



EB 2018/071

Resolución 101/2018, de 20 de agosto de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ADOSTEN contra la adjudicación del contrato “Ejecución de las prestaciones correspondientes al servicio de justicia restaurativa”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de junio de 2018, la entidad ADOSTEN interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Ejecución de las prestaciones correspondientes al servicio de justicia restaurativa”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador con fecha 12 de junio de 2018, este OARC/KEAO ha recibido la copia del expediente de contratación junto con el informe al que se refiere el artículo 56.2 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, el 15 de junio de 2018.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 27 de junio de no se ha recibido alegación alguna de empresa interesada.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

1) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 7 de noviembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

2) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el día 18 de mayo de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de doña M.E.F.M, para actuar en su nombre.



TERCERO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de adjudicación. En el recurso que nos ocupa se impugna la Resolución de 18 de mayo de 2018, del Director de Servicios del Departamento de Trabajo y Justicia, de adjudicación del contrato.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) Los reproches realizados a cada uno de los criterios de adjudicación cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor son los siguientes:



- En la valoración del criterio de adjudicación “Contextualización y planteamiento de la justicia restaurativa (contendrá un análisis teórico sobre el tema de la Justicia Restaurativa que permita conocer la visión y la perspectiva de la empresa candidata así como los principios y valores , 5 puntos) se introduce un subcriterio nuevo (la definición de las tres técnicas) y la valoración positiva de las memorias SMI entre 2007 y 2017 se basa en un hecho falso ya que las del 2017 no se han publicado aún.
- En la valoración del criterio Modelo organizativo y funcional del servicio (20 puntos) IRSE ha obtenido la máxima puntuación (18 puntos) sin que se haya considerado el subcriterio Planteamiento que permita valorar el grado de eficacia y eficiencia en la resolución de los objetivos del Servicio. Además, en lo que respecta al personal, se ha atendido en todos los casos a lo estrictamente cuantitativo, siendo ello contrario al segundo de los subcriterios que se refiere a la valoración de las características del personal. Finalmente, se valora de la oferta de IRSE la prestación bilingüe del servicio, que se trata de una obligación contractual, y el reconocimiento con eficacia penológica apreciable del esfuerzo reparador de las partes nada tiene que ver con el criterio de adjudicación (modelo organizativo o funcional del servicio).
- En la valoración del criterio Plan de ejecución del servicio se le penaliza a ADOSTEN la prestación del servicio en torno al Protocolo de Mediación Intrajudicial, cuando tal cosa es la única posible dado que en dicho documento, redactado por el Gobierno Vasco, se recogen los términos en los que se debe prestar el servicio y se valora un criterio de adjudicación no previsto en los pliegos, el de “aportación de nuevas técnicas”.
- En la valoración del criterio de adjudicación Plan de fomento y promoción del servicio, la oferta de ADOSTEN es calificada de genérica y poco novedosa, cuando esas mismas propuestas se valoran positivamente a los otros licitadores. En todo caso, se valoran subcriterios no recogidos en los pliegos como el de la “evaluación externa”.



b) La pretensión del recurso consiste en que se anule, revoque y deje sin efecto la adjudicación del contrato.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

La Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) En la cláusula 30 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), se establece un único criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor (el programa de trabajo), que se pondera con 49 puntos y se divide en cuatro subcriterios. Las constantes referencias que se hacen en el recurso al concepto “subcriterio”, son aspectos propios de la evaluación que realiza el informe.

b) En relación con los reproches realizados a cada uno de los criterios secundarios de adjudicación, se manifiesta lo siguiente:

- En el subcriterio “Contextualización y planteamiento de la justicia restaurativa (contendrá un análisis teórico sobre el tema de la Justicia Restaurativa que permita conocer la visión y la perspectiva de la empresa candidata así como los principios y valores, 5 puntos), se analiza el grado de conocimiento que las licitadoras muestran sobre la Justicia Restaurativa. Cualquier análisis teórico de la Justicia Restaurativa debe partir de un análisis de las tres técnicas prototípicas (mediación penal, círculos y conferencias). Tan claro se deduce ello de los pliegos que las cuatro licitadoras las han mencionado, valorándose su desarrollo y conocimiento comparado en el Informe de valoración. Por otra parte, cuando en este apartado el informe dice que la oferta de IRSE analiza las memorias del SMI, se abre un paréntesis aclaratorio para determinar que dicho análisis constituye un antecedente del servicio que está en activo entre los años 2007-2017, no que IRSE haya analizado todas las memorias.



- En lo que respecta al subcriterio Modelo organizativo y funcional del servicio, (i) el recurrente no especifica los aspectos de la oferta que se han valorado al resto de las empresas y que, sin embargo, no se le han valorado a ella, (ii) en el informe se han comparado los aspectos referidos a las funciones y características de las personas que componen el servicio, (iii) si bien las prestación bilingüe del servicio es un requisito de ejecución del contrato, de la oferta de IRSE se ha valorado cómo se van a organizar las funciones y el modelo de organización respecto a este requisito, (iv) si bien las derivaciones las deciden los jueces, la promoción e impulso del conocimiento del servicio y sus beneficios puede asumirse por el servicio y, como IRSE asigna esta función a una de las personas que forman parte del servicio, la propuesta forma parte del modelo organizativo y funcional.
- En relación con el subcriterio Plan de ejecución del servicio, el informe no dice que IRSE aporte nuevas técnicas sino que IRSE define en profundidad y desarrolla las nuevas técnicas no definidas en el protocolo. El protocolo en vigor, referido a la mediación intrajudicial, no es válido para el servicio de justicia restaurativa.
- En lo referente al criterio Plan de fomento y promoción del servicio, el informe ahonda en los elementos diferenciadores y lo que se ha valorado es la propuesta de evaluación externa que plantea IRSE como parte de su plan de fomento y promoción del servicio.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

a) La cuestión planteada en el recurso

El recurso denuncia la extralimitación de la discrecionalidad que le asiste al poder adjudicador en el momento de la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor sobre la base de que (i) se han valorado criterios de adjudicación secundarios no previstos en los pliegos de la



licitación, (ii) se han valorado elementos que no pueden ser ofertados, (iii) se han valorado obligaciones contractuales y (iv) se aprecian errores de hecho que vician la valoración.

Para la resolución de la cuestión planteada resulta necesario partir de la formulación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor que se efectúa en el punto 30 de la carátula del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP):

30-CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS

(...)

30.2.-Existe una pluralidad de criterios de valoración de las ofertas: sí.

Criterios de valoración de las ofertas relacionados por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye. Puntuación total: 100 puntos

(...)

b)

Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor: sí.

-Proyecto de trabajo

. Ponderación: 49 puntos.

Método de valoración de este criterio:

- Contextualización y planteamiento de la Justicia Restaurativa: contendrá un análisis teórico sobre el tema de la Justicia Restaurativa que permita conocer la visión y la perspectiva de la empresa candidata, así como los principios y valores: 5 puntos.
- Modelo organizativo y funcional del servicio: contendrá una descripción detallada de la organización del servicio, de la estructura de las diferentes sedes principales, y de las funciones y las características de las personas que lo componen, planteamiento que permita valorar el grado de eficacia y eficiencia en la resolución de los objetivos del Servicio: 20 puntos.
- Plan de ejecución del servicio: contendrá una descripción detallada de la metodología a emplear en el desarrollo de los procesos restaurativos tanto en la jurisdicción penal como familiar; se detallarán los criterios técnicos para la elección de la herramienta restaurativa más idónea (mediación, círculos y conferencias); criterios de selección de los procesos restaurativos directos e indirectos; las metodologías de intervención; la formalización de acuerdos y su ejecución; la supervisión y seguimiento de los acuerdos; y los procesos de evaluación de las personas usuarias: 14 puntos.
- Plan de fomento y promoción del servicio: contendrá una descripción detallada de las actividades encaminadas a acercar el



Actividades encaminadas a acercar el servicio a los distintos agentes interesados: 10 puntos.

b) Criterios secundarios de valoración no previstos en los pliegos

El poder adjudicador puede determinar tras la expiración del plazo de presentación de las ofertas coeficientes de ponderación no previstos en el pliego de condiciones y que no han sido comunicados previamente a los licitadores bajo tres condiciones: (i) que esa determinación ex post no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, (ii), no contenga elementos que, de haberse conocido en el momento de la preparación de las ofertas, hubiesen podido influir en esa preparación y (iii) no se haya adoptado teniendo en cuenta elementos que puedan tener un efecto discriminatorio en relación con uno de los licitadores (ver, en este sentido, STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15 ECLI:EU:C:2016:555, apartado 26).

Ello significa que para considerar si los factores de ponderación de los subcriterios se han introducido ilícitamente se debe comprobar si concurren los tres requisitos definidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (ver, en este sentido STJUE DE 20 DE diciembre de 2017, asunto C-677/15 P ECLI:EU:C:2017:998, apartado 35).

En concreto, la recurrente denuncia que el informe de valoración introduce los siguientes criterios secundarios de valoración no previstos en los documentos del contrato y, por consiguiente, no conocidos por los licitadores: (i) la definición de las tres técnicas (ii) la aportación de nuevas técnicas no incluidas en el protocolo de mediación intrajudicial y (iii) evaluación externa.

A juicio de este OARC/KEAO la pretensión de anulación de la adjudicación basada en este motivo debe ser desestimada, ya que en ninguno de los casos nos hallamos ante verdaderos criterios secundarios de adjudicación. Por el contrario, en todos ellos se aprecia que se están valorando aspectos de la



oferta relacionados con los criterios de adjudicación especificados en el punto 30 de la carátula del PCAP por las siguientes razones:

a) Conforme a la cláusula 1 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), el objeto del contrato consiste en aplicar las medidas restaurativas (mediación, círculos y conferencias) que el propio Servicio estime conveniente, consecuentemente, el análisis teórico sobre el tema de la Justicia Restaurativa, que constituye parte del fondo parcialmente reglado del primero de los criterios secundarios de adjudicación, debe partir de la valoración del análisis que de estas tres técnicas (mediación, círculos y conferencias) se efectúa en las diversas ofertas.

b) El criterio secundario Plan de ejecución del servicio, especifica entre otras cuestiones que (en la oferta) se detallarán los criterios técnicos para la elección de la herramienta restaurativa más idónea (mediación, círculos y conferencias). Consecuentemente, en contra de lo alegado por el recurrente, la valoración de las tres técnicas está prevista en el criterio de adjudicación.

c) La valoración de lo que en el informe técnico se denomina evaluación externa no se trata de un criterio secundario nuevo, por el contrario, forma parte de un aspecto de la oferta efectuada por el licitador y relacionada con el criterio de adjudicación ya que, según completa el poder adjudicador en su Informe al recurso, se refiere a los procesos de evaluación de las personas usuarias del servicio, y téngase en cuenta que el criterio de adjudicación Plan de fomento y promoción del servicio se valoran las actividades encaminadas a acercar el servicio a los distintos agentes interesados.

En resumen, el criterio de adjudicación Programa de trabajo y los criterios secundarios en los que se divide y que figuran en el PCAP han sido definidos en un grado de concreción suficiente como para permitir a los licitadores efectuar sus ofertas con pleno conocimiento de los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para comparar las ofertas al objeto de determinar la económicamente más ventajosa. Lo que el recurrente denuncia como criterios



secundarios de adjudicación nuevos, no previstos en los pliegos, es la motivación basada en juicios técnicos que efectúa el órgano de contratación que informa de las características de las ofertas de los distintos licitadores y las razones determinantes de la atribución de puntuaciones lo cual ha permitido, en suma, formalizar un recurso debidamente fundado.

c) Errores de hecho en la valoración de la oferta

Se alega en el recurso que la valoración del criterio de adjudicación Contextualización y planteamiento de la Justicia Restaurativa se asienta sobre un presupuesto fáctico erróneo por valorarse el análisis que realiza IRSE de las memorias SMI entre 2007 y 2017, cuando las de este último año no han sido publicadas.

Este OARC/KEAO no puede compartir esta afirmación ya que del informe de valoración, que literalmente señala (...) analiza memorias SMI, (antecedentes del SMI 2007-2017), no se desprende la afirmación de que haya analizado la totalidad de las memorias de dicho período, sino que se valora el que haya analizado memorias SMI (en general).

Tampoco se comparte la afirmación de la recurrente de que a IRSE en el criterio de adjudicación Modelo organizativo y funcional del servicio no se le ha valorado el criterio secundario Planteamiento que permita valorar el grado de eficacia y eficiencia en la resolución de los objetivos del Servicio, obteniendo aun así la máxima puntuación, pues de la motivación que obra en el acuerdo de adjudicación se deduce que este aspecto ha sido analizado y positivamente valorado (propuesta de potenciar derivaciones en fase de instrucción y ejecución y potenciar el reconocimiento con eficacia penológica). En relación con esta oferta en concreto, que es objeto de crítica en otra parte del recurso, el poder adjudicador argumenta convincentemente que lo que ha sido objeto de valoración es la promoción e impulso del conocimiento del servicio y sus beneficios ya que las derivaciones dependen de los jueces.



d) La discrecionalidad técnica

Son numerosas y reiterados los pronunciamientos en los que este OARC / KEAO (ver, por ejemplo la Resolución 105/2017) ha manifestado en relación con la discrecionalidad técnica en la emisión de informes, que el control que ejerce en virtud del procedimiento de recurso especial «(...) únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “núcleo material de la decisión”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»

Examinados a la luz de esta doctrina el resto de los reproches que se efectúan en el recurso a la valoración de los criterios de adjudicación que requieren de un juicio de valor, este OARC/KEAO considera que deben ser desestimados ya que en todos ellos se observa que guardan relación con los criterios de adjudicación, se hallan suficientemente motivados y no se alega ni se observa infracción del principio de igualdad. En particular:

a) Se valoran las funciones y características del personal ofertado (constituye parte del fondo parcialmente reglado del criterio de adjudicación Modelo organizativo y funcional del servicio) de forma comparativa entre las distintas ofertas, efectuando valoraciones como Definición escasa de las funciones del coordinador general y ausencia de propuesta de coordinación con los operadores jurídicos más allá del cumplimiento del protocolo (oferta de ADOSTEN), deja pocas funciones a los administrativos (oferta de ARRATZ) define bien pero sin novedades las funciones del coordinador (oferta de BERRIZTU), buena definición de funciones del coordinador general (oferta de IRSE).

b) El punto 11 de la carátula del PCAP establece las condiciones lingüísticas de ejecución del contrato y, entre ellas, se encuentra la obligación de Garantizar



el servicio en euskera. Consecuentemente, la Concreción de la prestación bilingüe del servicio, que es lo que se valora de la oferta de IRSE, está relacionado con el criterio de adjudicación Modelo organizativo y funcional del servicio, que exige una descripción detallada del servicio.

c) La denuncia de que ofertas con las mismas propuestas de ADOSTEN han sido mejor valoradas, ha de ser desestimada por genérica ya que, de acuerdo con las reglas o pautas generales de reparto de la carga de la prueba, corresponde al recurrente la de aportar los argumentos y los medios probatorios que permitan acreditarlos (ver, en este sentido Resolución 74/2018 de este OARC/KEAO).

d) Entra dentro de la discrecionalidad técnica del evaluador el valorar mejor las ofertas que hayan ahondado en el desarrollo de las nuevas técnicas respecto de aquellas que se han ceñido al Protocolo de Mediación Intrajudicial, pues en contra de lo afirmado por el recurrente, esta última no es la única posible propuesta contractual; la cláusula 3 del PPT en ningún momento establece la obligación de que las funciones del servicio se deban realizar conforme a la misma sino que expresamente manifiesta que (...) se detallarán en los protocolos de funcionamiento del servicio que al efecto se adopten (...) para, a continuación, señalar que (...) En la actualidad, están en vigor los siguientes protocolos (...). Por el contrario, sí que figura como una de las funciones del adjudicatario la de (...) Valorar si confluyen las condiciones para el desarrollo de un proceso restaurativo y, en su caso, identificar a las personas participantes, la herramienta más apropiada, y no se debe olvidar que la oferta debía versar sobre la aplicación de medidas restaurativas (cláusula 1 del PPT). Dicho esto, únicamente cabe recordar que, como ha manifestado este OARC/KEAO en ocasiones anteriores (ver, en este sentido la Resolución 20/2018), la función de los criterios de adjudicación es comparar objetivamente unas ofertas con otras para determinar cuál de ellas es la más ventajosa.



e) Conclusión

Este OARC/KEAO considera que la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor que efectúa el órgano de contratación respeta el fondo parcialmente reglado de los establecidos en el PCAP y los principios aplicables, en especial, los de igualdad de trato y oferta económicamente más ventajosa, y en dicha apreciación no incurre en errores fácticos. De hecho, el recurso se limita principalmente a considerar como criterios secundarios de adjudicación no establecidos en el PCAP lo que son propiamente aspectos de las ofertas susceptibles de valoración conforme a los criterios establecidos. A partir de esa base, no cabe, como se solicita en la pretensión, que este OARC / KEAO anule la adjudicación ordenando dejarla sin efecto.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ADOSTEN contra la adjudicación del contrato “Ejecución de las prestaciones correspondientes al servicio de justicia restaurativa”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.



TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko abuztuaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de agosto de 2018