

Barcelona, 28 de novembre de 2019

Resolució: 364/2019 (recurs N-2019-239)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor P.A.M. en nom i representació de l'empresa ASEM VISIONES COMPETITIVAS, SLU contra l'adjudicació del contracte del servei de prevenció aliè, incloent la vigilància de la salut i la coordinació d'activitats empresarials del CONSORCI PARC DE RECERCA BIOMÈDICA DE BARCELONA (expedient 6/2019), a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER. En data 31 de maig de 2019, el CONSORCI PARC DE RECERCA BIOMÈDICA DE BARCELONA (d'ara endavant, CPRB o el Consorci) va adjudicar el contracte de referència a favor de la proposició formulada per l'empresa PREVENCONTROL, SA (en endavant, PREVENCONTROL).

Aquest contracte es va licitar amb un valor estimat de 257.491,33 euros, sense divisió en lots.

La mateixa resolució va establir l'ordre de classificació de les empreses licitadores: PREVENCONTROL amb 90,94 punts i ASEM VISIONES COMPETITIVAS, SL (ASEM, en endavant) amb 89,50 punts.

Consta en l'expedient tramès que la resolució d'adjudicació es va notificar a l'empres ASEM mitjançant correu ordinari en data 31 de maig de 2019. En aquella mateixa data en va publicar en el perfil de contractant.

SEGON. En data 17 de juny de 2019, ASEM va presentar davant el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) recurs especial en matèria de contractació

contra l'esmentada adjudicació, sobre la base de la discrepància en la valoració de determinats criteris subjectes a judici de valor i del criteri automàtic relatiu a la distància entre l'edifici (Parc d'Investigació Biomèdica de Barcelona, en endavant PRBB) i el centre de revisions mèdiques.

Per tot això, ASEM sol·licita que es deixi sense efecte l'adjudicació impugnada, amb suspensió del procediment de contractació. Mitjançant altressí manifesta la seva voluntat expressa de complir amb tots i cadascun dels requisits exigits per a la validesa dels actes administratiu, i si per qualsevol circumstància s'hagués incorregut en algun defecte, ofereix des d'aquest moment la seva esmena de forma immediata i a requeriment d'aquest.

TERCER. En data 18 de juny de 2019, la Secretaria Tècnica del Tribunal va comunicar el recurs a l'òrgan de contractació i va sol·licitar-li la remissió de l'expedient de contractació i l'informe corresponent, d'acord amb l'article 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), l'article 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (Decret 221/2013), i els preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (RD 814/2015).

QUART. L'expedient de contractació i l'informe corresponent van tenir entrada al Tribunal el 20 de juliol de 2019.

CINQUÈ. Obert el període d'al·legacions a les parts interessades, d'acord amb les dades facilitades per l'òrgan de contractació, dins de termini va fer ús del tràmit l'empresa adjudicatària, PREVENCONTROL oposant-se al recurs d'ASEM sobre la base de la correcta valoració dels criteris i, en concret, respecte dels sotmesos a judici de valor, la impugnació selectiva de determinats criteris que afavoreixen l'oferta de PREVENCONTROL mentre que menysté aspectes que afavoreixen la seva oferta.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER. Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, d'acord amb l'article 46 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

SEGON. Segons la informació proporcionada pel propi òrgan de contractació, el CPRBB és una entitat de dret públic integrada per la Generalitat de Catalunya, l'Ajuntament de Barcelona i la Universitat Pompeu Fabra, que té personalitat jurídica pròpia i independent de la dels seus membres i plena capacitat d'obrar per al compliment de les seves finalitats específiques.

Atesa la configuració de l'entitat contractant i el valor estimat del contracte, es conclou que el contracte de serveis de referència és susceptible del recurs especial en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

TERCER. El recurs s'interposa contra l'adjudicació del contracte, que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació segons l'article 44.2 c) de la LCSP.

D'acord amb això, la interposició del recurs produeix *ope legis* l'efecte suspensió de l'acte d'adjudicació impugnat, sense que calgui cap pronunciament exprés per part d'aquest Tribunal, de conformitat amb el previst en l'article 53 de la LCSP.

QUART. El recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils que estableix l'article 50.1 de la LCSP. També s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

CINQUÈ. L'empresa ASEM està legitimada per interposar el recurs als efectes dels articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013, atès que la diferència entre ambdues empreses

licitadora en tan sols d'1,44 punts. La representació de SECURITAS també ha quedat acreditada per actuar en aquest procediment de recurs, de conformitat amb l'article 51.1 a) de la LCSP.

SISÈ. Amb caràcter previ, tractant-se d'analitzar si l'oferta de l'empresa adjudicatària compleix els requisits tècnics establerts als plecs que regeixen la licitació de referència, aquest Tribunal es veu amb la necessitat de recordar, una vegada més, que la seva funció no és fiscalitzadora, qualificadora de documentació, valorativa d'ofertes ni adjudicadora del contracte, funcions que corresponen únicament a l'òrgan de contractació. La funció d'aquest Tribunal és estrictament revisora dels actes impugnats per tal de determinar si amb ells s'ha respectat la normativa, els principis de la contractació pública i els plecs que va aprovar l'òrgan de contractació per regir el procediment de contractació, les normes de procediment i la motivació dels actes, així com l'exactitud material dels fets i la inexistència d'error manifest d'apreciació o de desviació de poder (entre moltes d'altres, les resolucions 355/2019, 342/2019, 310/2019, 303/2019, 270/2019, 260/2019, 240/2019, 202/2019, 174/2019, 166/2019, 162/2019, 141/2019, 130/2019, 241/2018, 233/2018, 183/2018, 128/2018, 102/2018, 82/2018, 21/2018, 15/2018, 14/2018, 170/2017; Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea -TJUE- de 23 de novembre de 1978, *Agence européenne d'intérims/Comissió*, 56/77, Rec. P. 2215, apartat 20; sentències del Tribunal General de la Unió Europea -TGUE- de 24 de febrer de 2000, *ADT Projekt/Comissió*, T-145/98, Rec. P. II-387, apartat 147, de 6 de juliol de 2005, *TQ3 Travel Solutions Belgium/Comissió*, T-148/04, Rec. P. II-2627, apartat 47, i de 9 de setembre de 2009, *Brink's Security Luxembourg S.A.*, apartat 193).

La funció revisora del Tribunal impedeix que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació i dels òrgans d'assessorament que intervenen en el procediment de contractació, que són els competents per apreciar les característiques tècniques de les propostes licitadores, valorar-les ofertes i dictar els actes i emetre els judicis tècnics corresponents en el decurs del procediment. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical per l'article 39.1 de la LCSP.

Així, d'existir els esmentats vicis o incompliments en els actes impugnats, d'acord amb l'article 57 de la LCSP aquest Tribunal ha de procedir a anul·lar l'acte o actes afectats i ordenar

retrotraure les actuacions al moment anterior al moment en què el vici es va produir, però sense que pugui substituir la competència dels òrgans de contractació, que són els competents per dictar els actes corresponents en el decurs del procediment de contractació i gestionar els serveis de què són titulars. Altrament, s'estaria davant un supòsit d'incompetència material sancionada amb nul·litat radical ex article 47.1.b) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

De la mateixa manera, aquest Tribunal no és tampoc un òrgan fiscalitzador i queda limitat per les al·legacions de les parts i el *petitum* de la recurrent, amb el topall de les exigències del principi de congruència i la prohibició de l'anomenada *reformatio in peius*, com no pot ser d'una altra manera, de conformitat amb l'esmentat article 57 de la LCSP i l'article 26.1 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, esmentat. D'acord amb això, el Tribunal no pot entrar ara a dirimir una qüestió no plantejada per les parts i que ha exposat l'òrgan de contractació en fase de resposta al recurs, això és, que en obrir el sobre C la mesa de contractació ja tenia coneixement previ d'una informació relativa a les ofertes que, *a priori*, havia de ser coneguda en aquell moment perquè era susceptible de valoració automàtica, però que, per afavorir la màxima concurrència, va considerar preferible admetre ambdues ofertes.

SETÈ. Entrant en el fons de l'assumpte, en primer lloc, pertoca analitzar si els criteris subjectes a judici de valor controvertits han estat correctament valorats per part de l'òrgan de contractació.

Per una banda, ASEM qüestiona la valoració de cinc criteris subjectes a judici de valor des del punt de vista, bàsicament, de la proporcionalitat de les puntuacions i la possible existència de greuges comparatius en les puntuacions atorgades:

I. "*Proposta de Pla de Vigilància de la salut*" (8 punts): afirma que no està d'acord que mentre que la seva oferta es va valorar com "*molt detallada*" i es valora les seves possibles analítiques i vacunacions del personal d'estabulari, obtingui 6 punts; mentre que a PREVENCONTROL, a la qual es valora també de manera "*molt detallada*", se li valori positivament els dos aspectes amb 8 punts. Fonamenta aquesta discrepància sobre dues afirmacions: ASEM també disposa d'una unitat mòbil per a realitzar els reconeixements mèdics al PRBB i ho oferiria en el cas que ho sol·licités el PRBB, però donada la proximitat del centre propi d'ASEM (450 metres a

peu) afirma que no tenia molt sentit oferir-lo al constar en el PPT que els reconeixements mèdics hauran de realitzar-se en un centre de salut propi de l'empresa adjudicatària, i perquè el fet de coordinar les dades epidemiològiques amb la resta de centres si es respecte a la resta de centres de PRBB, no suposa, al seu parer, cap millora respecte a la proposta d'ASEM i si es va referència a la resta d'empreses del PRBB requereix de la disposició de tota la informació epidemiològica de totes les empreses del parc, cosa que no es possible ni factible per protecció de dades.

Al respecte, l'òrgan de contractació, partint de la discrecionalitat tècnica de què disposa, sosté que ASEM no va incloure les unitats mòbils a la seva oferta, i que no coneix la realitat de l'edifici de PRBB en diferència entre "resta de centres" i "resta d'empreses" en el recurs, mentre que PREVENCONTROL va adequar la seva oferta a les necessitats específiques del consorci en aquest punt, sense que ASEMM esmentés res al respecte.

El punt 2.1 del Quadre de Característiques (QC) del PCAP fixa entre d'altres criteris, el relatiu a la "*Proposta del Pla de Vigilància de la Salut*" amb 8 punts. Mentre que a la valoració tècnica efectuada en data 9 de maig de 2019, la valoració, va ser la següent per ASEM:

ASEM VISIONES COMPETITIVAS:

1. Proposta de Pla de Vigilància de la salut: 8 punts

L'empresa fa una explicació molt detallada sobre el pla de vigilància de la salut proposat, incloent els valors de les analítiques proposades i estudis epidemiològics. Es valora positivament el fet que es parli de forma particular sobre les possibles analítiques d'al·lèrgens i vacunes al personal de l'estabulari en cas que l'acreditació AALAC així ho suggereixi.

Puntuació proposada: 6 punts.

i per PREVENCONTROL:

1. Proposta de Pla de Vigilància de la salut: 8 punts

L'empresa fa una explicació molt detallada sobre el pla de vigilància de la salut proposat. Es valora molt positivament la proposta de coordinar les dades d'epidemiologia amb la resta de centres, molt en la línia desitjada de millorar la integració de la prevenció en totes les relacions del CPRBB. També es posa molt en valor la disponibilitat d'una unitat mòbil per dur a terme els reconeixements mèdics al PRBB.

Puntuació proposada: 8 punts.

II. “Proposta de Pla de Prevenció Tècnica” (8 punts). ASEM retreu que mentre que la seva proposta es valora com molt adequada a les necessitats del PRBB però no detalla de manera suficient el Pla de Prevenció i que se li puntua amb 5 punts, a PREVENCONTROL també consta valorada com a molt detallada però no indica si la seva proposta s'adequa a les necessitats requerides tot i que detalla la implantació del pla. Per tot això, sosté que no resulta raonable que a PREVENCONTROL se li atorguin 3 punts més.

L'òrgan de contractació explica que la diferència de 3 punts obeeix al fet que PREVENCONTROL presenta una metodologia d'implantació del Pla de Prevenció molt detallada, preveient una pre-auditoria i successives fases d'implantació el contingut de les quals s'especifica i concreta, mentre que ASEM no detalla aquest Pla.

El criteri controvertit previst al punt 2.2 del QC és “Proposta de Pla de Prevenció Tècnica” 8 punts.

I la valoració de l'empresa ASEM va ser:

2. Proposta de Pla de Prevenció tècnica : 8 punts

En aquest apartat, l'empresa detalla de forma molt clara els objectius del pla de prevenció, el contingut del qual es considera adient per les necessitats del CPRBB, doncs es demostra la sensibilització amb els objectius descrits als plecs. S'intueix la proposta de pla de prevenció però no s'exposa una proposta clara i detallada del pla de prevenció així com del seu contingut.

Puntuació proposada: 5 punts.

Mentre que la de PREVENCONTROL:

2. Proposta de Pla de Prevenció tècnica: 8 punts

Es presenta una descripció detallada del pla de prevenció proposat així com el seu contingut. Es valora molt positivament el fet d'explicar la metodologia d'implantació del pla de prevenció així com l'explicació sobre les fases de la proposta d'auditoria inicial que dona coherència al conjunt.

Puntuació proposada: 8 punts.

III. “Gestió sobre protocols mèdics i informació al PRBB” (2 punts). La part actora sosté que si bé ASEM no va ser valorada perquè no va presentar la seva Interface ni utilitats tot i explicar que el realitza mitjançant l'aplicació “VS-Protocols”, i que PREVENCONTROL presenta la Interface del seu sistema “SmartOSH” i que es valora molt positivament, no està conforme amb aquesta puntuació perquè:

- ASEM presenta com a annex el document “Annex II- Protocols mèdics IPROMES” que mostra els protocols d'aplicació adaptats a l'empresa en funció dels seus riscos i que permet tenir la informació actualitzada dels protocols mèdic aplicats en cada cas que resulta ser l'objectiu d'aquest criteri.
- El fet que hi hagi una Interface de PREVENCONTROL que permeti tancar hores de revisió mitjançant l'aplicació compartida és una “utilitat” que ASEM també ofereix des de la seva intranet i que, a més, no té relació amb el criteri valorat –protocols mèdics- sinó a la forma de sol·licitar les cites dels reconeixements mèdics, qüestió que no és objecte de valoració en aquest criteri.
- Si bé en aquest criteri no es valora a ASEM per no detallar les utilitats, en un altre –apartat 15- se li atorga en a PREVENCONTROL 0,5 punts –el 50%, fet que demostra un greuge comparatiu en el criteri de valoració inadmissible.

L'òrgan de contractació afirma que PREVENCONTROL ofereix i detalla l'eina de gestió, la interfície de gestió, mentre que ASEM esmenta una aplicació VS-Protocols, sense donar cap informació sobre el seu funcionament i en el seu escrit de recurs indica que si bé ho ofereix des de la seva intranet, la possibilitat de tancar hores de revisió, no s'indica ni es detalla a la seva oferta. Respecte a la manifestació que aquest aspecte no té relació amb el criteri valorat, quan la forma de sol·licitar les cites és clarament una forma de gestió, retreu que no es pot admetre.

El criteri previst al punt 2.8 “*Gestió sobre protocols mèdics i informació al PRBB*” té una puntuació de 2 punts.

Mentre que la valoració tècnica d’ASEM va ser:

8. Gestió sobre protocols mèdics i informació al PRBB: 2 punts

L’empresa proposa per a la gestió dels protocols mèdics i informació l’eina VS-Protocols però no presenta la seva Interface ni utilitats, pel que no es pot valorar.

Puntuació proposada: 0 punts.

I la de PREVENCONTROL:

8. Gestió sobre protocols mèdics i informació al PRBB: 2 punts

L’empresa proposa una programació anual i presenta el contingut de la mateixa així com la Interface del sistema SmartOSH per a la gestió de la documentació. Es valora molt positivament la possibilitat de tancar les hores de revisió mitjançant l’aplicació compartida.

Puntuació proposada: 2 punts.

IV. “*Proposta de flux d’informació per mantenir el PAU actualitzat*” (puntuació màxima 2). ASEM retreu la diferència de puntuació entre la seva proposta –perquè no fa cap proposta per a canalitzar la informació- i de la PREVENCONTROL –presenta de forma molt detallada el flux d’informació tant mitjançant la presència del tècnic com mitjançant altres formats de comunicació-, sobre la base que:

- Entra en un greu greuge comparatiu com l’indicat en l’anterior criteri.
- La presència del tècnic assignat al servei en els termes expressats en la visita realitzada, garanteix ja totalment el flux d’informació per mantenir el PAU actualitzat. Per tant, no és comprensible que s’estimi aquest aspecte en un licitador i no en l’altre.

L’òrgan de contractació manifesta que la proposta d’ASEM consisteix en mantenir el PAU actualitzat si no hi ha canvis, i no hi ha cap proposta pel que fa al flux d’informació, limitant-se a indicar ara, en l’escrit del recurs, que es portarà a terme únicament a través del personal

tècnic que assigni al PRBB, sense afegir cap altra informació, mentre que PREVENCONTROL indica que actualitzarà sempre que hi hagi canvis –a diferència de la recurrent- i descriu amb tot detall el flux d'informació proposat que va molt més enllà de la presència del personal tècnic de PREVENCONTROL a l'edifici que és principalment l'objecte a valorar en aquest criteri.

I la valoració tècnica d'ASEM va ser:

13. Proposta flux d'informació per a mantenir el PAU actualitzat: 2 punts

Es deixa palès el compromís de l'empresa envers el manteniment de la informació del PAU però no es fa cap proposta de com canalitzar la informació perquè arribi al tècnic de PRL i pugui actualitzar els diferents documents. Per exemple, quan hi ha un canvi de un dels Responsables d'Emergència dels centres.

Puntuació proposada: 0 punts.

Mentre que la de PREVENCONTROL:

13. Proposta flux d'informació per a mantenir el PAU actualitzat: 2 punts

L'empresa presenta de forma molt detallada la seva proposta en quant a la organització del flux d'informació per tal de mantenir tota la documentació del PAU actualitzada, tant mitjançant la presència del tècnic així com d'altres formats de comunicació.

Puntuació proposada: 2 punts.

V. “*Protocol d'assetjament*” (1 punt). La part actora discrepa amb la puntuació atorgada ja que si bé ella obté el punt perquè fa una descripció molt detallada de la seva metodologia i implantació, PREVENCONTROL obté 0,5 punts i tant sols diu que hi ha el compromís de realitzar-lo sense donar cap detall ni cap característica específica. De manera que existeix en aquest punt, un altre greuge comparatiu.

L'òrgan de contractació defensa la puntuació atorgada de manera que s'atribueix la màxima puntuació a la recurrent perquè es la més detallada i a PREVENCONTROL la meitat de la puntuació perquè si bé no detalla les característiques específiques, sí que esmenta que l'empresa proporcionarà l'assessorament necessari per tal de garantir-ne la correcta implantació i el seu seguiment

I la valoració tècnica d'ASEM va ser:

15. Protocol d'assetjament: 1 punt

S'explica detalladament una proposta de protocol d'assetjament així com la seva metodologia i implantació considerant-lo molt adient.

Puntuació proposada: 1 punt.

I la de PREVENCONTROL:

15. Protocol d'assetjament: 1 punt

L'empresa es compromet a confeccionar i implementar un protocol d'assetjament però no en detalla cap característica específica.

Puntuació proposada: 0,5 punts.

NOVÈ. Exposades les postures de totes les parts, i de l'examen dels criteris controvertits, aquest Tribunal constata que la *litis* es focalitza, fonamentalment, en l'anàlisi de la proporcionalitat i adequació de les puntuacions atorgades a ambdues empreses atesos els comentaris que consten en l'informe tècnic de data 9 de maig de 2019.

Al respecte, abans d'abordar el detall dels aspectes concrets de la valoració de la proposta d'ASEM respecte als criteris controvertits, cal tenir en compte diferents aspectes clau d'aquesta licitació que decanten el pronunciament d'aquest Tribunal. En primer lloc, cal destacar que la redacció dels criteris subjectes a judici de valor era molt àmplia i no detallava què es tindria en compte de cada extrem:

2. Criteris vinculats a l'objecte del contracte avaluables d'acord amb un judici de valor: 50 punts.

2.1 Proposta de Pla de Vigilància de la salut	8 punts
2.2 Proposta de Pla de Prevenció tècnica	8 punts
2.3 Característiques de la plataforma informàtica per a la CAE cedida al PRBB	5 punts
2.4 Característiques de l'eina informàtica per a la gestió de PRL cedida al PRBB	3 punts
2.5 Avaluacions específiques ergonòmiques: tipologia i característiques de les eines pròpies de valoració ergonòmica "in situ"	3 punts
2.6 Plataforma informàtica (web) per consultar la informació on-line (avaluacions, fitxes de riscos, planificació d'activitats, documents tècnics, documents mèdics,...)	3 punts
2.7 Personal assignat al contracte i experiència en el sector de la recerca	2 punts
2.8 Gestió sobre protocols mèdics i informació al PRBB	2 punts
2.9 Procediment de realització dels reconeixements mèdics	2 punts

2.10	Característiques de l'informe de reconeixement mèdics	2 punts
2.11	Activitats de promoció de la salut	2 punts
2.12	Avaluació específica de riscos psicosocials	2 punts
2.13	Proposta flux d'informació per a mantenir el PAU actualitzat	2 punts
2.14	Avaluacions específiques higièniques: equips i metodologies	2 punts
2.15	Protocol d'assetjament	1 punt
2.16	Anàlisi de les condicions de treball possibles generadores de situacions que afavoreixin l'aparició del síndrome de lipoatròfia semicircular	1 punt
2.17	Proposta d'activitats formatives	1 punt
2.18	Informació sobre riscos i mesures preventives	1 punt

Al respecte, val a dir que la doctrina dels tribunals resolutoris dels recursos especials en matèria de contractació ha anat assenyalant que la determinació de les regles de ponderació dels criteris d'adjudicació i les millores han de permetre als licitadors conèixer inicialment quines són les regles precises que regeixen la valoració de les seves ofertes, sense que resultin admissibles criteris oberts i imprecisos que deixen llibertat als tècnics i a la mesa de contractació a l'hora de les seva concreció en el procés de valoració de les ofertes (en aquest sentit, per tots Acord 7/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón – TACPA-, Resolució 132/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC- 132/2015 i Resolució 16/2018 de l'Órgano de Recursos Contractuales de Euskadi). I si bé en aquest supòsit aquesta redacció va ser admesa per totes les parts i va esdevenir la *lex inter partes*, el cert és que un plantejament excessivament ampli dificulta

extraordinàriament la completeness i l'adequació de la motivació de la valoració que atribueixi *ex post* seguint amb els límits fixats per la doctrina (per totes, la recent Resolució 355/2019).

I, en segon lloc, la motivació que consta en l'informe tècnic de valoració tècnica si bé fa referència a determinats aspectes que, s'entén, han estat clau en la valoració de les proposicions, i que sembla que la proposició de PREVENCONTROL resulta més completa en determinats criteris, el cert és que no consta d'on surten les puntuacions atorgades i què mètode s'ha seguit, el per què determinats aspectes tenen una importància tal com per donar aquella puntuació. I aquests extrems són clau en aquesta licitació en la qual només separen 1,44 punts a les dues empreses licitadores que s'han presentat (en el sentit exposat en les resolucions 95/2018, 147/2017, 6/2017, 161/2016, 134/2016, 125/2016, 98/2016, 82/2016, 201/2015 i 123/2015, entre d'altres). Tampoc en l'informe de l'article 56 de la LCSP, l'òrgan de contractació aconseguix explicar com s'ha valorat i atribuït els diferents punts, explicació però, que en tot cas, hauria d'haver estat prèvia per tal que ASEM la conegués i pogués haver-la tingut en compte a l'hora de preparar el seu recurs.

Tret d'alguna consideració parcial i subjectiva de la part actora, o d'al·legacions basades en condicionants (en el criteri 1: ella disposa d'una unitat mòbil i ho oferiria si l'òrgan de contractació ho hagués sol·licitat, o la millora que suposa la coordinació de les dades epidemiològiques) que apunten a la possible addició de subcriteris en la valoració, la resta d'al·legacions giren al voltant de la manca d'explicació i exteriorització de l'informe de valoració de les puntuacions que fan qüestionar la proporcionalitat donada.

En efecte, de l'estudi de l'informe tècnic controvertit, aquest òrgan resolutori no aconseguix conèixer els motius i les raons concretes que justifiquen l'assignació de la puntuació qüestionada en els criteris, i si bé en termes generals es pot predicar una major determinació i concreció de la proposició presentada per PREVENCONTROL que justificaria una major puntuació en un escenari de determinació prèvia dels elements fonamentals a valorar, la conseqüència de l'absència de paràmetres quantitatius i de la necessària explicació del mètode emprat en la valoració dels criteris d'adjudicació, juntament amb la redacció excessivament àmplia dels criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor -com ja s'ha tingut ocasió de destacar-, impedeix la revisió de la puntuació controvertida. De l'anàlisi de l'informe tècnic queden paleses les descripcions de les proposicions de les empreses licitadores i la conclusió que la millor oferta en conjunt és la de l'empresa PREVENCONTROL, aspectes que

aquest Tribunal no qüestiona ni pot substituir els coneixements i expertesa de l'òrgan de contractació en la valoració tècnica d'aquests extrems.

Ara bé, el que sí s'ha de posar en relleu, és la manca d'explicació de determinats extrems cabdals per tal que aquest Tribunal revisi aquella valoració, com són: de les diferents puntuacions; com s'ha valorat cadascun dels extrems de les proposicions de les empreses licitadores i, en especial, les motivacions de les valoracions de les dues empreses licitadores (així, entre d'altres, en el criteri 1 a ASEM i a PREVENCONTROL es valora que les dues proposicions són "molt detallades", a més es fa constar que la recurrent inclou valors de les analítiques proposades i estudis epidemiològics, i se li valora positivament que faci referència a les possibles analítiques d'al·lèrgens i vacunes al personal de l'estabulari, i se li puntua amb 6 punts; mentre que a PREVENCONTROL consta que es valora molt positivament la proposta de coordinar les dades d'epidemiologia amb la resta de centres, i la disponibilitat d'una unitat mòbil, i per això se la valora amb 8 punts); així com els extrems que l'òrgan de contractació ha considerat que són aspectes neutres no mereixedors de cap puntuació o, en el seu cas, si es van valorar de manera negativa, és a dir, què va suposar una deducció en la puntuació per tal de comprovar si és proporcional (com succeeix en el cas de la proposició de l'empresa recurrent en els criteris 1, 3 i 8). Tots aquests aspectes són clau per al resultat de la licitació, atesa la poca diferència -1,44 punts- que separa les dues empreses licitadores i que han determinat l'assignació de les puntuacions controvertides.

En aquest sentit, cal recordar que, tal com està abastament assentat a la doctrina i la jurisprudència i aquest Tribunal ha manifestat en nombroses resolucions (per totes, resolucions núm. 95/2018, 129/2017, 118/2017 i 116/2017 que recullen la doctrina fixada en resolucions anteriors), l'administració disposa d'un cert nivell de discrecionalitat en l'apreciació de les qüestions de caràcter tècnic que no són controlables des del punt de vista jurídic. Això no significa que en els assumptes de caràcter tècnic no es pugui anar més enllà per determinar si s'han conculcat principis bàsics de la contractació pública. El Tribunal no pot entrar a substituir els criteris tècnics amb criteris jurídics, sempre que es compleixin amb les formalitats jurídiques, l'adjudicació estigui motivada, resulti racional i raonable i no concorri cap indicatiu d'arbitrarietat, error o manca de força en les argumentacions. L'anàlisi ha de quedar limitada de forma exclusiva als aspectes formals de la valoració: normes de competència o de

procediment, que en la valoració no s'hagin aplicat criteris d'arbitrarietat o discriminatoris o que finalment no s'hagi incorregut en error material a l'efectuar-la.

Doncs bé, aplicant aquesta doctrina al supòsit que ens ocupa, en la valoració de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor no queda constància d'un veritable examen i ponderació de les propostes així com l'exteriorització de les raons que han justificat la puntuació atorgada, determinada per la imprecisió dels criteris d'adjudicació en el PCAP. En aquest assumpte, davant la descripció de l'òrgan de contractació sobre les proposicions de les empreses licitadores i la posterior atribució de la puntuació, aquest Tribunal considera que no queden concretats els aspectes que s'han tingut en compte i la puntuació que ha significat cadascun d'aquests aspectes, de manera que resulta insuficient per tal que aquest òrgan revisor pugui jutjar l'encert, la raonabilitat i la racionalitat de les puntuacions atorgades i arribar al convenciment que la valoració d'aquests criteris s'hagi ajustat al que exigeixen els plecs.

No es tracta, com ja va apuntar el Tribunal Suprem, en la Sentència de 3 de novembre de 2000, de substituir el criteri bàsic tècnic de l'administració, sinó de *“conocer en qué ha consistido éste y cuáles han sido los datos determinantes de la decisión”*, extrems que no queden reflectits en l'informe tècnic de 9 de maig de 2019 amb la intensitat necessària. En aquest mateix sentit, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en la Sentència de 7 de març de 2014, va assenyalar la necessitat de fer visibles les raons sobre les quals l'administració ha fonamentat la seva decisió:

“lo decisivo para tenerla por debidamente realizada será ponerla en relación con los elementos obrantes en las actuaciones y, valorado conjuntamente dichos elementos y el contenido de la motivación que haya sido ofrecida, constatar si son claramente visibles las razones en que la Administración ha fundamentado su decisión”.

I és que no pot ser d'una altra manera en l'àmbit de la contractació pública, ja que es tracta d'un procediment competitiu on les ofertes tècniques dels licitadors presenten *“aspectes contraposats”* que requereixen un examen individualitzat i, que, en funció d'aquestes diferències, se'ls atorgarà la puntuació de manera motivada. És per aquests motius que l'article 150.4 de la LCSP exigeix la motivació de l'adjudicació i, l'article 35.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, també estableix que *“La motivació dels actes que exhaureixen els procediments selectius i de concurrència competitiva s'ha de fer de conformitat amb el que disposin les normes que regulin*

les convocatòries i, en tot cas, han de quedar acreditats en el procediment els fonament de la resolució que s'acordï".

D'altra banda, el propi Tribunal Suprem, en la Sentència de 24 de setembre de 2014, aclareix quin ha de ser el contingut de l'informe tècnic:

"Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás." (el subratlla és nostre)

En aquesta mateixa Sentència es justifica la necessitat d'aquesta motivació en el fonament jurídic 6è:

"...resulta conforme a nuestra jurisprudencia la conclusión de la Sala de instancia acerca de que, independientemente de que las Bases no especifiquen la necesidad de desglosar los distintos apartados si lo exige el principio general de la motivación, art. 54.2, y los principios generales de la propia normativa sobre contratos públicos reflejada en la sentencia cuya .

Debemos resaltar que, además de los tradicionales principios de transparencia, concurrencia y publicidad ínsitos a nuestro sistema de contratación pública, la sucesivas modificaciones legislativas (al amparo de diversas Directivas) hacen también hincapié en la necesaria motivación en la adjudicación de los contratos".

I en el fonament jurídic 17è:

"...resulta evidente que cualquier licitador afectado por el concurso tiene derecho a conocer la motivación de las puntuaciones que hayan sido aplicadas por la Comisión Técnica. Lo anterior es obligatorio para la Administración cuando le haya sido solicitada por un licitador excluido, conforme al art. 93.5 RDL 2/2000, de 16 de junio. Mas cuando, como en el caso de autos se desconoce su contenido al tener sólo como fuente unos dígitos carentes de explicación, procede la retroacción tal como acordó la Sala de instancia. Recordemos que, en el ámbito de la contratación, la Sentencia de 16 de diciembre de 2004, recurso de casación 5766/2000, Sección Cuarta , en su FJ Sexto había recalado que la discrecionalidad juega con anterioridad a la adjudicación al decidir cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando eso sí las reglas que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación pública: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa. Y se subrayó que no cabe confundir la discrecionalidad de que pueda gozar la administración en la fijación de la baremación de los distintos criterios que constituyen las normas del concurso frente a la ausencia de discrecionalidad en la asignación de la puntuación con arreglo a los distintos criterios prefijados en el pliego."

També és doctrina reiterada aquella segons la qual no cal que aquest informe sigui exhaustiu, però sí ha de ser racional i suficient (Sentències del Tribunal Suprem de 13 de gener de 2000, 15 de juny de 1998, 9 de març de 1998 i 20 de gener de 1998, entre d'altres).

D'acord amb tot l'exposat, aquest Tribunal entén que l'informe tècnic es va limitar a una descripció de determinats aspectes de les proposicions i d'altres que ha considerat positius o negatius, però silenciament com s'ha arribat a la puntuació atorgada i que ara és objecte del recurs especial en matèria de contractació per ASEM.

Com a conseqüència de la manca de determinació prèvia dels aspectes que es valoraran de cada criteri d'adjudicació subjecte a judici de valor i de la motivació insuficient de la valoració i puntuació, aquest Tribunal entén que la licitació ha vulnerat els principis de transparència, igualtat i no-discriminació i, per tant, ha d'estimar l'al·legació d'ASEM.

DESE. Davant l'estimació, de part de les al·legacions que condueixen a l'anul·lació de l'acte d'adjudicació impugnats, seguint la doctrina, aquest Tribunal ha de declarar la nul·litat de ple dret de tot l'expedient atesa la impossibilitat de dur a terme una nova avaluació dels criteris d'adjudicació dependents d'un judici de valor controvertits en els termes de l'article 146.2 de la LCSP, perquè ja es va procedir a l'obertura de les ofertes econòmiques.

En efecte, per tal de garantir els principis d'igualtat de tracte i no discriminació, la invariabilitat de l'oferta, el secret de les proposicions i l'aplicació dels criteris d'adjudicació, de conformitat amb els articles 139.2 i 146.2 de la LCSP i l'article 27 del Reial decret 817/2009, de 8 de maig, de desplegament parcial de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, esdevé impossible efectuar una nova valoració subjecta a un judici de valor amb posterioritat al coneixement de les ofertes avaluable mitjançant fórmules automàtiques, en tant que ja no compleix amb el procediment i es compromet la imparcialitat de les valoracions (en aquest sentit, per totes, resolucions 355/2019, 338/2019, 154/2019, 153/2019, 95/2018, 1/2018, 182/2017, 176/2017, 152/2017, 187/2016 i 22/2016 d'aquest Tribunal; 203/2017 del TACRC; Acord 57/2017 del TACPA; també el Dictamen del Consell d'Estat 670/2013, d'11 de juliol, i la Sentència de la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Suprem de 20 de novembre de 2009, rec. 520/2007).

Certament, en alguna ocasió els tribunals han evitat la declaració de la nul·litat de tot el procediment de licitació quan s'aprecien vicis en la motivació de la valoració de les ofertes pels criteris dependents d'un judici de valor, amb la retroacció de les actuacions al moment anterior a la valoració per tal que es procedeixi a una nova avaluació ajustada a dret i amb respecte estricte a les puntuacions ja assignades. Tanmateix, això s'ha reconduït, als efectes que ara interessa, a supòsits molt particulars en els quals el dèficit afectava la motivació d'aspectes puntuals de la valoració de les ofertes que impossibilitaven el canvi de puntuacions (per totes, les resolucions 259/2019, 196/2018, 44/2018 i 106/2017 d'aquest Tribunal) i no, com succeeix en aquest assumpte, en la valoració dels criteris dependents de judicis de valor on una nova valoració pot comportar una nova puntuació d'aquests criteris i l'alteració de la puntuació total, i més encara tenint en compte la petita diferència de puntuació existent entre l'oferta adjudicatària i la presentada per la recurrent, en segona posició de la classificació.

Per tot això, la insuficiència de motivació dels criteris controvertits en l'informe de valoració de les ofertes, ha de comportar l'anul·lació de l'acord d'adjudicació i, atesa la impossibilitat de tornar a realitzar una nova avaluació dels criteris d'adjudicació dependents de judici de valor en els termes disposats en la LCSP i comprometre el resultat final, cal estimar aquesta al·legació que comporta l'anul·lació de tot el procediment de licitació, sense haver d'entrar a analitzar la resta de motius adduïts per les recurrents contra l'acte d'adjudicació.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

ACORDA

1.- Estimar el recurs especial en matèria de contractació interposat pel senyor pel senyor P.A.M. en nom i representació de l'empresa ASEM VISIONES COMPETITIVAS, SLU contra l'adjudicació del contracte del servei de prevenció aliè, incloent la vigilància de la salut i la coordinació d'activitats empresarials del CONSORCI PARC DE RECERCA BIOMÈDICA DE BARCELONA (expedient 6/2019), en el sentit exposat en els fonaments de dret.

- 2.- Aixecar la suspensió automàtica de l'adjudicació prevista en l'article 53 de la LCSP, a l'empara del que disposa l'article 57.3 del mateix cos legal.
- 3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la interposició del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.
- 4.- Indicar a l'òrgan de contractació que, d'acord amb l'article 57.4 de la LCSP, ha de donar coneixement a aquest Tribunal de les actuacions que adopti per complir aquesta resolució.
- 5.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos, a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el disposat en els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i en l'article 59 de la LCSP.

Aprovada per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic a la sessió de 28 de novembre de 2019.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez
Secretària

Neus Colet i Arean
Presidenta