

Recurso 341/2022
Resolución 468/2022
Sección tercera

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

Sevilla, 22 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA, S.L.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Prestación del Servicio de Auxiliares de Apoyo en las Aulas de 2ª Ciclo de Infantil en todos los CEIP de la Rinconada.”, (Expte. 10661/2022), promovido por el Ayuntamiento de la Rinconada (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de junio de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 480.000 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento, se encontraba la ahora recurrente.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento de licitación, mediante Resolución de la Alcaldía de 24 de agosto de 2022, se resuelve la adjudicación del contrato, en los términos propuestos por la mesa de contratación a favor de la empresa EULEN, S.A. (en adelante, EULEN).

Con la misma fecha de 24 de agosto de 2022, se publicó en el perfil de contratante la adjudicación del contrato, y se notificó a la entidad adjudicataria y al resto de entidades licitadoras la mencionada resolución.

SEGUNDO. El 8 de septiembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA, S.L. (en adelante, EXTERNA), contra la resolución de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento.

El presente 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. Lo solicitado fue remitido a este Tribunal.

Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido para ello.

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.

En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza, habiendo ésta remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos, por sí o a través de la Diputación Provincial. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto se recurre la adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por lo que, contra el citado acto cabe recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

La resolución de adjudicación del contrato fue publicada en el perfil de contratante el 24 de agosto de 2022 y notificada a la entidad recurrente con esa misma fecha, por lo que el recurso presentado el 8 de septiembre de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

En su recurso, EXTERNA, solicita la anulación de la resolución de adjudicación del contrato y la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas, a fin de que se practique una nueva valoración en la que el órgano de contratación proceda a la corrección de las irregularidades puestas de manifiesto en su escrito de recurso.



En este sentido, la recurrente argumenta que el informe de valoración de las memorias técnicas, emitido en el presente procedimiento, ha incurrido en dos errores en la aplicación de los criterios evaluables mediante juicio de valor previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

El primero de ellos, afirma EXTERNA, está relacionado con la puntuación otorgada al apartado *“Protocolo de sustitución de ausencia”*. Argumenta que en la memoria técnica presentada por EXTERNA se describía *“el procedimiento de gestión de sustituciones comprometiéndose la empresa a disponer de un equipo de retén de dos personas además de una bolsa de sustituciones y a dar inmediata respuesta ante una baja o incidencia imprevista en la forma ahí descrita”*, pese a lo cuál, continúa argumentando la recurrente, se la atribuyó cero puntos en el subapartado *“Dispone de auxiliar retén contratado”*. Considera que tal requerimiento de contratación efectiva no estaba expresamente contemplado en el PCAP, por lo que concluye que: *«el informe de valoración adolece de un evidente error en la valoración de este concreto criterio no pudiendo la mesa imponer de forma arbitraria nuevas exigencias que no estaban contempladas en el pliego, habiendo la empresa contemplado en su memoria técnica un protocolo de actuación para solventar las ausencias de personal no previstas en las que se indica “el modo y el tiempo que se empleará en sustituir al/la auxiliar, así como su comunicación al Ayuntamiento” en los términos especificados en el pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir en la contratación»*.

En segundo lugar la recurrente aduce que se ha producido también una errónea valoración de la memoria técnica respecto al subcriterio correspondiente a formación. En este caso el perjuicio alegado por EXTERNA consiste en que se ha valorado la formación online. Argumenta que el pliego no precisaba en la definición del criterio el modo de impartición de la formación, razón por la cuál no se incluyó tal información en la propuesta y ello pese a que estaba previsto que la formación iba a ser en modalidad online, ya que la empresa subcontratada al efecto imparte la formación telemáticamente; adjunta al escrito de recurso documentación acreditativa de tal extremo.

Por lo expuesto concluye que *“el informe de valoración también adolece de un evidente error en la valoración de este concreto criterio no pudiendo el órgano de contratación imponer, nuevamente, de forma arbitraria nuevas exigencias que no estaban contempladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir en el contrato”*.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A las alegaciones formuladas por la entidad EXTERNA se opone el órgano de contratación en su informe al recurso, al que adjunta informe técnico sobre los motivos del recurso, cuyo contenido ratifica.

Sobre el primero de los motivos del recurso, relativo a la valoración con cero puntos del subapartado *“Dispone de auxiliar retén contratado”*, incluido en el subcriterio *“Protocolo de sustitución de ausencia”*, el informe del órgano de contratación manifiesta lo siguiente: *«En respuesta a este punto, he de señalar que, si bien el protocolo presentado por la empresa recoge la gestión de sustituciones imprevistas y previstas, es escueto en relación con los presentados por otras empresas. En el protocolo no se hace referencia a que disponga de un retén de personal contratado, sino que más bien parece hacer referencia a una bolsa/retén de personas disponibles para ser contratados, habiendo empresas que sí ofertan explícitamente bolsa y “retén de personal contratado”, además de ser protocolos mucho más completos según mi juicio. Por ello considero que no se puede asignar la misma puntuación a una y otras empresas por el simple hecho de presentar un protocolo, sino que considero que hay que estudiar la idoneidad de las medidas que se recogen en él y el contenido que se desarrolla en el mismo de cara a solventar las ausencias de personal, sobre todo de aquellas que son imprevistas y que pueden perjudicar el adecuado desarrollo del servicio, haciendo una comparativa entre los protocolos que ofrecen las distintas empresas y puntuándolos en consecuencia.»*.



En cuanto al segundo motivo de recurso, relativo a la valoración otorgada al plan de formación ofertado por EXTERNA, el informe del órgano de contratación alega que: *«el plan de formación presentado por la empresa es menos completo, ofertando una serie de cursos que considero que son adecuados, aunque en número menor que otros proyectos, sin ofrecer las facilidades de otras empresas para su realización a través de plataformas/educación online, etc. Por ello considero igualmente que no se puede puntuar de la misma forma a una y otras empresas por el simple hecho de presentar un plan de formación, ya que no se trata solo de valorar la mera presentación, sino que también hay que valorar el contenido del plan, el número y tipo de cursos que contiene, la calidad y herramientas del mismo para posibilitar su adecuado desarrollo, lo que redundará en mayor calidad para la prestación del servicio. Por ello, e igual que en el punto anterior, considero que hay que hacer una comparativa entre los Planes de Formación que ofrecen las distintas empresas y puntuarlos en consecuencia. La empresa ha tenido la oportunidad de ofertar en su proyecto formación online y no lo ha hecho, como si lo han reflejado otras empresas en sus propuestas.»*.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

La controversia que el presente recurso plantea se centra en la determinación de si la valoración efectuada por el órgano de contratación respecto de los dos citados subcriterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, se ajustó a las previsiones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o por el contrario, como mantiene la empresa recurrente, la misma supuso la valoración de aspectos o exigencias inicialmente no previstas en los pliegos.

Pues bien, con carácter previo al análisis de los dos motivos alegados por la recurrente, se ha de partir de lo expuesto en los pliegos respecto de los criterios de adjudicación objeto de controversia.

Los criterios sometidos a juicio de valor se regulan en el apartado 17, del Anexo I del PCAP, en los siguientes términos:

“A) Criterios valorados mediante un juicio de valor

1. Criterio técnico: hasta 20 puntos

Este apartado será desarrollado en una memoria de planificación del servicio en la que se considera la organización del servicio en cuanto a planificación diaria y detallada con indicación de horarios y funciones de las actividades básicas a realizar por parte del personal para el correcto desarrollo del servicio.

Se valorará de la siguiente manera:

1) Planificación general del servicio en la que se indique número de auxiliares contratados, sus horarios, sus funciones y organización de actividades: 5 puntos.

2) Medios y herramientas que la empresa pone a disposición del Ayuntamiento para la gestión y el seguimiento del contrato: 5 puntos.

3) Protocolo de actuación para solventar las ausencias de personal no previstas en las que se indique el modo y el tiempo que se empleará en sustituir al/la auxiliar, así como su comunicación al Ayuntamiento: 5 puntos.

4) Plan de formación: 5 puntos.

La documentación acreditativa de este criterio se formalizará en un Proyecto específico debidamente encuadernado y foliado, con número no superior a 15 folios A4 a una sola cara, donde constará en la primera página un índice de su contenido.”

Además y para una mejor comprensión del asunto interesa traer a colación las siguientes actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación de la presente licitación, y relacionadas con la valoración de las ofertas.



Con fecha 2 de agosto se emite informe técnico de valoración de las memorias de planificación del servicio ofertadas por los distintos licitadores. El citado informe incorpora explicación de como se van a distribuir los 20 puntos previstos en el PCAP para la valoración máxima del citado criterio de adjudicación sometido a juicio valor, expresándose en los siguientes términos:

“Se valorará de la siguiente manera:

- *Planificación general del servicio en la que se indique número de auxiliares contratados, sus horarios, sus funciones y organización de actividades: 5 puntos, que han sido repartidos de la siguiente manera:*
 - *Establece el número de auxiliares contratados: 1 punto.*
 - *Establece horarios auxiliares: 1 puntos.*
 - *Establece las funciones de los auxiliares: 1 puntos.*
 - *Establece organización actividades: 1 puntos.*
 - *Establece secuencia horaria de las actividades: 1 punto.*
- *Medios y herramientas que la empresa pone a disposición del Ayuntamiento para la gestión y el seguimiento del contrato: 5 puntos, que han sido repartidos de la siguiente manera:*
 - *Describe los medios y herramientas que pone a disposición del Servicio: 2 puntos.*
 - *Define el procedimiento de implantación del Servicio: 1.5 puntos.*
 - *Define cómo va a supervisar el Servicio: 1.5 puntos*
- *Protocolo de actuación para solventar las ausencias de personal no previstas en las que se indique el modo y el tiempo que se empleará en sustituir al/la auxiliar, así como su comunicación al Ayuntamiento: 5 puntos.*
 - *Establece el modo y tiempo de sustitución, siendo la sustitución dentro del mismo día: 1.25puntos.*
 - *Dispone de call center 24 horas: 1.25 puntos.*
 - *Dispone de bolsa para sustituciones: 1.25 puntos.*
 - *Dispone de auxiliar retén contratado: 1.25 puntos.*
- *Plan de formación: 5 puntos,”*

Cabe señalar que si bien respecto al último de los subcriterios no consta subapartados en el párrafo transcrito en la descripción de la metodología, probablemente por un error de transcripción, lo cierto es que ese subcriterio, al igual que el resto, si contaba con subapartado para su valoración, y ello se constata en la el cuadro de valoración adjunto al informe que contiene una tabla en la que se refleja la puntuación atribuida a cada una de los ofertas presentadas a licitación, y que respecto a los dos criterios objeto de controversia, arroja el siguiente resultado:

	EULEN	BCM	DIMOB	EXTERNA	SAMU	ORIENS	FORMAC. OCIO
PROTOCOLO DE SUSTITUCIÓN DE AUSENCIAS: 5 PUNTOS							
Establece modo y tiempo: 1,25 puntos	1,25	1,25	1,25	1,25	1,25	1,25	0
Dispone de Call Center 24 horas: 1,25 puntos	1,25	1,25	0	1,25	1,25	1	0
Dispone de bolsa de sustituciones: 1,25 puntos	1,25	1,25	1,25	1,25	1,25	1,25	0
Dispone de auxiliar retén contratado: 1,25 puntos	1,25	1,25	0	0	0	0	0
TOTAL CRITERIO	5	5	2,5	3,75	3,75	3,5	0



PLAN DE FORMACIÓN							
Establece propuestas definidas: 2,5 puntos	2,5	2,5	2,5	2,5	0	2,5	0
Ofrece formación online: 2,5 puntos	2,5	2,5	2,5	0	0	0	0
TOTAL CRITERIO	5	5	5	2,5	0	2,5	0

La mesa de contratación en su sesión del 5 de agosto de 2022, tras tener conocimiento del contenido del informe técnico de valoración sobre los criterios basados en juicio de valor, asume el contenido del mismo y procede a la valoración de las ofertas presentadas con el siguiente resultado:

EMPRESA	PUNTUACIÓN CRITERIOS SUBJETIVOS
EULEN S.A.	20
BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L.	20
EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA S.L.	15,25
DIMOBIA SERVICIOS S.L.	16,5
FUNDACIÓN SAMU	12,75
ORIENS GESTIÓN CULTURAL S.C.A.	11,5
FORMACIÓN Y OCIO S.L.	7

A continuación, la mesa de contratación en el curso de la referida sesión procede a la apertura y examen del sobre n.º 3, documentación relativa a los criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de fórmulas, y tras la valoración de los mismos, acuerda la siguiente clasificación de las ofertas:

EMPRESA	PUNTUACIÓN CRITERIOS SUBJETIVOS	PUNTUACIÓN CRITERIOS SUBJETIVOS	PUNTUACIÓN TOTAL
EULEN S.A.	20	78,45	98,45
BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L.	20	76,56	96,56
EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA S.L.	15,25	80	95,25
DIMOBIA SERVICIOS S.L.	16,5	78,23	94,73
FUNDACIÓN SAMU	12,75	74,9	87,65
ORIENS GESTIÓN CULTURAL S.C.A.	11,5	67,8	79,3
FORMACIÓN Y OCIO S.L.	7	66,99	73,99



Y concluye la sesión con el acuerdo de la mesa mediante el que se eleva al órgano de contratación propuesta de adjudicación del contrato a favor de la mercantil EULEN.

De las actuaciones expuestas se constata que en la metodología descrita en el informe de valoración los cuatro subcriterios de adjudicación contenidos en el pliego fueron desglosados en diferentes subapartados a los que se atribuyó una concreta puntuación, y es respecto a dos de los subapartados sobre los que la recurrente manifiesta que el órgano de contratación ha errado en la valoración al ser los mismos ajenos al pliego.

El artículo 145.5 de la LCSP impone con carácter general el conocimiento de los criterios de valoración de las ofertas con carácter previo a su presentación, al efecto dispone: *“Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:*

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.*

De la lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan de manera objetiva y con un grado de concreción suficiente como para poder afirmar que no confieren al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Por ello, el grado de concreción exigible es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa; lo que conllevará, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.

Ese ha sido el sentido de la doctrina reiteradamente establecida por este Tribunal sobre la forma en que los órganos de contratación han de aplicar los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor, así en la Resolución 137/2017, de 30 de junio, decíamos: *“(...) este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas”.*

También hemos indicado, en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, que *“(...) los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.*



En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración”

Al hilo de lo anterior y en relación con la ponderación de los subcriterios que no estaban inicialmente previstos en los pliegos, existe una consolidada doctrina por parte de este Tribunal, con sustento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el sentido de que ello solo es admisible cuando se den las circunstancias señaladas por el citado Tribunal de Justicia, plasmada entre otras en las Resoluciones 125/2015, de 15 de abril, 186/2015 y 187/2015, ambas de 26 de mayo, 133/2017, de 27 de junio y 240/2017 de 13 de noviembre, que citan la Sentencia de 24 de noviembre de 2005 del citado Tribunal de Justicia en el asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros, que señala 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.”*

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia en dicha sentencia admite que, estando el criterio definido y ponderado en el pliego, puedan establecerse subcriterios sin ponderar, permitiendo que sea a posteriori -en la fase de valoración- cuando sea llevada a cabo dicha ponderación. Todo lo anterior, siempre y cuando esos subcriterios estén previamente definidos en el pliego y se haga dentro del margen de puntuación del respectivo criterio.

Asimismo, es necesario hacer mención a la Sentencia del TJUE, de 24 de enero de 2008, en el asunto C-532/06 (Alexandroupulis), en relación con la citada Sentencia de 24 de noviembre de 2005 -asunto C-331/04 -ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros-, que concluye que *“El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación”.*

Esta aparente adopción de una doctrina más restrictiva por parte del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 24 de enero de 2008 (Alexandroupulis), fue resuelta por dicho Órgano en la propia sentencia (apartados 41 a 44). En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indicó, en la Resolución 389/2014, de 19 de mayo, que *“los supuestos de hecho examinados en las dos sentencias citadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son parecidos pero no totalmente coincidentes; así, en la Sentencia de 24 de enero de 2008 (asunto Alexandroupulis), el anuncio de licitación contenía únicamente los criterios de adjudicación, procediendo la Mesa a*



determinar tanto los coeficientes de ponderación de esos criterios como los subcriterios de valoración, todo ello con posterioridad a la presentación de las ofertas. En la sentencia de 24 de noviembre de 2005 (asunto ATI EAC), tanto los criterios de adjudicación como sus coeficientes de ponderación y los subcriterios de aquéllos estaban previamente fijados en el pliego de condiciones, estableciendo la Mesa a posteriori sólo los coeficientes de ponderación de los subcriterios. Se trata de dos supuestos de hecho diferentes, de ahí que en principio parezca que en la sentencia de 24 de enero de 2008 (Alexandroupulis) el Tribunal de Justicia adopte una doctrina más restrictiva pero en realidad no lo haga, al dejar expresamente a salvo la doctrina de la sentencia de 24 de noviembre de 2005, referida a un supuesto en el que los Pliegos recogían con un mayor grado de detalle las pautas (los criterios de valoración y su ponderación, y los subcriterios de aquéllos) aplicables para decidir la adjudicación. En este último supuesto, se insiste, el TJUE admite con ciertas condiciones que la Mesa de Contratación efectúe a posteriori un reparto de los puntos asignados a cada subcriterio, esto es, que fije a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios previstos en los Pliegos.”

Sobre la presente cuestión también tuvo ocasión de pronunciarse el el TJUE en su Sentencia de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, que concluye que *“El artículo 53, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en relación con el principio de igualdad de trato y con la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un contrato de servicios haya de adjudicarse según el criterio de la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, este último no estará obligado a comunicar a los posibles licitadores, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones relativos al contrato de que se trate, el método de valoración aplicado por el poder adjudicador para evaluar y clasificar concretamente las ofertas. En cambio, dicho método no podrá tener como efecto alterar los criterios de adjudicación y su ponderación relativa”*.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, conduce a las siguientes consideraciones. Como anteriormente se expuso el pliego en el apartado 17 del Anexo I del PCAP, al regular el criterio sometido a juicio valor, preveía expresamente la distribución de la puntuación máxima en cuatro subcriterios, es el informe de valoración el que a la hora de evaluar las propuestas subdivide cada uno de los subcriterios en diferentes subapartados a los que atribuye una concreta puntuación. De los subapartados entre los que distribuye la puntuación máxima de 20 puntos, dos son los que han generado la controversia y que son los relativos a disponer de auxiliar retén contratado, circunstancia que se puntúa con 1,25 puntos y ofrecer formación online, a lo que se atribuye 2,5 puntos del total de 5 puntos correspondiente al subcriterio de formación.

Por tanto la primera conclusión que se obtiene de lo expuesto es que ambos subapartados han supuesto una redefinición llevada a cabo en el momento de valoración de las propuesta de los subcriterios contenidos en el PCAP, pero es que además en ambos supuestos, en efecto y como manifiesta la recurrente, se contienen exigencias que van más allá de lo inicialmente requerido en el clausulado del pliego.

De acuerdo con el tenor de la descripción dada por el pliego al protocolo de ausencias de personal no previstas, lo que debe evaluarse es, que en el misma se indique *“el modo y el tiempo que se empleará en sustituir al/la auxiliar, así como su comunicación al Ayuntamiento”*, entre los subapartados utilizados en el momento de la valoración se puntuó disponer de bolsa para sustituciones, aspecto que fue ofertado por la recurrente, y además se valoró disponer de auxiliar retén contratado, extremo al que se otorgaba 1,25 puntos. Pues bien este Tribunal considera que al puntuar -para el caso de la empresa adjudicataria, y en el de la empresa GRUPO BCM-, la circunstancia de disponer efectivamente de auxiliar retén contratado, el órgano de contratación ha excedido los términos en que se encuentra configurado este subcriterio en el PCAP, más allá de la interpretación razonable de



aquéllos, que se limitan a prever la valoración de un protocolo de actuación para solventar las ausencias de personal no previstas, conceptos que no cabe deducir, de forma lógica, que se extiendan a la contratación efectiva de auxiliar, pareciendo suficiente el contar con una bolsa para sustituciones.

En cuanto al subcriterio plan de formación el informe contempla dos subapartados: establecer propuestas definidas y ofrecer formación online. Cabe subrayar que del total de los 5 puntos que se atribuye al subcriterio en fase de valoración el cincuenta por ciento de la misma se otorga al hecho de ofrecer formación online, ponderación que parece del todo desproporcionada no sólo por la alta puntuación que ello conlleva, sino porque en la actualidad tal modo de impartición se ha convertido en el sistema habitual y común de impartición de la formación, por lo que no resulta ni previsible ni razonable tan alta ponderación. Con esta actuación el órgano de contratación ha introducido un factor de valoración no previsto, que es evidente que de haber sido conocido por las empresas interesadas en el momento de preparar sus proposiciones, como expresamente pone de manifiesto la recurrente, hubiera podido influir en el contenido de éstas, al haber tenido la posibilidad de añadir a su plan de formación tal modalidad de impartición.

Si para el órgano de contratación eran elementos a valorar para la adjudicación del contrato el hecho de que la empresa contara con un retén contratado o que la formación se impartiese telemáticamente, debió hacer constar tales extremos en la definición del subcriterio, pero no habiendo realizado tal concreción no puede hacer uso de tales subcriterios, dado que tal falta de previsión en la definición del criterio supone una vulneración de los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia que han de regir la contratación pública.

Sin que afecte a tal conclusión las alegaciones contenidas en el informe del órgano de contratación al recurso en el que se defiende en términos genéricos la mayor calidad de la oferta presentada por la empresa adjudicataria frente a la de la recurrente, en algunos casos en términos incoherentes incluso con las valoraciones otorgadas en la propia tabla de valoración, y ello al afirmar que el plan de formación presentado por la empresa recurrente presenta menor oferta formativa que otros, pese a lo cuál se puede comprobar que se le otorga la máxima puntuación, 2,5 puntos, en el subapartado de ofertas formativas propuestas. Pero al margen de tal observación, se ha de poner de manifiesto respecto a las alegaciones formuladas en el informe del órgano de contratación, que la controversia a resolver por este Tribunal no atiende a que resulte más útil, conveniente u operativo, para el órgano de contratación, que la empresa licitadora haya incorporado a su oferta un retén contratado o que la formación se impartiese online, circunstancias que a juicio del técnico valorador otorga una mayor calidad a la oferta adjudicataria, el objeto de la controversia a resolver por este Tribunal se circunscribe a la cuestión de si era conforme a Derecho que los referidos subapartados sirvieran de base para la asignación por la mesa de contratación de una determinada puntuación, que además ha devenido determinante en la adjudicación del contrato, y ello tomando en consideración la descripción contenida en el pliego respecto a los citados subcriterios de adjudicación, de modo que si aquella descripción, no pudiera amparar la mencionada valoración, como es el caso, la impugnación de la adjudicación ha de estimarse, al margen de las bondades que la oferta adjudicataria conlleve para la Administración contratante, que en tal caso debió haber explicitado sus exigencias cuando estableció en el pliego los requerimientos a evaluar en estos dos subcriterios de valoración.

En suma, en el caso que nos ocupa, el órgano de contratación ha valorado factores -auxiliar retén contratado con 1,25 puntos, y ofrecer formación online con 2,5 puntos-, que no se encontraban previstos en la descripción de ninguno de los dos subcriterios de adjudicación en cuestión, ni podía inferirse de modo razonable, por lo que su valoración ha supuesto una vulneración de los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia que han de regir la contratación pública.



Por todo lo expuesto se estima el motivo del recurso y en consecuencia se anula la valoración realizada por la mesa de contratación así como la adjudicación del contrato.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación del recurso.

En cuanto a los efectos de la anulación acordada, cabe reseñar que la mercantil EXTERNA en su escrito de interposición solicita que tras la estimación del recurso interpuesto se acuerde una nueva valoración de la proposición técnica por ella presentada. Pues bien, en el supuesto examinado no resulta viable una nueva valoración de la memoria sujeta a juicio de valor, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de las licitadoras, por lo que una nueva valoración supondría una infracción de las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, que constituyen el objetivo primordial perseguido por los artículos 146.2 de la LCSP cuando dispone en su párrafo segundo que *“En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”*, y por el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que determina que *«La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos»*, estableciendo un procedimiento de valoración de la oferta en dos momentos separados, valorando en primer lugar, las ofertas conforme a los criterios sujetos a juicio de valor y, en segundo lugar, conforme a los criterios de valoración automáticos.

En consecuencia, en el presente supuesto y al no quedar garantizada la imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa, la consecuencia inevitable es la declaración de nulidad de todo el procedimiento de licitación, lo cual no impedirá la iniciación por el órgano de contratación de un nuevo procedimiento de adjudicación, si así lo estima necesario.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EXTERNA SERVICIOS GENERALES DE EMPRESA, S.L.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Prestación del Servicio de Auxiliares de Apoyo en las Aulas de 2ª Ciclo de Infantil en todos los CEIP de la Rinconada.”, (Expte. 10661/2022), promovido por el Ayuntamiento de la Rinconada (Sevilla) y en consecuencia, anular el acto impugnado y la licitación promovida de acuerdo con lo expuesto 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.

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.

CUARTO Notificar 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.

