

Voto particular del vocal secretario de la Mesa de Contratación

Con el máximo respeto a la posición del resto de miembros, hago uso de la facultad reconocida a los integrantes de la Mesa de Contratación de dejar constancia de su parecer contrario a la mayoría (artículo 50.4 LFCP).

Antes de nada quiero agradecer el esfuerzo de los compañeros que han valorado las ofertas. Reconozco la dificultad de su tarea y en todo momento he tratado de hacerles saber de la mejor forma posible en qué consistía mi discrepancia y cómo entendía que podía salvarse. Lamento de verdad no haberlo conseguido.

En las dos sesiones presenciales, así como en los encuentros que han podido darse entre algunos de los miembros que compartimos la sede del Departamento, todos hemos podido expresar nuestras opiniones libremente, también nuestras diferencias, no faltando puntos de tensión y enfrentamientos; entiendo que todo dentro de un orden y salvando, por lo general, el debido respeto a las personas.

Quiero precisar y dejar claro que no cuestiono (sería una imprudencia por mi parte) el sentido de las puntuaciones, ni la honradez y competencia técnica de cualquiera de los que han participado en la valoración; en especial de quien, sin ningún fundamento y desenfocando la verdadera cuestión de fondo, ha querido sentirse señalado. No puedo admitir, sin embargo, que quiera enturbiarse una cuestión que presenta una dimensión y alcance meridiano, trasladándola gratuitamente al terreno personal. Menos todavía admoniciones por el ejercicio de un derecho reconocido legalmente.

Son dos los motivos de oposición al parecer mayoritario de los miembros de la Mesa: en primer término, en mi opinión, el informe de valoración, en contra de lo exigido por el legislador (artículo 100.3 LFCP), no expone las razones que justifican las puntuaciones, ni expresa las ventajas de unas ofertas frente a otras; en segundo lugar, entiendo que el procedimiento seguido se halla viciado por la postrera intervención de una de las personas que ha participado en la valoración, al haber efectuado la suya propia con pleno conocimiento de las puntuaciones del resto de miembros de la Mesa, lo que puede entenderse como un falseamiento del procedimiento al privarle de la debida transparencia.

El documento de evaluación (tanto en su versión inicial de fecha 30 de mayo, como en la posterior de 12 de junio de 2023 o en la última recibida), no está fundado, pues no responde a lo que en Derecho se entiende por motivación adecuada y suficiente, razón por la que las puntuaciones de las ofertas técnicas pueden entenderse arbitrarias. No quiero extenderme en más ejemplos y explicaciones, ya facilitadas a mis compañeros de Mesa, en las que coincidieron otros dos miembros más (el vocal designado por la Junta de Contratación y el vocal Interventor), sobre el significado y alcance de la motivación. Se ha insistido en la necesidad de ello, en la obligación de dar razón del porqué de las puntuaciones. Hemos recordado que la motivación no es una opción ni una cortesía, como tantas veces han dicho los tribunales, sino una exigencia para quienes califican las ofertas técnicas, de forma que cualquiera pueda conocer las razones por las que resulta mejor valorada una concreta oferta frente al resto (artículo 100.3 LFCP) y, llegado el caso, poder defender sus intereses. No lo ven así la mayoría de miembros quienes entienden

que el documento cumple satisfactoriamente su finalidad, es correcto, y no han encontrado necesario modificarlo en el sentido expuesto.

No comparto el argumento señalado por la mayoría en el sentido de que así se ha procedido en otras ocasiones sin que nada haya ocurrido (petición de aclaraciones o posible interposición de recursos) o que los destinatarios e interlocutores solventarían la cuestión por su específica cualificación técnica (ingenieros). Todos sabemos que el de la obra pública es un mercado cerrado y que tiende a autorregularse. Tampoco creo que las posibles vías que se comentaron por nuestra parte (identificar y jerarquizar los elementos más singulares y determinantes del proceso constructivo y de la programación en atención a la naturaleza de la prestación objeto del contrato, consensuar la importancia de los elementos valorados, fijar posibles subcriterios, desechar las puntuaciones más extremas, etc.) pudieran resultar imposibles, contrarias a derecho, implicar cambios en la ley del contrato o atentar a la independencia de quienes habían de valorar (como se nos reprochó). La jurisprudencia admite lo anterior siempre que todo ello no conduzca a la modificación del condicionado, sus determinaciones, alcance o significado, o pueda interpretarse efectuada a la vista de las concretas ofertas a fin de favorecer o perjudicar a unos u otros licitadores. Por ese motivo insisto en la necesidad de motivar debidamente la prelación establecida de las ofertas.

La línea divisoria que distingue el acto arbitrario y nulo del válido en Derecho es la ausencia o presencia de motivación. Es reiteradísima la jurisprudencia que señala que los aspectos discrecionales de la potestad ejercida por los miembros de la Mesa al valorar la oferta técnica (artículo 51.1 d) LFCP) están sujetos a control. Ese control de la facultad de valorar las ofertas (juicio de valor) es doble: primero, porque la Administración no está sometida sólo a la Ley, sino también al Derecho (artículo 103.1 CE); segundo, por la propia realidad de los hechos que la Administración no puede ignorar ni desfigurar. La sujeción al Derecho de que se habla obliga a evitar la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), lo que, en este caso, se consigue comunicando los criterios y razones que justifican la opción de la Mesa en favor de una concreta oferta.

Hay más. No se trata ya de que lo ordene la ley sectorial en materia de contratación; las leyes de transparencia y buena administración, tanto nacional como foral, y la misma Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 41. 2. c), reconoce *“la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones”*. La interdicción de lo arbitrario y la necesidad de motivar las decisiones como consecuencia del principio de buena administración y transparencia aparece recogido por la jurisprudencia en diversas sentencias (STS 4627/2015, 3 de noviembre, rec. 396/2014 y STS 1853/2019, de 18 de diciembre, rec. 4442/2018, FD Séptimo).

En el presente caso, la cuestión central que motiva mi discrepancia está en que el llamado “informe valorativo” se reduce a una exposición; a describir algunos aspectos de las ofertas, en general sin lógica argumentativa y ausencia de criterio valorativo, con lo que no pasa de ser un simple relato. Obviamente el resultado ha mejorado con las distintas versiones del informe al aligerar el texto y suprimir errores de bulto (como las referencias al tamaño de la letra en algunas ofertas o el uso de criterios valorativos introducidos “ex novo”, como la experiencia en la ejecución de túneles que alegaban algunos licitadores). No existen elementos de

juicio que puedan ser discutidos ni revisados por nadie. Salvo las calificaciones que aparecen al inicio de cada apartado (excelente, muy buena, buena, aceptable, regular), que tampoco guardan siempre la debida coherencia con las puntuaciones otorgadas (alguna puntuación de los apartados X1.1 y X2, en ambos casos sobre diez puntos como máximo, así lo evidencia), no encontramos justificación a las puntuaciones otorgadas. La opinión valorativa es excepcional y las calificaciones indicadas no pasan de ser expresiones estandarizadas y abstractas que impiden entender qué se considera idóneo y que no (se habla de mejoras, propuestas, alternativas, sugerencias o recomendaciones de las empresas ofertantes sin opinar sobre lo acertado o desacertado de ellas). No se trata de decir cosas; se omite cualquier mínimo argumento valorativo y faltan términos de comparación que permitan tomar razón de la puntuación que se otorga, lo que, en términos jurídicos, equivale a ausencia de justificación y motivación, pudiendo generar, en último término, arbitrariedad e indefensión para los licitadores.

El segundo motivo de discrepancia tiene que ver con el procedimiento seguido para valorar y puntuar las ofertas y las posibles consecuencias que de ello se derivan.

En la primera de las reuniones, y así se comentó más en extenso en la segunda de ellas, pudo conocerse el procedimiento de valoración seguido: puntuaciones personales de cada miembro sin comunicación previa entre ellos ni puesta en común posterior, con remisión al Presidente de la Mesa de cada puntuación, y en algunos casos de los correspondientes comentarios, a fin de que éste, posteriormente, plasmase su valoración personal y pudiera proceder a redactar “el documento de análisis”. Se comentó, y fue ratificado por el Presidente, que la presente fase de valoración de las ofertas técnicas, de hecho, se ha convertido en determinante, pues, la experiencia observada lleva a la convicción de que la oferta económica, finalmente, resulta irrelevante, por ajustar los licitadores su oferta al tipo señalado como valor presumido como anormalmente bajo (no es ahora momento de analizar los motivos de distorsión del procedimiento de selección; sí de dejar constancia de ello y su trascendencia).

En mi opinión, que no comparte la mayoría, la exclusión de la valoración y puntuación asignada por el Presidente (como sucedería con cualquier otro miembro de la Mesa que pudiese intervenir en último término, razón por la que no debe personalizarse este tema) no salva la cuestión, pues esa opción de suprimirla también podría entenderse motivada por el conocimiento previo que todos tenemos del resto de puntuaciones. Insisto: quede claro que no se cuestiona el comportamiento de nadie (así quiso dejarse claro en la reunión presencial, aunque es evidente que no se ha logrado); el matiz está en que el procedimiento tal como se ha seguido, admite que cualquiera de los licitadores participantes (incluso de manera interesada) pueda entender como determinante del resultado final, la valoración dada en último término. Se trata de evitar cualquier atisbo, cualquier riesgo, de que una valoración efectuada con conocimiento previo de las anteriores, contamine y genere una incompatibilidad funcional del autor de la correspondiente puntuación. No se está afirmando de que haya ocurrido; incluso personalmente podemos estar persuadidos de que no ha sido así. Lo que quiere señalarse es que no puede trasladarse al interesado la carga de ese convencimiento personal subjetivo (que puede no compartir incluso, repetimos, por puro interés). Existe la obligación y el licitador tiene derecho a que el procedimiento de valoración y puntuación se desarrolle con garantía de imparcialidad objetiva, sin necesidad de

un ciego acto de confianza por su parte. Debe garantizarse que ningún miembro de la mesa (sea el que sea) ha puntuado tras tomar contacto con otras puntuaciones anteriores que pudieran contaminar la suya propia. Resulta por completo absurdo designar un órgano de valoración colegiado (en el presente caso con mayoría reforzada) para que finalmente, en la praxis, lo determinante pueda ser la apreciación individual de uno. Incluso, si se quiere, debe afirmarse que existe un derecho del licitador mejor valorado a que su puntuación resulte de un procedimiento transparente consecuencia de una buena administración, sin que se vea comprometida o bajo sospecha la valoración obtenida. Por ese motivo, en el presente caso, la única solución que a mi modo de ver podía salvar la situación, pasaba por una nueva valoración de las ofertas efectuada por el designado como suplente del Presidente, siempre que ésta persona no conociese las puntuaciones de los otros miembros técnicos de la Mesa y pudiese garantizarse que su valoración se hacía de forma independiente a la ya existente. Todo lo que no se consiga con esas mínimas garantías, a mi entender, obligaría a anular la licitación e iniciar un nuevo procedimiento.

Una última circunstancia aconseja definitivamente la rectificación en la línea expuesta.

En la sesión celebrada el día 14 de junio puse en conocimiento de todos los miembros de la Mesa de Contratación el hecho de que con anterioridad a la comunicación por el Presidente de la puntuación de las ofertas (del día 30 de mayo), varios empleados del Departamento (algunos de ellos miembros integrantes de la Mesa), me habían revelado la existencia de comentarios (incluso de personas ajenas a la Administración) acerca del sentido de la valoración. Este extremo, así como el acierto de la orientación del comentario, fue corroborado por cinco de los miembros de la Mesa presentes en dicha reunión.

Para terminar, quiero brevemente dar razón de la oportunidad y conveniencia de esta discrepancia, que también se ha cuestionado por la mayoría. Entiendo que no es un argumento válido apelar a la continuidad en los usos cuando el antecedente que se invoca se sabe dudoso cuando no errado (el imperativo de motivar suficientemente la valoración de las ofertas). La necesidad de justificar que se ha intentado cumplir con la obligación legal de elegir la mejor oferta posible existe siempre y mayormente cuando se trata de una obra con la trascendencia social y económica de la presente; más si se han vivido las incidencias y litigios ocurridos tras la puesta en servicio del túnel de Belate en 1997.

En suma, las razones de mi discrepancia, que impiden mi voto concurrente con la mayoría, radican en el incumplimiento de lo exigido por el artículo 100.3 LFCP y en los vicios procedimentales que afectan al principio de transparencia y buena administración.

Pamplona, 31 de agosto de 2023

Fdo. LORENZO SERENA PUIG
Secretario

Voto particular del vocal representante de la Junta de Contratación Pública de Navarra

Como en el acta se expone, mi incorporación a la Mesa se ha producido de manera tardía y como consecuencia de la renuncia de la vocal titular, de tal manera que, cuando me incorporé, ya el órgano colegiado había encomendado la evaluación de las ofertas a sus miembros técnicos en la materia, como corresponde a la naturaleza del asunto.

He conocido el parecer mayoritario de la Mesa acerca de la evaluación de la documentación correspondiente a los criterios cualitativos, y respetando, como no puede ser de otra manera, la opinión de la mayoría, he de formular un voto particular que sustenta, en los términos del art. 50.4 LFCP, mi oposición a la adopción del acuerdo por parte de la Mesa.

También he conocido el voto discrepante del vocal secretario de la Mesa y, como voy a explicar, coincido plenamente con lo en él expuesto en cuanto a la primera de las discrepancias y desconozco las circunstancias que expone sobre la segunda de aquéllas, pero, de ser adecuadas a la realidad, manifiesto igualmente mi parecer coincidente con las consecuencias jurídicas de todo ello.

La valoración del informe elaborado por los técnicos en la materia ha sido el objeto de dos sesiones presenciales de la Mesa, sin que haya podido alcanzarse un acuerdo entre sus redactores y los tres miembros de la Mesa que lo considerábamos, y yo sigo haciéndolo, carente de la debida motivación.

Coincido plenamente con las consideraciones jurídicas que, en este aspecto y de manera precisa, ha expuesto el vocal secretario en su voto particular.

No hay motivación legalmente aceptable si no se exponen las características de cada una de las ofertas, se valoran aquéllas una por una conforme a los criterios del Pliego, y ello se hace de tal manera que se permita un juicio comparativo entre todas las proposiciones, expresando las diferencias y semejanzas entre todas ellas y, finalmente, emitiendo una valoración que sea resultado de un razonamiento lógico, expresamente reflejado.

Dicho de otra manera, el informe de valoración no puede ser, sin más, un juicio ya expresado sin justificación razonada de cómo y por qué se ha llegado a la puntuación asignada. El juicio desarrollado por cada técnico debe ser manifestado, en su íter lógico, por el informe que sustenta la calificación. No sirve, digámoslo con claridad, la emisión de una valoración sustentada únicamente en la cualificación técnica de los evaluadores, porque si bien ésta es un requisito legal, cuyo cumplimiento en este caso en absoluto se pone en duda, la debida motivación es otro que, en este caso, entiendo que no se ha cumplido.

El Pliego establece los siguientes criterios para la evaluación de la oferta técnica:

a) Memoria Técnica XT (máximo 50 puntos)

X1.1 Análisis del proyecto. 10 puntos.

X1.2 Descripción de las actividades más complejas previstas en la obra y propuesta de los procesos constructivos más seguros para su ejecución. 20 puntos.

X1.3 Análisis de los desvíos provisionales propuestos y su afección al tráfico. 5 puntos.

X1.4 Análisis de los servicios afectados y sus reposiciones. 5 puntos.

b) X2 Programa de obra (máximo 10 puntos)

Incluirá:

X2 Diagrama de Gantt o similar que contenga:

Lista de actividades (por “tajos” o unidades básicas de obra).

Duración de las actividades, indicando los rendimientos previstos en cada caso

Vínculos entre actividades

Camino crítico

Condicionantes externos y climatológicos

El primer criterio (análisis del proyecto) puede entenderse como habilitador de una evaluación del, digamos, mayor o menor conocimiento adquirido por el licitador sobre el proyecto, que, a su vez, daría lugar a una mejor ejecución. En este sentido, podría admitirse un estudio de las ofertas que fuera más descriptivo que evaluador, pero es innegable que, como he expuesto, además de haberse expresado las diferencias entre cada uno de los proyectos, que sí puede deducirse, con alguna dificultad, de lo que se expone, habría de haberse relacionado el contenido del proyecto por epígrafes o conceptos fundamentales, delimitando en qué parte unos licitadores demuestran un mejor análisis y, de ahí, dar lugar a, como fruto de tal razonamiento y juicio comparativo, a la puntuación de cada uno de ellos.

La cuestión es más clara en el caso del resto de los criterios. El segundo de ellos (*Descripción de las actividades más complejas previstas en la obra y propuesta de los procesos constructivos más seguros para su ejecución*) llama imperativamente a la relación de las actividades más complejas y a la plasmación de los procesos constructivos más seguros, lo que debe resultar del criterio técnico. Sin embargo, lo que se hace, con carácter general, es una especie de nuevo análisis del proyecto, referido eso sí, al objeto del criterio, pero sin determinar cuáles son las actividades complejas (explicando todas ellas, sin discriminación aparente) y sin valorar la aplicación de los métodos constructivos a cada una de ellas, por lo que la puntuación resulta carente de la debida motivación.

Lo mismo ocurre con el tercero de los criterios (*Análisis de los desvíos provisionales propuestos y su afección al tráfico*), dado que no se relacionan todos los desvíos propuestos, sino sólo algunos en algún caso, ni se evalúa su afección al tráfico, no yéndose más allá de una exposición.

Nada diferente puede decirse del cuarto criterio (*Análisis de los servicios afectados y sus reposiciones*), ante la ausencia de delimitación de servicios afectados, concreción de cuáles son las reposiciones necesarias y especificación de su bondad para la finalidad del contrato. Nuevamente, la valoración es más descriptiva que ponderativa.

Sobre el último criterio, sólo puedo manifestar que, dada su concreción plasmada en el Pliego, resulta todavía más inaceptable la inexistencia de relaciones de actividades, duraciones, vínculos etc..., siendo la evaluación más una exposición de las proposiciones, sin previa delimitación por cada uno de los subcriterios, que un juicio razonado, lógico y comparado de cada uno de éstos. Es, en fin, el resultado de un estudio técnico cuya base y desarrollo no consta, lo que no impide, desde luego, que haya sido correctamente efectuado por los informantes, pero ello no enerva la obligación de plasmación del juicio lógico ponderativo, precisamente como garantía de que tal labor se ha efectuado y, consecuentemente, como medio de satisfacción del derecho de todos los licitadores a la tutela judicial.

Así pues, considero, y coincido en ello con el vocal secretario, que el informe carece de la debida motivación, que, a su vez, es requisito obvio de tal trámite, y que, en todo caso, fundamenta la legalidad del futuro acuerdo de adjudicación.

En cuanto a la segunda discrepancia manifestada por el vocal secretario, y como he anticipado, no puedo sino constatar que, cuando se manifestó el método seguido para la valoración, yo no ostentaba todavía la condición de vocal de la Mesa. No obstante, he de decir que, si efectivamente se acordó, y se ejecutó, un sistema que no era igualitario, podría concurrir una infracción del ordenamiento jurídico, añadida al defecto de motivación. En este sentido, la solución propuesta por el vocal secretario, de haberse aprobado, habría salvado la legalidad de la valoración en este concreto aspecto.

Por último, quiero dejar constancia que, en cuanto vocal de la Mesa desvinculado orgánicamente del Departamento, desconozco completamente los hechos que se pusieron de manifiesto por el vocal secretario en la sesión de 14 de junio de 2023, y a los que se refiere en su voto particular.

Fdo. GONZALO PÉREZ REMONDEGUI
Vocal representante de la Junta de Contratación Pública de Navarra