*
- *Certificación de calidad ISO 9001 o equivalente: 3,50 puntos.*
- *Seguridad de la información ISO 27001 o equivalente: 3,00 puntos».*

Según consta en el expediente remitido a este Tribunal, el 5 de noviembre de 2020, tuvo lugar la cuarta sesión de la mesa de contratación en la que se acuerda dar traslado a una comisión técnica para que realice un informe en el que se analicen las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos en el anexo X del PCAP.



Dicho informe técnico es evacuado el 16 de diciembre de 2020; con relación a la oferta de la recurrente respecto del lote 2.B.1. se recoge la propuesta de no valoración respecto del criterio de adjudicación «6.Certificados expedidos por organismos independientes» con la siguiente motivación: «ACSA. Con fecha 11/1/2019 apercibimiento por incumplimiento certificación inicial». Por lo demás, atendiendo al resto de criterios de adjudicación la comisión propone otorgar a la proposición del HOSPITAL SAN JUAN GRANDE 145 puntos.

El 17 de diciembre de 2020, tiene lugar la sexta sesión de la mesa de contratación en la que se procede a otorgar puntuaciones a las ofertas admitidas; respecto de la presentada por la recurrente se confirma la proposición realizada por la comisión técnica en su informe y se le conceden 145 puntos, quedando calificada en segundo lugar respecto del lote 2.B.1.

El 29 de enero de 2021, se publica en el perfil de contratante una certificación de la mesa de contratación de esa misma fecha en la que se incluye la motivación de la puntuación otorgada a la oferta de la recurrente y en la que se reproduce lo indicado en el informe técnico anteriormente reproducido de 16 de diciembre de 2020. El 5 de febrero de 2021, la mesa de contratación concede un plazo de alegaciones a los licitadores en los términos expresados en el artículo 17.3 del Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana.

La recurrente presentó alegaciones el 8 de febrero y el 9 de marzo de 2021 dirigidas a la mesa de contratación. En sus escritos manifiesta, en síntesis, que dispone del certificado expedido por la ACSA y que el mismo ha estado vigente a todos los efectos durante el plazo requerido en los pliegos. Sobre el apercibimiento que motiva la no valoración de su oferta respecto del criterio de adjudicación, alega que la ACSA nunca le ha realizado apercibimiento alguno. Por lo que solicita la correcta puntuación de su oferta.

Finalmente, el 7 de abril de 2021, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación respecto del lote 2.B.1., en la misma se incluye la motivación de la puntuación otorgada a las distintas proposiciones. Con relación a la oferta presentada por la recurrente se reproduce la no concesión de puntuación en el criterio relativo a los certificados expedidos por organismos independientes como consecuencia del apercibimiento de 11 de enero de 2019.

Sobre lo anterior, la entidad HOSPITAL SAN JUAN GRANDE, se alza contra la valoración de su oferta contenida en la resolución de adjudicación argumentando lo siguiente:

- Que respecto al criterio de adjudicación «6.Certificados expedidos por organismos independientes» su oferta no obtuvo puntuación por un supuesto apercibimiento de la certificación inicial y que, sin embargo, y a diferencia del trato recibido por otros licitadores, no se le concedió plazo para que subsanara o aclarara este requisito.



Sobre lo anterior, argumenta que en realidad ni siquiera se habría tratado de una subsanación, sino simplemente de una aclaración respecto del certificado de calidad que -a su juicio- no modifica la oferta sino que viene a acreditar que se cumple con lo requerido ya que se contaba con esta documentación dentro del plazo de presentación de ofertas.

- Que presentó diversos escritos de alegaciones, en los que demostró la vigencia del certificado ACSA, con la finalidad de que se subsanara la puntuación recibida por su oferta. Manifiesta, que la supuesta deficiencia apreciada por la mesa de contratación que conllevó la no puntuación de su oferta respecto del criterio de adjudicación correspondiente a los “*certificados calidad*” pudo deberse a una confusión, dado que en la documentación presentada en su oferta se incluyeron dos certificados; una resolución del comité de certificación de ACSA, en la que se indicaba que se realizaba apercibimiento al HOSPITAL SAN JUAN GRANDE, y otro relativo al centro de atención temprana infantil (en adelante CAIT), siendo dos certificados distintos vinculados a proyectos diferentes.

Además, indica que en cualquier caso no se le retiró la certificación ACSA al HOSPITAL SAN JUAN GRANDE como se demuestra en la certificación aportada junto al escrito de recurso: «ACSA nº 073S/2019, emitida el 28 de marzo de 2019» y finalmente, denuncia que la mesa de contratación no se ha pronunciado durante el procedimiento de contratación sobre las alegaciones presentadas.

Por lo demás, la recurrente articula una pretensión principal y dos subsidiarias. En primer lugar solicita que se anule la resolución impugnada por haberse tramitado el procedimiento prescindiendo totalmente de las normas que lo regulan y que se le conceda un plazo para que aclare su oferta. De forma subsidiaria, que se anule la resolución de adjudicación por falta de motivación ya que en el acuerdo impugnado no se recogen los motivos por los que no se le otorga a su oferta puntuación respecto al criterio de adjudicación relativo a los certificados de calidad ni se recoge una respuesta a los escritos de alegaciones presentados. Finalmente, y de forma subsidiaria a todo lo anterior la recurrente solicita a este Tribunal que declare la nulidad del acto recurrido para que se retrotraigan las actuaciones y que se reconozca el empate entre su puntuación -una vez concedidos los 3,5 puntos relativos al certificado ACSA- y la de la adjudicataria para que se proceda a aplicar los criterios de desempate regulados en la cláusula 10.6 del PCAP.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que la oferta de la entidad HOSPITAL SAN JUAN GRANDE fue correctamente valorada y de forma motivada por los motivos que serán indicados a lo largo de esta resolución.



Finalmente, la entidad interesada FUNDACIÓN UPACE SUR ATIENDE se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. En este sentido, queda claro que la cuestión a dilucidar es si a la vista de la documentación contenida en la oferta de la recurrente la mesa de contratación actuó de forma correcta no concediéndole puntuación respecto del criterio de adjudicación relativo a los «*certificados expedidos por organismos independientes*» y si dicha decisión se comunicó de forma motivada a la recurrente o si, por el contrario, ello no fue así como defiende la entidad HOSPITAL SAN JUAN GRANDE en su escrito de recurso.

Pues bien, como anteriormente se ha reproducido, el anexo VIII del PCAP contiene la documentación que se tiene que incluir dentro del sobre 3 de la oferta para su valoración conforme a los criterios de adjudicación de aplicación automática. Entre ellos, se encuentran los certificados expedidos por organismos independientes. El anexo X establece los criterios de adjudicación y regula en lo que aquí interesa que se valorará la presentación de certificados que incrementen el valor de la oferta y en concreto se otorgan 3,50 puntos para la «*certificación ACSA o equivalente*».

Consta en el expediente remitido a este Tribunal la documentación que aporta la recurrente en su oferta para acreditar los certificados expedidos por organismos independientes a fin de obtener la puntuación correspondiente. En este sentido consta:

- Resolución 158/2018, de 26 de diciembre, de la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía, en la que se acuerda «*Conceder la certificación en el nivel avanzado al Centro de Atención Infantil Temprana Hospital San Juan Grande (proyecto 2017/059), según lo dispuesto en el programa [ME 12 1.02]*». Con vigencia hasta el mes de diciembre de 2020.
- Resolución 012S/2019, de 11 de enero, de la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía, en la que se acuerda el apercibimiento del Hospital San Juan Grande (proyecto 2015/167_R1), dado que durante la visita de evaluación de seguimiento se ha verificado el incumplimiento de estándares que comprometen el nivel de certificación inicial alcanzado. En la resolución se menciona que a partir de ese momento el Centro dispone de 3 meses para implantar las acciones correctoras que permitan el cumplimiento de estos estándares.



Sobre lo anterior y como se ha mencionado, la mesa de contratación en su sexta sesión confirma el criterio mantenido en el informe técnico de 16 de diciembre de 2020, que propone la no valoración de la oferta de la recurrente respecto del criterio de adjudicación controvertido motivado por el apercibimiento contenido en la Resolución 12S/2019, anteriormente citada.

En este sentido, en primer lugar se debe tener en cuenta que la valoración de la oferta por parte de la mesa de contratación se realiza respecto de un criterio de adjudicación de aplicación automática, sobre esta cuestión y como este Tribunal ha manifestado en otras ocasiones (v.g. Resoluciones 228/2020, de 2 de julio y 309/2021 fecha) la naturaleza automática del criterio de valoración impide a la mesa de contratación hacer una interpretación flexible de lo que debe ser un dato objetivo, que no precisa interpretación alguna.

Es decir, la naturaleza automática del criterio de adjudicación conlleva que la puntuación deba ser adjudicada en función de un parámetro objetivo que no sea susceptible de una valoración discrecional de la mesa de contratación dado que ello es precisamente lo que diferencia los criterios de adjudicación automáticos de aquellos en cuya aplicación se realizan juicios de valor. Aplicando lo anterior al presente supuesto, este Tribunal concluye que la mesa de contratación solo tenía dos posibilidades a la hora de atribuir la puntuación; si se dispone de la certificación la concesión de los 3,5 puntos y en caso contrario no otorgar la puntuación.

A juicio de este Tribunal, la motivación por la que la mesa de contratación no concede la puntuación a la recurrente, según se indica: *«por la existencia de un apercibimiento de 11 de enero de 2019»*, resulta insuficiente dado que en dicho apercibimiento se recoge que la entidad dispone de la certificación, objeto de valoración, en el nivel avanzado la cual no es retirada y porque además en su oferta se aporta otro certificado del centro de atención infantil temprana del HOSPITAL SAN JUAN GRANDE que sí se encuentra en vigor a fecha de fin del plazo de presentación de proposiciones.

Sobre lo anterior, ha de partirse necesariamente, como ya ha manifestado este Tribunal en otras de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto, 113/2020, de 14 de mayo y 297/2020, de 8 de septiembre), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes que, una vez aprobados y aceptados por las licitadoras, vinculan tanto a éstas como al órgano de contratación redactor de sus cláusulas.

En este sentido, ha de tenerse asimismo en cuenta que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.



Por lo anterior, este Tribunal considera que la recurrente presentó documentación de la que se deriva que disponía a fin de plazo de presentación de ofertas de al menos la «*certificación en el nivel avanzado al Centro de Atención Infantil Temprana HOSPITAL SAN JUAN GRANDE (proyecto 2017/059)*» y de la relativa al nivel avanzado del HOSPITAL SAN JUAN GRANDE (proyecto 2015/167_R1) si bien en esta última la entidad certificadora había solicitado la adopción de determinadas medidas correctoras para solventar el incumplimiento de los estándares solicitados.

Por tanto, si la mesa de contratación consideraba, a la vista de ambas resoluciones, que en la oferta de la recurrente no quedaba suficientemente acreditado el cumplimiento o mantenimiento de estas certificaciones debió bien fundamentar de una manera suficiente los motivos por los que no concedió la puntuación -ya que la mera mención al apercibimiento es claramente insuficiente- o, en caso de que tuviera dudas sobre su cumplimiento, pedir aclaraciones a la recurrente sobre este aspecto de la oferta en lugar de optar de forma directa por no conceder puntuación alguna.

Sobre la posibilidad de solicitar a los licitadores aclaraciones de sus ofertas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre y más recientemente la 152/2021, de 22 de abril.

Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

- Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.
- Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.
- El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el



contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

- El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.”* Y concluye la sentencia citada que *“(…) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron.”*

Así las cosas, este Tribunal considera que como anteriormente se ha argumentado la mesa de contratación debió, pedir aclaraciones sobre las certificaciones ACSA presentadas en su oferta por la entidad HOSPITAL SAN JUAN GRANDE por lo que procede la estimación de la pretensión principal de la recurrente.

SÉPTIMO. La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en el anterior fundamento de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución de adjudicación, de 7 de abril de 2021, con retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de las ofertas para que se proceda en los términos expuestos, con continuación del procedimiento hasta la adjudicación en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL SAN JUAN GRANDE**, contra la resolución del órgano de contratación, de 7 de abril de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía” (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto del lote 2.B.1 Jerez de la Frontera, convocado por la



Consejería de Salud y Familias y, en consecuencia, anular dicho acto para que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 2.B.1 Jerez de la Frontera.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

