

Recurso nº 176/2014

Resolución nº 256/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 21 de marzo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. J. C. A., en representación de la entidad CREATIVE QUALITY, S.L. contra la resolución adoptada por la Directora General del Servicio Público de Empleo Estatal, de fecha 28 de enero de 2014, por la que se acuerda su exclusión del “procedimiento abierto nº 17/13, por el que se procede a la celebración de un Acuerdo Marco con Agencias de Colocación para la colaboración con Servicios Públicos de Empleo en la “inserción en el mercado laboral de las personas desempleadas” convocado por el Servicio Público de Empleo Estatal, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE, en lo sucesivo), convocó mediante anuncios publicados en el Boletín Oficial del Estado de 13 de agosto de 2013 y en el perfil del contratante, la licitación de un acuerdo marco para la selección de agencias de colocación para la colaboración con los Servicios Público de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas.

Segundo. La licitación se ha venido desarrollando de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. El día 23 de diciembre de 2013 la Mesa Central de Contratación procedió a la apertura del sobre nº 2 que contenía la parte de la oferta no evaluable mediante fórmula.

En su reunión del día 27 de enero de 2014, la Mesa adoptó, previa valoración y análisis del informe efectuado por la Unidad peticionaria, sobre la documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmulas, el acuerdo de excluir, entre otras, a la mercantil ahora recurrente, *“por no obtener la puntuación mínima de 15 puntos que se requiere en la cláusula 16 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, al establecer que la suma de las puntuaciones obtenidas por los tres criterios marcados estará comprendida entre 0 y 40 puntos, exigiendo una puntuación mínima de 15 puntos”*.

Cuarto. La Directora General de Servicio Público de Empleo Estatal, en su condición de órgano de contratación de dicho organismo, en fecha 28 de enero de 2014 dictó resolución por la que se excluía del procedimiento de licitación a la entidad CREATIVE QUALITY, S.L., interponiéndose frente a la misma el presente recurso especial en materia de contratación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en lo sucesivo) se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido, acompañado del correspondiente informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas licitadoras en fecha 14 de marzo de 2014 para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho en el plazo de cinco días hábiles, sin que ninguna de ellas haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 18 de febrero de 2014, acordó la adopción de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSF, de forma, que según lo previsto en el artículo 47 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de exclusión adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un acuerdo marco, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, la petición de anulación de la resolución recurrida descansa fundamentalmente en supuesta falta de motivación suficiente de la resolución recurrida, la utilización de criterios de valoración no previstos en el PCAP y, sobre todo, en la disconformidad de la mercantil con la puntuación obtenida en la fase de valoración de la parte técnica de las ofertas, en la que ha obtenido una puntuación inferior a 15 puntos, procediendo conforme a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares la exclusión de la misma.

En el recurso la recurrente denuncia la indebida exclusión de su oferta y su falta de acuerdo con las puntuaciones obtenidas en relación con la estrategia de inserción de las distintas categorías de demandantes de empleo, la estrategia de captación de las ofertas y el valor técnico de las metodologías a utilizar y organización funcional de los trabajos, entendiéndose que se le debería haber otorgado una puntuación superior en todos los apartados indicados, que le hubiera permitido no haber sido excluido del proceso de licitación.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe remitido, lleva a cabo una minuciosa explicación de los motivos que justifican la puntuación obtenida, que permite *prima facie* a este Tribunal, descartar la existencia de arbitrariedad en el modo de haber procedido durante la fase de valoración de la oferta técnica, pudiéndose considerar así el recurso que ahora nos ocupa, una manifestación de la contrariedad que siente la empresa por haber sido excluida del proceso de licitación.

Pues bien, como acabamos de señalar, y como consecuencia del examen de la documentación obrante en el expediente administrativo, la alegación cuenta con escasos visos de prosperar, toda vez que por parte del órgano de contratación, la valoración técnica de la oferta llevada a cabo, que contenía criterios no evaluables mediante fórmulas y, por tanto, susceptibles de apreciaciones de carácter subjetivo, se ha realizado de conformidad con unos criterios detallados de forma muy minuciosa y detallada, que permitían un muy escaso margen de discrecionalidad, siendo por ello prácticamente imposible el trato discriminatorio y arbitrario entre las empresas concurrentes.

Sexto. Sin ánimo de ser exhaustivos, pero como continuación de lo ahora expuesto, hemos de comenzar por señalar que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la cláusula número 16, relativa a los criterios de adjudicación, expone:

Cláusula 16. Criterios de adjudicación.

Los criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmulas, junto con las puntuaciones máximas que podrá obtenerse para cada uno de ellos, son los que a continuación se indican:

- 1) Estrategia que se seguirá para la inserción de las distintas categorías de demandantes de empleo (entre 0 y 12 puntos).*
- 2) Estrategia que se seguirá para la captación de ofertas (entre 0 y 12 puntos).*
- 3) Valor técnico de la metodología a utilizar y organización funcional de los trabajos (entre 0 y 16 puntos).*

En el Anejo se detalla el árbol de criterios, junto con sus pesos y el procedimiento de

valoración y asignación de puntuaciones. La suma de las puntuaciones obtenidas por estos tres criterios estará comprendida entre 0 y 40 puntos, y se exigirá la obtención de una puntuación mínima de 15 puntos.

Por su parte, el mencionado Anejo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala sobre la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas, lo siguiente:

ANEJO II – I. Criterios no evaluables mediante fórmulas.

**1. Estrategia de inserción de las distintas categorías de demanda empleo.
(Puntuación: 0 a 12,00 puntos)**

1.1 Segmentos de la demanda sobre los que prevé trabajar, identificación y análisis de los problemas de cada segmento. Elementos de diagnóstico.

(Puntuación: 0 a 3,00 puntos)

1.2 Estrategia y objetivos de inserción, plazos y servicios previstos, por segmentos
(Puntuación: 0 a 7,80 puntos)

1.3 Aspectos innovadores de su estrategia de inserción.

(Puntuación: 0 a 1,20 puntos)

2. Estrategia de captación de ofertas. (Puntuación: 0 a 12,00 puntos)

2.1 Segmentos de la oferta laboral sobre los que piensa trabajar, identificando necesidades y preferencias de los empleadores, por segmentos.

(Puntuación: 0 a 1,80 puntos)

2.2 Estrategia, procesos y servicios que se seguirán para la captación de ofertas, objetivos de captación, identificación y análisis de los problemas, todo ello por segmentos.

(Puntuación: 0 a 9,00 puntos)

2.3 Aspectos innovadores de sus estrategias de captación de ofertas.

(Puntuación: 0 a 1,20 puntos)

3. Valor técnico de las metodologías a utilizar y organización funcional de los trabajos. (Puntuación: 0 a 16,00 puntos)

3.1 Metodologías que se aplicarán a la prestación de los servicios.

Puntuación: 0 a 9,60 puntos)

3.2 Gestión de los contratos.

(Puntuación: 0 a 6,40 puntos)

Además de esta ya detallada exposición de criterios de valoración técnica, forma parte del expediente, como documento número 12, la “Guía para la evaluación de la calidad técnica de las ofertas presentadas a la licitación del Acuerdo Marco con agencias de colocación”, en la que, otra vez, de forma muy minuciosa y detallada se expone la manera como debe realizarse la valoración técnica de la oferta. En la página 22 y siguientes de esta guía se contienen los criterios no evaluables mediante fórmulas que tendrán que valorar los evaluadores y coordinadores, así como también los subcriterios y sus puntuaciones máximas. Los subcriterios están compuestos por aspectos que se han definido de tal forma que se logra cubrir todo el significado que pretende recoger cada uno de los subcriterios. De la lectura de este apartado de la guía, que a su vez remite a otro anejo, cabe concluirse sin ningún género de duda, que la actuación del órgano de contratación, por encontrarse tan exhaustivamente reglada, no ha podido dar cabida a ninguna actuación de carácter discriminatorio o arbitraria.

Séptimo. Habiendo quedado expuesta la alegación del recurrente, y con la finalidad de fundarla en derecho, es preciso invocar la sentada jurisprudencia que sobre ella existe, y que señala que en el ámbito de la contratación, la Administración puede valorar las ofertas presentadas dentro de un cierto margen de discrecionalidad técnica para verificar cuál sea justamente la "proposición más ventajosa" (SsTS 16-6-00, RJ 6022 y 23-6-00, RJ 6024). Ello no es obstáculo para afirmar que los Tribunales pueden valorar si la actuación de la administración en la valoración de los criterios de adjudicación ha sido arbitraria, o si entra dentro de los límites de la discrecionalidad administrativa (SsTS 18-7-00, RJ 7428 y 4-6-02, RJ 7927).

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio 2000 señala que la normativa en materia de contratación administrativa atribuye a la Administración, primero, la facultad de precisar en el pliego de cláusulas los criterios básicos a tener en cuenta para adjudicación y, luego, tras la apertura por la mesa de contratación de las proposiciones presentadas por los licitadores y la elevación del acta y las observaciones pertinentes, la de adjudicar a la oferta "más ventajosa" el correspondiente contrato, afirmando a continuación que: *"Ahora bien, lo que resulta indudable es que el control judicial del ejercicio de la facultad de que se trata ha de utilizar necesaria y exclusivamente criterios o parámetros jurídicos que afectan a los elementos reglados de competencia y procedimiento, a la observancia por la resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y, la propia desviación de poder. Y no es posible que el Tribunal, al margen de dichos elementos de control de la potestad administrativa, o del de los conceptos jurídicos indeterminados señale, con base en un criterio propio, la proposición "más ventajosa" o más útil para el servicio.*

Conforme a dicha técnica de los conceptos jurídicos, junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado "halo o zona de incertidumbre", en relación con el cual -sin hacer, por supuesto, aplicación de la presunción iuris tantum de validez de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el "beneficio de la duda" en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso- sí resulta necesario, para rectificar la apreciación que de aquél haga la Administración, acreditar que ésta ha obrado con arbitrariedad o irrazonabilidad, si se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos, como ocurre, de manera característica, con la proposición "más ventajosa" o "más conveniente" (Cfr. STS 25 mayo 1998)."

Octavo. De cuanto antecede y hemos principalmente analizado en este anterior apartado, tomando como base la doctrina sobre la valoración de las ofertas antes expuesta, no cabe sino concluir que no se ha producido error alguno en la misma, ni tampoco arbitrariedad.

No se trata efectivamente de realizar un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes, sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha

puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

En este asunto en concreto, no cabe sino concluir que tanto del escrito del recurso como del informe presentado por el órgano de contratación, las discrepancias lo han sido respecto a una diferencia de criterio en la estimación de las características técnicas de la oferta, y no al error patente en la aplicación de los criterios.

Resulta, además, en este contexto oportuno, traer a colación la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2013 (recurso nº 97/202), que ante las dos consideraciones técnicas contrarias mantenidas por las partes en el recurso, asevera que *“a falta de una prueba técnica independiente, aportada o suscitada en su práctica por aquel en quien recae la carga probatoria, y dado la falta de conocimiento “ad hoc” del tribunal, ha de resolverse a favor de la Administración por la presunción de imparcialidad que merece tal criterio ya que gozaba de la imparcialidad que le confiere su naturaleza y la condición de los funcionarios que lo emiten, frente al mero del perito de parte”*.

De los anteriores razonamientos, debe deducirse la procedencia de desestimar el presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F. J. C. A., en representación de la entidad CREATIVE QUALITY, S.L. contra la resolución adoptada por la Directora General del Servicio Público de Empleo Estatal, de fecha 28 de enero de 2014, por la que se acuerda su exclusión del “procedimiento abierto nº 17/13, por el que se procede a la celebración de un Acuerdo Marco con Agencias de Colocación para la colaboración con

Servicios Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de las personas desempleadas” convocado por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.