

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE HUELVA

RECURSO NÚM. 6/2022
RESOLUCIÓN NUM. 10/2022

Recurrente: ÓBOLO S. COOP. AND. DE INTERÉS SOCIAL

Poder adj. Recurrido: DIPUTACIÓN DE HUELVA

Acto recurrido: Acuerdos de la Mesa de Contratación, de fechas 1 y 8 de julio de 2022, por los que se excluye a ÓBOLO de la licitación de los 3 lotes del contrato de servicio de ayuda a domicilio de la Diputación de Huelva (expediente n.º 21seA34).

Visto el Recurso interpuesto por la representación de ÓBOLO, contra la actuación recaída en el expediente de contratación arriba referenciado, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

HECHOS

Primero.- Se ha publicado por parte del Pleno de la Diputación de Huelva convocatoria y pliegos que han de regir la licitación del contrato de servicios de ayuda a domicilio, sujeto a regulación armonizada, con un valor estimado de 134.600.633,86 euros.

Segundo.- En el marco del citado expediente de contratación, el anuncio de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 31 de octubre de 2021.

Tercero.- Con fecha 29 de julio de 2022 la representación de ÓBOLO (recurrente, en adelante), presentó ante este Tribunal, al amparo de lo establecido en los artículos 44 y 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), recurso especial en materia de contratación.

Cuarto.- En el citado recurso, mediante Otrosí Segundo, se solicitó el acceso al expediente de contratación al amparo de lo establecido en el artículo 52.3 de la LCSP, siendo concedido trámite para vista del expediente en la sede del Tribunal el día 17 de agosto de 2022.

Con posterioridad se procedió a completar el recurso mediante escrito de alegaciones complementarias.

Quinto.- Mediante resolución de este Tribunal se acordó la admisión a trámite del presente recurso, suspendiéndose el procedimiento de forma cautelar y se ha requerido informe al órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Excm. Diputación de Huelva es competente para el conocimiento y resolución del presente recurso especial en materia de contratación, en el que se recurren las decisiones de la mesa de contratación de excluir a la recurrente de los tres lotes a los que licitó, por no alcanzar el umbral mínimo de puntuación establecido en los pliegos.

SEGUNDO.- La actuación impugnada es susceptible de recurso especial en materia de contratación, por estar incluida en el apartado b) del art. 44.2 de la LCSP, al recurrirse el acuerdo de adjudicación de un expediente de contratación referido a uno de los contratos enumerados en el art. 44.1 de la LCSP, como es el de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros.

El acuerdo de la mesa es susceptible de impugnación por las razones expresadas en la resolución de admisión a trámite del presente recurso.

TERCERO.- La recurrente está legitimada activamente para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación, al tener por objetivo el recurso la defensa de sus derechos legítimos, de acuerdo con lo previsto en el art. 48 de la LCSP. Y el escrito de interposición del recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a la publicación del acto

impugnado, con arreglo a lo establecido en el art. 50.1 de la LCSP; observándose en el escrito de interposición las exigencias previstas en el art. 51.1 de la LCSP.

CUARTO.- Se fundamenta el recurso formulado, básicamente, en los siguientes motivos:

- El órgano de contratación habría incumplido el deber de garantizar adecuadamente el derecho de acceso al expediente de contratación.
- Los acuerdos de la mesa de contratación de exclusión de la recurrente infringen el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, en relación con el artículo 64 de la LCSP, así como los principios esenciales de la contratación pública, por vulneración del deber de abstención por parte de una de las personas firmantes del informe técnico que, a la postre, habría determinado la exclusión por no alcanzar la puntuación mínima.
- La valoración de los criterios susceptibles de ponderación mediante un juicio de valor es manifiestamente arbitraria, irracional e inmotivada, por basarse en criterios o variables no establecidos en la documentación contractual, contienen errores patentes y realizan interpretaciones subjetivas carentes de imparcialidad.

A juicio del órgano de contratación, en cambio y según los razonamientos expresados en el informe inicial aportado y en el posterior ampliatorio a raíz de las alegaciones complementarias, el recurso debe ser desestimado por carecer de fundamento y basarse en meras conjeturas.

QUINTO.- Debe abordarse, en primer lugar, la alegación del recurrente relativa a la infracción del derecho de acceso al expediente de contratación.

Esta alegación, formulada en el recurso inicial, es reiterada en el escrito de alegaciones complementarias formuladas tras la vista del expediente en la sede de este Tribunal. Más concretamente, considera que se ha incumplido por parte del órgano de contratación la obligación establecida en el artículo 52.2 de la LCSP, generándole indefensión, en la medida en que se otorgó acceso para el día 9 de agosto cuando ya habría transcurrido el plazo para formular recurso especial en materia de contratación, suspendiéndose dicha vista porque ya se había interpuesto el recurso.

De forma añadida, considera que la documentación obrante en el expediente a la que el Tribunal ha dado acceso es insuficiente porque no ha podido conocer el contenido de gran parte de las propuestas técnicas declaradas confidenciales por el resto de licitadores, sin haber tenido oportunidad de rebatir tales declaraciones de confidencialidad, ni, en consecuencia, las puntuaciones otorgadas a aquellos.

Como explica el informe emitido por parte del órgano de contratación de 12 de agosto de 2022, en fecha 2 de agosto se citó a las entidades licitadoras ÓBOLO Y CLECE, S.A. para la vista del expediente el día 9 de agosto a las 09:00 y 11:30 horas, respectivamente. Siendo así que el día 4 se remitió por parte de este mismo Tribunal solicitud de informe sobre la petición de medida cautelar y el día 8 se dictó resolución de admisión a trámite del recurso y petición de remisión de expediente e informe al mismo. En consecuencia, y dado que el recurrente había solicitado ya el acceso al amparo del artículo 52.3 de la LCSP, el Servicio de contratación acordó de manera coherente suspender la cita para la vista del expediente que, efectivamente, fue concedida por el propio Tribunal el día 12 agosto.

No se alcanza a comprender, en consecuencia, la alegación de la recurrente, en la medida en que se ha asegurado su derecho de acceso al expediente de contratación tal y como solicitó en su recurso de conformidad con el artículo 52.3 de la LCSP ya citado y artículo 29 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, al que se remite el Reglamento interno de funcionamiento de este Tribunal publicado en el BOPH de fecha 1 de abril de 2022, habiendo tenido la posibilidad de formular alegaciones complementarias a su recurso inicial.

En relación con el ejercicio del derecho acceso al expediente de contratación y el necesario equilibrio entre el derecho a la defensa de los recurrentes y la garantía de confidencialidad de las ofertas del resto de los licitadores es preciso partir del artículo 133 LCSP, a cuyo tenor “...los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”, añadiendo que esta

declaración *“Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles”*.

Sobre el alcance de esta previsión legal, este Tribunal comparte el criterio expresado, entre otras muchas, por la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 20 de enero de 2022, en la que se recuerda, entre otros aspectos y en lo que ahora interesa, que -en todo caso- el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación (en nuestro caso, de exclusión) como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso.

En efecto, el carácter instrumental del derecho de acceso al expediente está orientado a satisfacer la necesidad del recurrente de disponer de la información precisa para articular su recurso.

En el supuesto examinado, el objeto del recurso y, en consecuencia, la legitimación activa de la recurrente, se ha de ceñir a rebatir las razones técnicas expresadas por la mesa de contratación (en base a los correspondientes informes) para no otorgar la puntuación determinante de alcanzar la puntuación mínima, dado que no existe una acción pública en defensa de la legalidad en esta materia, y la realidad es que no se acredita por la recurrente en que beneficia o perjudica la puntuación otorgada al resto de licitadores. Por ello carece de justificación -en el necesario equilibrio ya mencionado entre el derecho de acceso y el derecho al secreto a parte de las proposiciones técnicas- la pretensión de acceso a la totalidad del resto de ofertas técnicas. Se ha de tener en cuenta, en este sentido, que este Tribunal si tiene acceso a la totalidad del expediente, incluido el contenido integro de las ofertas, por lo que puede llevar a cabo una revisión completa de la controversia en base a los argumentos planteados por las partes.

En nuestro caso, el informe de valoración de las ofertas mediante criterios ponderables por juicio de valor parece suficiente para conocer y, en su caso, rebatir los motivos que conducen a asignar los puntos entre los licitadores y, lo

que resulta más relevante, la insuficiente valoración de la oferta de aquellos que quedan excluidos por no alcanzar el umbral mínimo previsto en el pliego.

Evidencia de ello es que el propio recurrente, en el motivo Cuarto del recurso inicial, incluso antes de tener el acceso al expediente -limitado, a su juicio-realiza una sana y profusa crítica a la valoración otorgada en los diferentes apartados susceptibles de ponderación subjetiva o no automática, por lo que difícilmente se ha podido cercenar el legítimo derecho de defensa. De esta forma y partiendo del acotado objeto del recurso, este Tribunal revisó la declaración de confidencialidad manifestada por los diferentes licitadores que continuaban en el procedimiento, considerándose correcto el criterio seguido por parte del órgano de contratación en relación con el alcance de las respectivas declaraciones y manifestaciones efectuadas por aquellos.

SEXTO.- En segundo lugar, en relación con la pretendida infracción del deber de abstención en el procedimiento y vulneración del principio de imparcialidad en la contratación, coincidimos con las partes en la trascendencia de la alegación formulada. Consideramos, igualmente, el carácter determinante del informe técnico que sirve de fundamento a la decisión de la mesa de contratación, ya que fue asumido en su integridad e influyó en la decisión de exclusión del licitador y, por ende, se requiere la estricta aplicación de los artículos 23 de la LRJSP y 64 de la LCSP, no siendo hasta fecha posterior cuando se conoció a las personas autoras de dicho informe.

Como señala la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (entre otros, en el Informe recaído en el expediente nº 12/19) el del conflicto de interés es un concepto de carácter independiente y autónomo que se supone la existencia de vinculaciones personales o de otra índole, susceptibles de afectar al componente de imparcialidad que debe presidir las actuaciones del órgano de contratación, correspondiendo a éste la obligación de examinar su concurrencia y de adoptar las medidas oportunas, y ello con independencia de que de dicha situación se derive la posible existencia o no de una prohibición de contratar.

Cierto es que corresponde a la recurrente la carga de acreditar los hechos y fundamentos en los que base los motivos de su recurso, como también lo es que

hay que tener en consideración las posibles dificultades probatorias, no estando en su mano la aportación, como pretende el órgano de contratación, de libros de familia o pruebas biológicas que demuestren el vínculo de parentesco entre las personas que intervienen en el proceso de licitación y alguno de los licitadores.

Dicho lo anterior, y aún cuando hubiera sido deseable la cumplimentación de una declaración de ausencia de conflictos de interés al inicio del procedimiento de licitación, consta en el expediente y, más concretamente, en el informe de fecha 11 de agosto de 2022 emitido por la persona firmante del informe técnico (técnico en el departamento de Servicios Sociales), una declaración expresa en la que, bajo su responsabilidad, se declara la inexistencia de vínculo de parentesco o consanguinidad alguno con los representantes de los licitadores y, en consecuencia, la ausencia de conflicto de interés o causa de abstención o recusación. En base a ello, la argumentación de la empresa recurrente queda reducida, en efecto, a una mera conjetura. En este sentido, el mero hecho de que coincida el apellido de una técnico interviniente en el expediente y uno de los administradores de las empresas licitadoras no puede considerarse, frente a la declaración jurada de un empleado público y sin la aportación de un mero indicio probatorio en contra, justificación suficiente para sostener un argumento de tal trascendencia como es el de la falta de imparcialidad por incumplimiento del deber de abstención.

SÉPTIMO.- Finalmente procede analizar la alegación relativa a que la valoración de los criterios ponderables en función de juicio de valor es manifiestamente arbitraria, irracional e inmotivada, por basarse el informe de 29 de junio de 2022 en criterios o variables que no se encuentran en la documentación contractual, sino que se identifican por primera vez en los propios informes que no pudieron ser conocidas por los licitadores en el momento de elaborar sus ofertas.

En concreto, se refiere el recurso al apartado 1 del informe relativo a la “adecuación y coherencia del proyecto técnico con el Reglamento y/o PPT” al mencionar el Informe de valoración que la oferta de la recurrente (i) no realiza referencia directa a los ODS y reto demográfico, (ii) no facilita indicadores que permitan la medición o estimación de los valores de pertinencia, eficiencia, eficacia, impacto y sostenibilidad” y el apartado 4 del informe relativo a la

inclusión de estrategias que faciliten la implicación familiar se refiere a (iii) las carencias de la oferta en relación con la falta de medición de las variables de pertinencia, eficiencia, eficacia, impacto y sostenibilidad o no se estiman suficientemente alcanzados. Además, se rebate el informe de valoración en cuanto a que, a su juicio, si está adecuadamente descrita su metodología de forma detallada o se incluyen claramente los recursos técnicos informáticos. En suma, el recurrente entiende que los informes de valoración realizan una interpretación subjetiva y carente de rigor e imparcialidad.

Sobre esta cuestión, hay que partir del PCAP, cuyo Anexo I cláusulas 18 y 19 disponen que el Sobre B contendrá el proyecto técnico, con el contenido necesario para la valoración técnica de la oferta con aplicación de criterios sujetos a juicio de valor. El contenido de esta propuesta, con un máximo de 40 páginas, versará sobre la prestación y desarrollo del servicio, conteniendo manifestación en relación a los puntos que se recogen en el cuadro adjunto al pliego, que servirán para la valoración de la misma conforme a la puntuación que se señala. Entre otros aspectos, se valorarán elementos que requieren una ponderación técnica que se plasmarán en ciertos parámetros exteriorizados según la apreciación subjetiva; es decir, según la calificación o consideración de los técnicos, que considerarán más o menos interesantes las propuestas de cada licitador. Así, en en relación con el Apartado 1, por ejemplo, el PCAP afirma que se valorará (sic.) *“el grado de conocimiento, la comprensión y el compromiso de cumplimiento mostrado en el contenido del Proyecto Técnico, así como la claridad y concreción en la exposición del mismo, la adaptación de las propuestas de las entidades licitadoras a las peculiaridades de la provincia de Huelva, etc”*. Se trata, en suma, de conceptos indeterminados que han de ser apreciados por los técnicos según las circunstancias del caso concreto y las necesidades a satisfacer.

A fin de facilitar el mayor acierto o ajuste de las ofertas a las necesidades de la Administración, el órgano de contratación publicó para su conocimiento por parte de todos los licitadores un manual de procedimiento técnico, un protocolo de actuación ante quejas y reclamaciones y un Reglamento del SAD de la Diputación.

Así las cosas, el Informe 29 de junio de 2022 hizo mención a los aspectos incluidos o no por las diferentes propuestas técnicas (por ej. el alineamiento

con los objetivos ODS) o al grado de aproximación a ciertas variables como la eficiencia, eficacia, etc.

Por su parte, en el informe de 12 de agosto de 2022 el Servicio de Contratación reitera que no se han introducido nuevos criterios, sino que se trata de meros parámetros de referencia, siendo así que las valoraciones de los proyectos técnicos de todos los licitadores están motivadas de forma pormenorizada, en función de la comparativa que se hace de todos los proyectos en aplicación de los mismos parámetros o indicadores, ratificándose en la valoración resultante.

Sentados en estos términos el debate, es preciso recordar la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la discrecionalidad técnica. En general, sobre el ámbito del control o revisión de la decisión administrativa de carácter técnico, ha de tenerse en cuenta, entre otras, la STS de 11 de mayo de 2016, en la que se recuerda que *“La jurisprudencia de esta Sala, en esa difícil y delicada materia del control de las actuaciones encuadrables en la llamada “discrecionalidad técnica”, ha hecho un permanente esfuerzo por ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto para toda actuación administrativa en el artículo 106.1 de la Constitución (CE); jurisprudencia cuya síntesis está representada por estas ideas principales: (I) la diferenciación que ha de hacerse, dentro de las actuaciones encuadrables en la llamada discrecionalidad técnica entre los aledaños y el núcleo del juicio técnico; (II) el significativo papel que corresponde a la motivación dentro de esa distinción; y (III) los límites que debe respetar el control jurisdiccional que se efectúe en esta clase de actuaciones de valoración técnica”*.

En el ámbito más específico de la contratación pública, la STS de 10 de mayo de 2017 afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cual es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”*. Por su parte, la STS de 24 de septiembre de 2014 viene a afirmar que *“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”.

En este sentido, entiende este Tribunal que los reproches realizados en el recurso a la puntuación otorgada en aspectos como las estrategias de implicación familiar o la adecuación o coherencia del proyecto de ayuda a domicilio entran dentro de ese juicio propiamente técnico y que la arbitrariedad, discriminación, o las omisiones o errores materiales en la valoración de las ofertas técnicas ha de ser acreditado, no bastando con la formulación de alegaciones meramente rituarías.

En nuestro caso, el informe de valoración que, en suma, determinó la exclusión de la recurrente por no alcanzar el umbral de puntuación mínima en ninguno de los tres lotes parece razonado suficientemente, explicando el porqué de las puntuaciones otorgadas a cada uno de los licitadores, no siendo de recibo sustituir por los propios de la recurrente los criterios de adjudicación tenidos en cuenta por la Administración demandada en uso de facultades fundamentadas en juicios o valoraciones de carácter técnico, sin -al menos- desplegar una mínima actividad probatoria. Partiendo del hecho, ya razonado, de que la exteriorización de los elementos tenidos en cuenta para ponderar las ofertas no puede confundirse con la incorporación de subcriterios, el reconocimiento de que, de haberlo sabido, la propuesta técnica se hubiera planteado en otros términos, implica el implícito reconocimiento de su deficiencia.

Procede, en mérito de lo expuesto, la desestimación íntegra del recurso.

De conformidad con lo anterior, y en virtud de lo establecido en el art. 57 de la LCSP, el Tribunal **RESUELVE**:

PRIMERO.- Alzar la suspensión cautelar del procedimiento de licitación del servicio de Ayuda a Domicilio de la Diputación de Huelva (expediente 21seA34).

SEGUNDO.- Desestimar el recurso interpuesto por ÓBOLO contra la decisión de la mesa de contratación de su exclusión de la licitación.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En Huelva a fecha de firma electrónica.