



Recurso nº 187/2012-C.A. La Rioja 01/2012

Resolución nº 203/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, 20 de septiembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.C.S., en representación de la empresa THEMATIS MUSICAE GESTIO, S. L. (en lo sucesivo, Thematis), contra la adjudicación del servicio para el desarrollo y dirección de las actividades de la Escuela Municipal de Música de Arnedo, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Arnedo (La Rioja), convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de La Rioja el día 1 de junio de 2012, licitación por procedimiento abierto para la contratación del "*Servicio para el desarrollo y dirección de las actividades de la Escuela Municipal de Música de Arnedo*", con una duración de dos años, dos posibles prórrogas de carácter anual y un valor estimado de 536.000 euros, a la que presentó oferta, entre otras, la empresa ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) y de las demás normas de desarrollo aplicables en materia de contratación.

Tercero. El Alcalde de Arnedo dictó Resolución el día 9 de agosto de 2012, a propuesta de la mesa de contratación, de adjudicación del servicio a la empresa MÚSICA-ARTE S.C. (en adelante, Música-Arte). La oferta de esta empresa tuvo 54,64 puntos, de los que 50 corresponden a los criterios no valorables mediante fórmula. La recurrente quedó en segundo lugar con 42,20 puntos, de los que 8 corresponden a esos criterios. El acuerdo de adjudicación fue notificado el 14 de agosto de 2012.

Cuarto. Contra el indicado acuerdo de adjudicación interpuso recurso especial en materia de contratación Thematis, mediante escrito recibido en el Ayuntamiento de Arnedo el 30 de agosto de 2012. Manifiesta la recurrente su discrepancia con el informe técnico de valoración de los criterios subjetivos, relativo a la documentación presentada en el sobre “B” sobre el *Proyecto de Desarrollo del Plan Pedagógico* y las mejoras propuestas para la prestación del servicio. Solicita que se revoque el acuerdo de adjudicación, se ordene la emisión de un nuevo informe y, sobre el mismo, se proceda a una nueva adjudicación.

El 31 de agosto, el órgano de contratación remite el expediente a este Tribunal, acompañado de su informe sobre el recurso.

Quinto. El 4 de septiembre, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las otras licitadoras para formular alegaciones, sin que ninguna lo haya hecho en el plazo habilitado.

Sexto El Tribunal, mediante acuerdo de 6 de septiembre de 2012, decidió el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de contratación, conforme a lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP, lo que notificó a la recurrente y al órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación en la licitación de un contrato de servicios comprendido en la categoría 24 del anexo II del TRLCSP. Aunque no sujeto a regulación armonizada, su valor estimado es superior a 200.000 euros por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratos, conforme al artículo 40.1.b) del TRLCSP.

Segundo. La competencia para resolver el recurso, corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del el artículo 41 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de La Rioja sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 18 de agosto de 2012.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente deriva de su condición de licitadora. En la interposición del recurso se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP citado.

Cuarto. La pretensión de Thematis es que se haga un nuevo informe de valoración, tanto respecto a la adjudicataria como a su propia oferta.

Entiende que, a la primera (Música-Arte) se le valoran favorablemente propuestas irrelevantes (nombre de los profesores) y otras que, en cambio, no se tienen en cuenta cuando las hace la recurrente (objetivos pedagógicos, programaciones didácticas). En cambio, en lo referido a la recurrente, el informe hace énfasis en lo que considera aspectos desfavorables de su propuesta. Esta calificación se refiere a aspectos que Thematis entiende que debían considerarse como favorables (*nº de niveles en el Programa general*), o, contra lo que resalta el informe, propuestas que son congruentes con el pliego (*agrupamiento de alumnos; duración de las clases*). También considera que se emplean expresiones peyorativas inadecuadas (se califica como “*desorden en la distribución de los cursos*” lo que solo obedece a que “*cada especialidad instrumental pueda requerir un tiempo específico de enseñanza*”) o se hacen afirmaciones vagas o genéricas que no se justifican; así, al final del informe, se afirma sin dar explicaciones que “*la metodología propuesta difiere en mucho con la planteada por la convocatoria*”.

En cuanto a las mejoras, considera que “*la parcialidad del informe es palmaria*”. Al adjudicatario se le valora como “*muy positiva la propuesta de organización de conciertos...*”, mientras que a Thematis no se le valora ninguna de las mejoras propuestas (*conciertos de Navidad, de fin de curso, día de la música; audiciones internas; clases de refuerzo para acceso al conservatorio, clases colectivas,..*). Tampoco se valoran los “*instrumentos que Thematis pone a disposición de la escuela*”. En cambio se valora muy positivamente la oferta de la adjudicataria de “*informática musical*”, lo que considera como “*un claro error en el que cae el informe, dado que la empresa que lo ofrece no aporta equipamiento informático en su oferta, y además, el Ayuntamiento de Arnedo no dispone de una aula informática que pueda permitir concretar ese ofrecimiento*”. También se valora positivamente a la adjudicataria la plasmación de las condiciones de contratación y salario del profesorado, “*asimilar un salario...con calidad del trabajo no parece un argumento muy consistente*”. Concluye que el informe de valoración, hecho suyo por la mesa de contratación, “*no es creíble,... es parcial,... contiene errores flagrantes y... es inconsistente*”.

Quinto. En su informe, el órgano de contratación manifiesta que la mesa solicitó la emisión del informe técnico “*al Vocal de la misma experto en la materia. Y es por ello*

que, en tanto que se trata de un informe eminentemente técnico y emitido por un miembro de la Mesa experto en la cuestión, la Mesa aceptó las propuestas y valoraciones que en el informe se contenían”. Señala que “la documentación contenida en el sobre B recogía los aspectos a valorar mediante criterios subjetivos y... es aceptado y reconocido la existencia de una cierta discrecionalidad técnica de la Administración en la valoración de este tipo de aspectos....Únicamente cabría la aceptación del recurso si hubiera quedado demostrado de un modo patente, manifiesto e indiscutible que el informe técnico en que se sustenta la adjudicación, es arbitrario o discriminatorio, lo cual no sucede en el presente caso, en el que el recurrente muestra su descontento o disconformidad con el modo de valorar o de tener en cuenta unos u otros aspectos”.

Sexto. Antes de analizar las alegaciones de la recurrente, examinaremos las propias disposiciones de los pliegos respecto a los criterios a valorar para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP. “1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato,... 2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo”.

Pues bien, en la cláusula 9 del Pliego de condiciones administrativas particulares (PCAP), además de la fórmula para valorar la oferta económica (50 puntos), se indican algunas pautas a tener en cuenta para la apreciación de los criterios subjetivos:

- a) Para valorar el *Proyecto de Desarrollo del Plan Pedagógico* (30 puntos a la mejor oferta), se debe tomar en cuenta “los objetivos perseguidos, sus especialidades, el Plan de Estudios propuesto, con especial valoración a la dedicación en horas y recursos por cada una de las actividades que configuran el servicio, la metodología y sistemas de organización, las pautas de seguimiento y evaluación, los sistemas de organización y gestión, las actividades a desarrollar y, en general, los recursos personales y materiales necesarios para la ejecución del Plan Pedagógico”.

- b) Para puntuar las *Mejoras o aspectos adicionales a la prestación del servicio* (hasta 20 puntos) sólo se indica de forma genérica que “*deberán tener relación con el objeto del servicio, no siendo valorables aquellas mejoras propuestas que no se refieran a aspectos directamente ligados con los fines perseguidos en la prestación del servicio... La distribución de la puntuación (20 PUNTOS) se realizará en función de su mayor o menor adecuación a los objetivos perseguidos por el Plan Pedagógico del Centro*”.

En los fundamentos siguientes analizamos las disposiciones del PCAP relativas a las mejoras y las alegaciones de la recurrente respecto al informe de valoración.

Séptimo. En el PCAP no se especifican nada más que las generalidades transcritas en el fundamento anterior sobre el tipo de mejoras a tomar en consideración y sobre los criterios para valorarlas.

Estas carencias se aprecian bien en el propio informe de valoración:

- Por una parte, el informe sólo hace referencia a las mejoras propuestas por la adjudicataria, que dice sin más argumentación, “*son las más interesantes tanto para la Escuela de Música como para la ciudad de Arnedo*”. Entre las mejoras que se destacan hay algunas que, como la referida a las condiciones de contratación y salario del profesorado, nada tienen que ver con los fines perseguidos en la prestación del servicio. Otras como la realización de conciertos pedagógicos, conciertos a cargo de los profesores o clases abiertas a padres, sólo parecen haberse tenido en cuenta para la adjudicataria y no para la recurrente que también proponía actividades similares. Tampoco parecen valorarse otras mejoras propuestas por ésta (la recurrente) como las relativas a clases de refuerzo para el acceso al conservatorio, clases colectivas o puesta a disposición de la escuela de diversos instrumentos.
- Por otra parte, el PCAP sólo dice que a las mejoras se les otorgue una puntuación máxima de 20 puntos. No especifica, como sí hace en la valoración del Plan Pedagógico, que se deba dar la puntuación máxima a la oferta que proponga más mejoras. El informe de valoración opta por asignar la puntuación máxima a una de las ofertas (la propuesta como adjudicataria) y, sin entrar a considerar las mejoras

propuestas por las otras licitadoras, otorga una puntuación testimonial a la recurrente (2 puntos) y a la otra licitadora (3 puntos).

Con todo ello se pone de manifiesto que, a tenor de las disposiciones del PCAP, tanto la admisión como la valoración de las mejoras ofertadas queda totalmente al arbitrio de la mesa de contratación, lo que no permite garantizar los principios de no discriminación y de igualdad de trato reiterados en la Ley. Por ello, hay que plantear la cuestión de si deben aplicarse las cláusulas relativas a la valoración de las mejoras o, por el contrario, considerar improcedente tal aplicación.

Ante supuestos similares, en numerosas resoluciones de este Tribunal se ha declarado la improcedencia de la aplicación de ese tipo de cláusulas. Como referencia, en la Resolución 69/2012, con apoyo doctrinal detallado -Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis; informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 59/2009-, se concluía que una cláusula que puede dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio ha de calificarse como nula de pleno derecho y que “...no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”.

Como en el caso citado, la nulidad no tiene por qué extenderse al resto de cláusulas de los pliegos afectados que pueden permanecer invariables y, conforme con el artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conservar lo restantes actos y trámites.

Octavo. En cuanto a la valoración del *Proyecto de Desarrollo del Plan Pedagógico*, los argumentos de la recurrente se refieren al carácter erróneo, arbitrario o discriminatorio de algunas manifestaciones del informe técnico.

En relación con esta argumentación debe tenerse en consideración lo aducido en el informe del órgano de contratación sobre la discrecionalidad técnica de la Administración, concepto jurisprudencial recogido también en múltiples resoluciones de este Tribunal en el sentido de que sólo cuando la valoración derive del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en la anulación de la valoración, con las consecuencias que la resolución establezca.

El informe de valoración impugnado no analiza ni puntúa sistemáticamente para cada oferta los aspectos reseñados en el PCAP (objetivos perseguidos, especialidades, Plan de Estudios, metodología y sistemas de organización, etc.), sino que está configurado como un análisis cualitativo de los aspectos favorables y desfavorables de las mismas y la asignación de una puntuación global a cada una. Pero la forma o estilo del informe no puede calificarse como defecto procedimental. Tampoco la recurrente lo aduce en sus alegaciones, por lo que nuestro análisis debe circunscribirse al examen de si se ha producido error o arbitrariedad.

Con respecto al error, ya hemos manifestado en alguna de nuestras resoluciones que no se trata 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 que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos.

La argumentación de la recurrente pone de manifiesto que alguna de las apreciaciones desfavorables del informe parte de una lectura errónea o insuficiente del PCAP. Es el caso de la consideración como aspecto desfavorable de la posibilidad de agrupar alumnos en las clases de instrumento. La oferta se refiere a que los niveles iniciales *“pueden estructurarse en grupos de dos o tres alumnos de una hora por semana, por razones pedagógicas, si así lo dispone el ayuntamiento o por demanda de la población”*. El Plan pedagógico del centro, recogido como Anexo 1 del PCAP, por su parte señala en el apartado 4.3 que *“Las clases de instrumento se imparten individualmente a razón de media hora semanal por alumno. Se podrán ofertar clases en grupos de dos, tres o cuatro alumnos de una hora de duración por semana, especialmente para las iniciaciones de los distintos instrumentos”*. No parece pues que haya discrepancia entre la propuesta de Thematis y lo establecido en los pliegos.

No obstante, ésta inexacta apreciación del informe de valoración se puede entender como un error en la literalidad del mismo, sin entidad suficiente para invalidar la valoración, máxime cuando, de haber puntuado parcialmente cada aspecto del Proyecto de Desarrollo del Plan Pedagógico, éste tendría un peso relativo poco relevante.

Queda, como consecuencia de ello, estudiar si se ha producido arbitrariedad o discriminación al efectuar la valoración. Este es el argumento que utiliza la recurrente

cuando habla de que a la adjudicataria se le valoran como favorables aspectos que ni siquiera se toman en consideración en la oferta de Thematis, o *“lo extraño de encontrar solo dos líneas para referirse a lo valorable positivamente de un proyecto prolijo”* como el presentado por ella.

Pero, como argumenta el órgano de contratación en su informe, *“lo que puede resultar técnicamente interesante para el recurrente no necesariamente ha de coincidir con lo que resulte técnicamente interesante para el técnico asesor que valore las proposiciones, ni en definitiva para el órgano de contratación”*.

Entra dentro de la discrecionalidad técnica el calificar desfavorablemente aspectos tales como el *“nº de niveles en el Programa general”* o la heterogeneidad en la distribución por cursos de las especialidades instrumentales. La disconformidad con el modo de valorar o de hacer más énfasis en unos u otros aspectos no proporciona argumentos suficientes para concretar un comportamiento arbitrario que, por lo demás, debe ser comprobable por el Tribunal mediante análisis de carácter jurídico, no mediante la valoración de los aspectos técnicos que, como hemos señalado, no pueden caer dentro del ámbito jurídico controlable por él.

En conclusión, de acuerdo con los razonamientos expuestos sólo debe declararse la nulidad de pleno derecho de las cláusulas de los pliegos que se refieren a la valoración de las mejoras.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A.C.S., en representación de la empresa THEMATIS MUSICAE GESTIO, S. L., contra la adjudicación del servicio para el desarrollo y dirección de las actividades de la Escuela Municipal de Música de Arnedo y anular la resolución impugnada. De acuerdo con lo señalado en el fundamento séptimo, las cláusulas relativas a la valoración de las mejoras deben considerarse nulas y, por tanto, no procede su aplicación en la valoración de las ofertas y deben eliminarse los puntos asignados por dichas mejoras.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo art. 45 del TRLCSP.

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 TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa