

ACUERDO 7/2021, DE 9 DE MARZO DE 2021, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL PRESENTADO POR LA EMPRESA SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L. (SAMYL), EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO DENOMINADO “SERVICIO DE LIMPIEZA DE LAS INSTALACIONES Y EVENTOS DEL INSTITUTO INSULAR DE DEPORTES DE GRAN CANARIA” (ABSERV-0006/2016- EXPTE. TRIBUNAL 3/2021)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En el DOUE número 2017/S 046-084475, de fecha 7 de marzo de 2017, se publicó el anuncio de licitación del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria del expediente núm. ABSERV- 0006/2016 cuyo objeto era el “Servicio de Limpieza de las instalaciones y eventos del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria”, haciéndose constar en dicho anuncio de licitación el perfil del contratante del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria (IIDGC).

SEGUNDO. - Con fecha 7 de octubre de 2019 se dicta el Decreto núm. 327/2019, del Presidente del Instituto Insular de Deportes por el que se adjudica el contrato del “Servicio de limpieza de las instalaciones y eventos del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria”, a la empresa “CAPROSS 2004, S.L.”.

Con fecha 18 de octubre de 2019 se notifica a la entidad recurrente dicha resolución.

TERCERO. - El día 11 de noviembre de 2019 la empresa SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTOS Y LIMPIEZA, S.L. (SAMYL) interpone Recurso Especial en materia de contratación contra el Decreto de adjudicación número núm. 327/19 detallado en el párrafo anterior, teniendo entrada en la Secretaría de este Tribunal el 13 de noviembre siguiente, con registro de entrada número 0049.

CUARTO. Mediante acuerdo de este Tribunal de 16 de enero de 2020 (Acuerdo 2/2020), se acordó *“Estimar el recurso especial interpuesto por SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L. (SAMYL), contra el Decreto del Presidente del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria, por el que se adjudica el contrato del “Servicio de limpieza de las instalaciones y eventos del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria” a la empresa “CAPROSS 2004, S.L.”, anulando la adjudicación realizada a dicha empresa y procediendo a retrotraer el expediente el momento de la valoración de las ofertas”*.

QUINTO. - El día 4 de diciembre de 2020 la empresa SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTOS Y LIMPIEZA, S.L. (SAMYL) interpone Recurso Especial en materia de contratación contra el Decreto de adjudicación número núm. 298/20 de fecha 12 de

noviembre de 2020 ante IIDGC, teniendo entrada en la Secretaría de este Tribunal el 28 de enero de 2021 junto con el informe emitido por la Jefa del Servicio de Asuntos Generales sobre el REMC de fecha 27 de enero del 2021, relación de las empresas licitadoras y el expediente de contratación.

SÉPTIMO. Conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 56 de 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 -, el 2 de febrero de 2021 se ponen de manifiesto a los licitadores los documentos mediante los que fue formalizado el Recurso Especial.

Durante la sustanciación del trámite de audiencia el 11 de febrero de 2021 presento alegaciones de *CAPROSS 2004, S.L.*

OCTAVO. - La suspensión automática del acuerdo recurrido se ha mantenido hasta la resolución del presente recurso, sin necesidad de resolución expresa, al no considerar este Tribunal que existía motivos para acordar su levantamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.3 de 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 -.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia.

La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Reglamento Orgánico que lo regula y publicado en el BOP nº. 24 en fecha de 24 de febrero de 2016 y en el BOC nº. 39 de 26 de febrero de 2016, habiendo sido designados sus miembros por el Consejo de Gobierno Insular en fecha de 25 de julio de 2016 y publicado en el BOP nº. 93 el 3 de agosto de 2016; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 41 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y de conformidad con el 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos y que habilita a las Administraciones Locales para crear su propio Tribunal Administrativo.

En concreto, el artículo 2 del Reglamento Orgánico citado determina que el presente Tribunal ejercerá sus funciones tanto en el ámbito de la Administración Pública Insular como en la de las Entidades de los Organismos y Entes que forman parte de su sector público y que tengan la consideración de poderes adjudicadores, tal y como sucede en el presente supuesto con el Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria.

SEGUNDO. - Objeto.

El recurso especial ha sido interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del contrato denominado “Servicio de Limpieza de las instalaciones y eventos del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria” que, de conformidad con lo publicado en la Plataforma de Contratación Sector Público, tiene la naturaleza de contrato de servicios cuyo importe de adjudicación es de 2.077.574,52 €, siendo por tanto, susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 44 de la LCSP.

TERCERO. - Legitimación.

El artículo 48 de la LCSP establece que: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*. Y, en particular, el artículo 24 del RD 814/2015 que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -RTACRC-, de aplicación a todos los Tribunales Administrativos al tener carácter básico según la Disposición Final Primera, exige que *“La interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto.”*

Está legitimado el recurrente para interponer el presente recurso al tener la condición de licitador en el procedimiento impugnado, aportando poder que se considera suficiente a efectos de la interposición del presente recurso. No procede estimar las alegaciones presentadas por la empresa *CAPROSS 2004, S.L.*

CUARTO. - Plazo.

El recurso especial en materia de contratación ha de interponerse en el plazo de 15 días hábiles que, al efecto, establece el artículo 50 de la LCSP, previo anuncio ante el órgano de contratación.

En particular, cuando se impugnan acuerdos de adjudicación, dispone el artículo 50.1.d) LCSP que el plazo de impugnación es de quince días hábiles contados *“(…) a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”*

Habiéndose notificado el Decreto de adjudicación a la recurrente el 17 de noviembre de 2020 y presentado el recurso especial en fecha de 4 de diciembre de 2020, se considera presentado en plazo el presente recurso.

QUINTO. - Peticiones del recurso.

Como primer motivo se alega la vulneración de los artículos 132 y 139 LCSP en relación con el cumplimiento de la resolución/acuerdo nº 2/2020 dictado por el TACGC que, en el cumplimiento del mismo, entendemos que no se ha ajustado a los principios de igualdad entre licitadoras (132 LCSP) y secreto de las proposiciones (139.2 LCSP) en tanto no se ha respetado la literalidad de la resolución dictada a la hora de su ejecución que ordenaba “retrotraer el expediente al momento de valoración de las ofertas”.

Según la recurrente, en el caso que nos ocupa, el Acuerdo 2/2020 suponía lo siguiente:

- “1) *reinsertar a la mercantil SAMYL en la licitación ABSERV-0006/2016 cuyo objeto es el “Servicio de limpieza de las instalaciones y eventos del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria”*
- 2) *que se valorara el informe técnico de SAMYL (y resto de reinsertadas) en tanto informe ajustado a Pliegos, anulando la provisional exclusión de SAMYL del concurso y*
- 3) *retrotraer las actuaciones al momento de valoración de las ofertas.*

Si bien entendemos debidamente cumplidas por el Órgano Contratante con arreglo a dicha resolución la primera de las exigencias resueltas en el Acuerdo 2/2020 al reinsertar a SAMYL en el concurso, entendemos no debidamente atendida la segunda y tercera de las exigencias plasmadas en el fallo puesto que

a) el Órgano Contratante, a la hora de retrotraer actuaciones, no se ha limitado a valorar los criterios subjetivos de las ofertas excluidas (según las pautas valorativas ya preestablecidas en el informe de 11-6-2019) sino que ha procedido a realizar nueva valoración (acta 31-7-2020) para las 8 licitadoras (tanto reinsertadas como admitidas inicialmente), incorporando nuevos subcriterios valorativos que difieren sustancialmente de los inicialmente consensuados bajo la discrecionalidad técnica del informe de 11 de junio de 2019.

b) En consecuencia, no se han retrotraído las actuaciones al momento anterior a la valoración de la oferta de las licitadoras excluidas, sino que se ha anulado el acta de 11-6-2019 (que aprobó un informe valorativo) sustituyéndola por el acta de 31- 7-2020 que acepta una revaloración total (para las 8 licitadoras) de los criterios en contra de la discrecionalidad técnica aceptada y firme, en contra de la objetividad del inicial criterio y en contra del principio de conservación de los actos”.

Además se alega que se ha vulnerado el orden en el que se han abierto los sobres con la ofertas de manera que *“Es ampliamente conocido por este Tribunal que toda licitación conlleva un orden procedimental de apertura de sobres en caso de que deban compartimentarse las ofertas presentadas por contener la valoración más de un juicio de valor -como es el caso- acorde con lo previsto, entre otros, en el artículo 157 LCSP con los requisitos administrativos y propuestas técnicas y económicas que no solamente deben de resultar perfectamente cumplimentadas y acreditadas atendiendo a los Pliegos y normativa aplicable sino que, **con especial relevancia, implican un orden de apertura estanco y separado por fases diferenciadas -de ahí la necesidad de compartimentar la información ofertada en sobres separados- que permita valorar objetivamente bajo el principio de igualdad a todas las licitadoras”**.*

Por ello, según el recurso *“La retroacción finalmente ejecutada por el Órgano Contratante no ha respetado la legalidad invocada en tanto, en vez de reinsertar a las readmitidas bajo el mismo criterio valorativo ya aceptado en el acta de 7-6-2019, ha procedido a valorar nuevamente las propuestas técnica y económica de todas las licitadoras (acta 31-6-2020) una vez ya conocidas las restantes ofertas económicas de 5 de ellas, realizando una valoración a posteriori con conocimiento de todos los restantes datos que menoscaba la objetividad valorativa de la mesa y la igualdad entre licitadoras y este menoscabo se produce puesto que se modifican los subcriterios de valoración (apartado b) metodología empleada del acta de 31-7-2020) respecto de los criterios ya aceptados y firmes (acta de 7-6-2020) que no fueron objeto de recurso y que entendemos que deberían haberse empleado también para valorar a las licitadoras readmitidas.*

Esta modificación de subcriterios puede alimentar las suspicacias de una falta de objetividad en la valoración, puesto que no sólo se puede perjudicar a las licitadoras reinsertadas sino también a las previamente admitidas, que ven como su valoración ha sido modificada respecto de la valoración original, así como sus posiciones (como ocurre con ELULEN y LUXCANARIAS)”

Como segundo motivo del recurso, se expone lo siguiente:

“En este sentido se podría entender una nulidad de pleno derecho ex. art. 39 LCSP en relación con el artículo 47.1 e) LPACAP por prescindir del procedimiento legalmente establecido, en este caso, por transgredir el proceso de apertura secreta y progresiva de sobres, acorde con lo previsto en la LCSP.

Esta nueva valoración de todas las licitadoras realizada el 31-7-2020 entendemos que resulta nula de pleno derecho en tanto supone una revaloración de los criterios subjetivos de las licitadoras, una vez conocidas ya las ofertas económicas de 5 de ellas publicadas en el acta de 19-6-2019 de apertura de criterios objetivos.

La ejecución de la resolución del recurso especial (acuerdo 2/2020) entendemos que no fue debidamente atendido por la Mesa de Contratación, que debería haberse limitado -de conformidad con la literalidad del fallo- a readmitir a los licitadores excluidos y continuar con el procedimiento en el momento de la valoración incluyendo las ofertas excluidas y procediendo a valorarlas individualmente en el orden que establece la ley, pues aunque se valore en otro momento temporal si se siguiera el orden procedimental establecido, podría entenderse que no había resultado infringido el principio de igualdad entre licitadoras ex. art. 132 LCSP en la ejecución de la valoración.

*Sin embargo, este no ha sido el proceder de la Mesa de Contratación puesto que ha procedido a realizar una nueva valoración de las ofertas ya valoradas no sólo de las excluidas y posteriormente readmitidas, sino que ha revalorado las ofertas de todas las licitadoras, tanto de las excluidas como de las admitidas inicialmente, mediante la aplicación de nuevos subcriterios de valoración (según informe de fecha 7 de julio de 2020) conocidas ya las ofertas económicas de 5 de ellas, **viéndose el procedimiento incurso en un flagrante vicio de nulidad, puesto que con esta nueva valoración realizada se han revalorado ofertas que ya tenían criterios valorativos asentados sin conocer sus ofertas económicas mientras que la nueva valoración sí que tenía un conocimiento cierto de estas ofertas económicas y se quiebra por tanto la objetividad en la valoración que debería informar a los órganos contratantes estando todo el procedimiento valorativo viciado de nulidad en tanto no solo se ha infringido el procedimiento legamente establecido sino también ha podido contaminarse el criterio decisorio del órgano que, conociendo ya las ofertas económicas de las licitadoras, ha revalorado nuevamente los criterios técnicos**.*

Todo ello, según el recurso, ya que, “En este caso, como consecuencia de la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de SAMYL y una vez adjudicado el contrato al no detenerse la licitación, la ulterior estimación del recurso exigió una obligación de retrotraer actuaciones hasta el momento de la valoración que entendemos que habría exigido que la Mesa de Contratación hubiera considerado incluir individualmente las ofertas de las empresas excluidas y valorarlas cumpliendo el orden que establece la Ley.

Según el recurso,

“En vez de proceder adecuadamente y con arreglo a la Ley de Contratos a valorar de forma individualizada y aislada las cualidades técnicas de cada oferta, se realizó una nueva valoración aplicando criterios y elementos que quedan a la discrecionalidad del órgano de contratación pero con la

diferencia de que ya eran conocidas las ofertas económicas de 5 de las 8 empresas cuyas puntuaciones técnicas tampoco se aceptan con arreglo a la anterior discrecionalidad técnica -que debería mantenerse- sino que se proceden a revalorar -con un factor de subjetividad de quien conoce ya las ofertas económicas- incluso estas propuestas ya valoradas -que fueron valoradas objetivamente-, lo que supone nulidad del procedimiento, no pudiendo el Tribunal con su intervención enervar una posible influencia en la nueva valoración.

La mesa se entendemos que transgrede el procedimiento legalmente establecido al no concretar individualmente la retroacción de las actuaciones y proceder a la valoración de las ofertas concretas (aquellas que fueron excluidas) en el orden que establece la ley, lo que hubiera, en todo caso, generado dudas sobre la igualdad de trato al no establecerse los subcriterios en los PCAP, sino en el propio momento de valoración de las ofertas, y optando por iniciar un nuevo proceso de valoración de los criterios subjetivos de todas las ofertas en esta etapa del procedimiento, estableciendo nuevas valoraciones respecto a nuevos subcriterios de comparación, cuando ya se conocían las ofertas económicas de la mayoría de ellas.

De este modo no se está en el supuesto de retroacción de actuaciones admitiendo licitadoras que hubieran sido excluidas y su posterior valoración individual siguiendo el orden que establece la Ley y, dado que ya se conocían las ofertas económicas -que sólo deberían conocerse al final del procedimiento- nada impediría que se adaptaran esos criterios subjetivos técnicos para favorecer a una u otra licitadoras que se conoce que ofertó el precio más bajo o favorecer técnicamente alguna que ofertó un precio más elevado o, en todo caso, contaminar la objetividad y transparencia ex. art.132 LCSP que debe informar las licitaciones.

En definitiva, bastaría observar los informes iniciales (como el acta de 11 de junio de 2019) y el finalmente aportado como documento nº5 para observar que se han revalorado todos los criterios subjetivos, creando o suprimiendo categorías nuevas de puntuación previstas inicialmente y sustituyéndolas por otros subcriterios que, al no estar previstos en los Pliegos, se han modificado a voluntad de la Mesa de Contratación creando una nueva valoración bajo discrecionalidad técnica respecto de unas valoraciones que ya se valoraron bajo esa discrecionalidad técnica por esa misma Mesa y con resultado dispar, lo que entendemos que no habría sucedido si se hubiera practicado una retroacción adecuada en los términos del Acuerdo 2/2020 TACGC”.

SEXTO. – Ámbito de actuación del Tribunal en relación con los informes técnicos emitidos en el procedimiento de adjudicación de un contrato. Discrecionalidad técnica.

Como cuestión previa ha de resolverse la cuestión relativa al alcance del control de los Tribunales de Contratación con relación a los informes técnicos emitidos en el procedimiento de licitación. A la misma se han referido, como es lógico, diversos Tribunales de recursos contractuales. Así, el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su **Resolución 1264/2019 señala lo siguiente:**

*“Como se ha declarado reiteradamente por este Tribunal, las valoraciones de los informes técnicos están amparadas por la discrecionalidad administrativa siempre y cuando se advierta una correcta y debida motivación de los mismos, pues ante una escasa o insuficiente justificación aquélla se transforma en pura y simple arbitrariedad, y ahí reside la función de este Tribunal, con la recta finalidad de enjuiciar si dichos informes se encauzan debidamente, y si satisfacen las exigencias de motivación previstas en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que “la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones”. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que **“para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable...”***

Y concluye:

“Por lo tanto, es competencia de este Tribunal, analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, en los términos a que hemos hecho referencia antes, con cita de nuestra doctrina, análisis que exige considerar el requerimiento del órgano de contratación y los aspectos que éste prevé como exigibles y la justificación remitida al respecto por el licitador.”

En parecidos términos se manifiesta la Resolución 544/2019, que, si bien empieza señalando que:

“Este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha analizado en diversas resoluciones la discrecionalidad técnica de la Administración a la hora de aplicar los criterios basados en juicio de valor, señalando que “cuando la Administración encarga a un órgano “ad hoc”, formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute” (en este sentido, la Resolución 618/2014) A estos efectos también interesa citar lo declarado en la Resolución de este Tribunal 167/2016, de 26 de febrero de 2016, que con cita de la Resolución 88/2016, de 4 de febrero, respecto de la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicio de valor cuando señala que “constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración (...) Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos”.

Finalmente concluye que

“No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de

competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Y, en consecuencia:

“... el estudio de este Tribunal debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que, finalmente, no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración. Asimismo, lo que sí puede y debe hacer este Tribunal es determinar, desde una perspectiva jurídica, si el Informe Técnico emitido está suficientemente motivado, y si las razones en él expuestas tienen debida apoyatura en los datos proporcionados por el licitador y en los pliegos por el que se rige el contrato. En cuanto a la motivación de los informes técnicos, también hemos señalado que no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, bastando con que sea racional y suficiente, así como de suficiente amplitud para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, pudiendo ser por ello sucintos siempre que sean suficientes (STC 37/1982, de 16 junio, SSTS de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000)”.

Finalmente, ha de traerse a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014. En un primer momento señala el alcance del control de la discrecionalidad técnica:

“Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación. Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002: "(...) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala de Zaragoza justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente

aplicada; y no lo ha sido porque, con relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate".

En último término, hace una referencia concreta y expresa a los requisitos que debe cumplir el informe para entender válidamente realizado el juicio técnico que el informe contiene:

“La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. 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.”

Es claro que, en esos límites este Tribunal puede entrar a conocer del juicio técnico realizado en el informe en el que se excluye a la empresa recurrente de la licitación.

SÉPTIMO. – Sobre la nueva valoración

De acuerdo con lo expuesta anteriormente, procede valorar las valoraciones que realiza el órgano de contratación en su informe. Así, respecto de la valoración el informe explica el proceso de valoración:

“La valoración de criterios subjetivos había sido realizada mediante informe del anterior Jefe de Servicio de Gestión Deportiva, a 11 de junio de 2019, donde se propuso la exclusión de tres empresas, entre ellas SAMYL SL al entender que ésta incurría en una de la causa estipulada en la cláusula 17 del PCAP como causa de exclusión: “no contemplar todo el proceso necesario para que la recogida selectiva sea eficaz”.

Las ofertas presentadas habían resultado valoradas, según dicho informe, con la puntuación siguiente:

EMPRESAS	TOTAL PUNTOS
CAPROSS 2004,S.L.	25
LUX CANARIAS,S.A.	19,14
IBSA SERVICIOS DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO, S.L	18,67
EULEN,S.A	18,08
PROYECTO AZATIA – COINTER CONCECIONES S.L.	16,11

En ejecución de tal acuerdo del Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos, se procedió a la valoración de las ofertas presentadas, incluyendo a la empresa SAMYL SL y a las otras dos excluidas, emitiéndose el 2º informe valorativo de criterios subjetivos por el actual Jefe de Servicio de Gestión Deportiva, a fecha 31 de julio de 2020, adjuntando anexo I con las valoraciones de las ofertas en tablas detalladas. Según este nuevo informe la empresa con mayor puntuación era igualmente CAPROSS 2004 SL, con 25 puntos, quedando situada SAMYL SL en tercer lugar.

EMPRESAS	TOTAL, PUNTOS
CAPROSS 2004 SL	25
EULEN SA	20,98
SAMYL SL	19,67
LUX CANARIAS SL	19,23
IBSA SL	18,17
RALONS SL	15,76
AZATIA-COINTER	15,36
GEASER-TORRABONAF	10,04

“A la vista del Acta de la Mesa de Contratación del IIDGC de fecha 19 de octubre de 2020 se eleva propuesta de adjudicación del contrato nuevamente a

favor de CAPROSS 2004, S.L., y previo cumplimiento por la misma del requerimiento realizado para la presentación de la documentación justificativa de estar al corriente de las obligaciones tributarias y Seguridad Social, así como la constitución de la garantía definitiva, y asimismo, previa aprobación del gasto plurianual correspondiente, se dictó Decreto no 298/20, de fecha 12/11/2020, de adjudicación del referido contrato.”

Sobre el fondo del asunto el órgano de contratación en su informe señala lo siguiente:

1.- En resumen, el recurrente alega que, en la ejecución del Acuerdo 2/2020 del Tribunal, no se ha respetado la literalidad de la resolución dictada a la hora de su ejecución que ordenaba “retrotraer el expediente al momento de valoración de las ofertas”. Estima que la nueva valoración técnica debía circunscribirse a informar las ofertas de las empresas inicialmente excluidas bajo una estricta separación y de espaldas a las demás ofertas

2.- Insiste también en la posición de defender una contravención de principios legales de la contratación pública que en puridad se han respetado con rigor. La concurrencia de tres ofertas más en la valoración de los criterios han de suponer el análisis detalladamente motivado y pormenorizado que se ha realizado por el actual Jefe de Servicio de Gestión Deportiva. Un análisis fiel a los criterios establecidos en el PCAP, como no podía ser de otra manera. Un análisis que, aunque verse sobre el cumplimiento de criterios subjetivos, vela pulcramente por dotar la valoración de una imparcialidad técnica exquisita, llevando la discrecionalidad técnica a extremos minuciosos de revisión del proyecto o plan integral de recogidas de residuos bajo la valoración de los criterios subdividiéndolos en ítems claros y precisos, a fin de buscar la mejor oferta en parámetros de calidad, en definitiva, la más ventajosa para esta Administración.

No compartimos, pues, que se haya infringido el principio de igualdad entre los licitadores y el secreto de las proposiciones. Obviamente, el recurrente olvida que, en ejecución de lo acordado por el Tribunal Administrativo sobre Contratos Públicos -retrotrayéndose el proceso licitatorio al momento de la valoración de las ofertas- debe por tanto valorarse éstas y no solo algunas de éstas, como pretende. De hecho, la nueva valoración arroja estrechas variaciones en el resultado inicial individualmente considerado que, irremediamente surge cuando se recalcula la puntuación de cada empresa -según establece la cláusula 17, apartado 1º in fine del PCAP-, aplicando la fórmula del reparto de puntos en base a la mejor oferta:

“A la que se considere mejor oferta respecto del criterio 3 se le asignará el valor 10, al que corresponderá el máximo de los puntos de ponderación

*correspondiente a dicho criterio. El resto de las ofertas se les asignará un valor de cero a diez, otorgándoles, en consecuencia, los puntos de ponderación que proporcionalmente les correspondan por su diferencia con la mejor oferta, de acuerdo con la siguiente formula; $P=(pm*0)/10$, donde “P” es la puntuación a obtener, “pm” es la puntuación máxima del criterio de que se trate, “0” será la valoración sobre 10 asignada a la oferta que se está puntuando, y “10” es la valoración correspondiente a la mejor oferta.”*

Y llega a la siguiente conclusión que es significativa:

“Tal es así que, el índice de variabilidad de la serie no es significativo ni determinante para el resultado final de la adjudicación, pues hay que recordar también que el criterio subjetivo tiene una ponderación del 25% sobre el total. Por ejemplo, LUX CANARIAS pasa de 19,14 a 19,23, IBSA SL pasa de 18,67 a 18,17, EULEN SA pasa de 18,08 a 18,17 y AZATIA-COINTER pasa de 16,11 a 15,36; reposicionándose cada una de ellas en un nuevo orden debido exclusivamente a la entrada en juego de las tres ofertas inicialmente excluidas.”

Finalmente, respecto de la interpretación del recurso sobre el acuerdo de este Tribunal en el sentido de que el mismo suponía:

- “1) reinsertar a la mercantil SAMYL en la licitación ABSERV-0006/2016 cuyo objeto es el “Servicio de limpieza de las instalaciones y eventos del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria”*
- 2) que se valorara el informe técnico de SAMYL (y resto de reinsertadas) en tanto informe ajustado a Pliegos, anulando la provisional exclusión de SAMYL del concurso y*
- 3) retrotraer las actuaciones al momento de valoración de las ofertas.*

Este Tribunal está de acuerdo con lo señalado por el órgano de contratación cuando en su informe señala: *“Entendemos que estas aseveraciones son torticeras y se extralimitan del tenor del Acuerdo 2/2020. El Tribunal Administrativo decidió anular la adjudicación realizada procediendo a la retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas. Y precisamente la alegada garantía a la tutela judicial efectiva supone que tal acuerdo 2/2020 se cumpla en sus propios términos, sin apartarse de él, ni tergiversarlo en pro de fines particulares.*

Y a partir de ahí, el órgano de contratación informe de cuál fue su actuación: ***“Justamente lo señalado en aquel acuerdo es lo que se ha llevado a cabo, pues no se han introducido nuevos subcriterios valorativos, sino que se ha precisado escrupulosamente qué suponen o significan cada uno de los que ya constaban dotando al proceso de la mayor de las transparencias. De hecho, ninguna de las***

empresas que cita el recurrente como “reinsertadas” ni las “perjudicadas” ha recurrido la adjudicación”.

Por todo ello, procede desestimar el recurso en este punto.

OCTAVO. - Sobre la violación del secreto de las ofertas y la no aplicación el procedimiento de aperturas de sobres.

Según el recurso, se ha vulnerado el orden en el que se han abierto los sobres con la ofertas de manera que *“Es ampliamente conocido por este Tribunal que toda licitación conlleva un orden procedimental de apertura de sobres en caso de que deban compartimentarse las ofertas presentadas por contener la valoración más de un juicio de valor -como es el caso- acorde con lo previsto, entre otros, en el artículo 157 LCSP con los requisitos administrativos y propuestas técnicas y económicas que no solamente deben de resultar perfectamente cumplimentadas y acreditadas atendiendo a los Pliegos y normativa aplicable sino que, **con especial relevancia, implican un orden de apertura estanco y separado por fases diferenciadas -de ahí la necesidad de compartimentar la información ofertada en sobres separados- que permita valorar objetivamente bajo el principio de igualdad a todas las licitadoras”.***

El informe del órgano de contratación dice al respecto lo siguiente:

*“Efectivamente, el artículo 139 TRLCSP (concordancia con el art. 132.1 LCSP) dispone que **“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”**, lo que se ha respetado al punto de volverse a estudiar cada una de las ofertas bajo la misma perspectiva técnica, la del nuevo Jefe de Servicio de Gestión Deportiva, que ha dado efectiva muestra de su preparación para el puesto que ocupa, desgajando cada una de las mínimas y debidas condiciones o requisitos que deben cumplir las ofertas para, de verdad, ser calificadas de cumplidoras con los requisitos exigidos por los subcriterios de valoración fijados en el PCAP, sin la discriminación que supondría centrar su valoración al estudio de las ofertas anteriormente rechazadas desconociendo lo que las demás habían propuesto bajo su discrecionalidad técnica.*

*Y por otro lado, como dice el recurrente, el artículo 145 TRLCSP (concordancia con el art 139.2 LCSP) establece que **“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones (...)”**, regla formal que supone el basamento del procedimiento contractual público y que se ha respetado en todo momento, procediendo la Mesa de Contratación a la apertura de los sobres que aún permanecían cerrados y debidamente custodiados junto a todo el expediente*

administrativo; pero “secreto” que ante una retroacción del procedimiento no es total, porque obviamente el precepto legal se sitúa en la fase licitatoria inicial, no en el caso de repetición de fases ya ejecutadas anteriormente y que han de repetirse en ejecución de un acuerdo del Tribunal Administrativo. Hay que recordar que el primer recurso especial en materia de contratación interpuesto por SAMYL SL impugnó la adjudicación del contrato, por lo que ya habían sido abiertos los sobres de todas las empresas participantes (a excepción de los sobres nº 3 de las que habían sido excluidas), cuando era posible que habiendo sido excluida recurriera tal decisión como acto de trámite cualificado, dando lugar a la permanencia cerrada de todos estos últimos sobres. Cabía dicha opción, pero no cabe ahora alegar vulneración del secreto de las ofertas, porque ya fueran conocidas los precios ofertados por las demás empresas.

Y sobre el orden de apertura de los sobres se señala lo siguiente:

“Del mismo modo, no procede alegar una alteración del orden legalmente establecido de apertura de los sobres que determinaría la nulidad o, en su caso, subsidiaria anulabilidad, por cuanto a la vista de la retroacción ordenada y obedeciendo el pronunciamiento del Tribunal, se debían valorar los criterios subjetivos a pesar de haberse procedido a la apertura de las ofertas del sobre nº 3, a excepción de las de las empresas excluidas inicialmente. Ello, a nuestro entender, en nada altera la rigidez del procedimiento de contratación pública y su orden de apertura estanco y separado por fases diferenciadas, las cuales se cumplieron antes y se han vuelto a cumplir ahora, cuando se ha repetido el procedimiento por mor de la retroacción ordenada.

Así, una vez emitido el informe de valoración de los criterios subjetivos, firmado electrónicamente a fecha 31 de julio de 2020, se procedió a convocar a la Mesa de Contratación para su lectura y aprobación, celebrándose el 18 de septiembre de 2020. En dicha sesión y una vez visto y aceptado el citado informe técnico, se procedió a abrir los sobres de las empresas que habían sido excluidas -entre ellos el de SAMYL SL-, que contenían las ofertas sobre criterios evaluables mediante fórmulas, con lo que se respetó el íter procedimental legalmente establecido, sin ningún tipo de alteración, ni manipulación, ni afectación al criterio de la Mesa de Contratación. El Acta correspondiente así lo recoge.

De hecho, las ofertas del sobre nº 3 abiertas en ese momento podrían haber variado sustancialmente el resultado final, si hubieran sido más ventajosos los precios (que suponían 35% de la puntuación), las bolsas de horas (5%) o los criterios sociales (35%); ya que estos criterios objetivos suponen un peso

ponderado total del 75 %; mientras que los criterios subjetivos suponen un 25% del total de puntos. Esto demuestra que ninguna cábala técnica hubiera sido siquiera posible a priori, cuando había tres sobres cerrados cuyo contenido iba definitivamente a señalar al futuro adjudicatario.”

Luego, no parece aplicable aquí la doctrina de los Tribunales de recurso de que no procede la retroacción cuando ya se hayan conocido las ofertas de los licitadores.

Visto lo expuesto, por el contrario, este Tribunal entiende que procede aplicar la doctrina expuesta por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en su **Resolución nº 24/2014, de 5 de febrero**, cuando señala respecto del supuesto que *“la exclusión del recurrente hubiera tenido lugar con anterioridad a la valoración de las ofertas (por no acreditar el nivel de solvencia o el cumplimiento de las prescripciones técnicas) y que continuando el procedimiento de contratación, el resto de ofertas hubieran sido valoradas en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor y abiertas las ofertas de los criterios valorables mediante cifras o porcentajes, a diferencia de la del excluido, cuya oferta, por el hecho de la exclusión, no hubiera sido abierta, ni por lo tanto valorada.”*

Después de exponer el supuesto, analiza las consecuencias que respecto del mismo han de deducirse: *“En este supuesto este Tribunal ha venido considerando que la readmisión del excluido, como consecuencia de un recurso especial, implica la continuación del procedimiento respecto de la valoración incluyendo la oferta u ofertas excluidas puesto que, en este caso se ha respetado el orden de apertura de los demás licitadores y la nueva inclusión es una consecuencia sobrevenida del recurso interpuesto y no un vicio de nulidad cometido en la tramitación del procedimiento. Además, la valoración de la oferta admitida conforme a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor se efectuará siempre antes de conocer su oferta económica, así como la puntuación obtenida en ésta y en el resto de criterios de carácter automático”.*

Y añade el Tribunal de la Comunidad de Madrid en la citada resolución: *“La conclusión contraria, es decir considerar que en todo caso una vez abiertas las ofertas económicas de todos o de alguno de los licitadores conlleva necesariamente la anulación de todo el procedimiento y una nueva convocatoria es una interpretación que resulta excesivamente formalista y contrataría al principio de libre competencia, formulado en el artículo 1 del TRLCSP, pues los preceptos que justifican el carácter secreto de las proposiciones exigen la comprobación de que la actuación realmente ha vulnerado el secreto de las proposiciones y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor y la simple constatación de que del resto de licitadores se conoce tanto la oferta valorable con fórmulas como las valorables con juicio de valor no impide la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor de aquellas ofertas que se retrotraen al momento anterior*

admitiendo a las excluidas sin que se conozca la puntuación de los criterios sujetos a fórmulas.”

Y concluye: *“Lo relevante no es que una proposición se valore en otro momento temporal que las demás, sino que se haga en el orden procedimental establecido cuando, sin haberse infringido el principio de igualdad en la valoración, procede la retroacción de actuaciones.”*

Por todo ello, procede desestimar el recurso también en este punto.

Por lo expuesto, visto los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, por unanimidad,

RESUELVE

PRIMERO. - Desestimar el recurso especial interpuesto por **SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L. (SAMYL)**, contra el Decreto del Presidente del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria, por el que se adjudica el contrato del “Servicio de limpieza de las instalaciones y eventos del Instituto Insular de Deportes de Gran Canaria” a la empresa “CAPROSS 2004, S.L.

SEGUNDO. - Alzar la suspensión automática del procedimiento.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.