



EB 2023/171

Resolución 022/2024, de 2 de febrero, 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 I.P.G.M., contra la adjudicación del contrato de “Servicio de Representación Procesal en Juicio del Ente Público Osakidetza en la CAPV”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de septiembre de 2023, se interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación interpuesto por I.P.G.M., contra la adjudicación del contrato de “Servicio de Representación Procesal en Juicio del Ente Público Osakidetza en la CAPV”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 4 de septiembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y 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, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Con fecha 5 de septiembre se remitió por el poder adjudicador el expediente de contratación, mientras que el informe se recibió el día 28 de diciembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 22 de septiembre, el día 28 de septiembre, se han presentado alegaciones por PROKURADORE ELKARTZEA ARABA UTE (en adelante, “La UTE”), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, que actúa en su propio nombre.

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) La notificación del acto impugnado se produjo en pleno mes de agosto, constriñendo así las posibilidades de impugnar presuntas irregularidades en que, en su caso, se hubiera incurrido. Dado que la resolución de adjudicación impugnada carecía de motivación al no incluir los informes técnicos en los que se sustentaba, la recurrente solicitó vista de expediente, la cual no se pudo celebrar en el plazo de 5 días hábiles que establece la LCSP, precisamente, por estar en el mes de agosto. Es por ello, que se solicita acceder al expediente administrativo del procedimiento de adjudicación para fundamentar sólidamente su recurso, pues en el acceso concedido por el Poder adjudicador únicamente se pudo ver someramente y por encima las licitaciones de Álava.

b) La resolución impugnada incurre en nulidad de pleno derecho por lesionar derechos susceptibles de amparo constitucional al irrogar a la recurrente indefensión. En efecto, la resolución de adjudicación se fundamenta en unos informes técnicos que no se acompañan por lo que deviene imposible conocer las razones que han llevado a la Administración a preferir una oferta sobre las demás. Tampoco se conoce el contenido de la “Propuesta de adjudicación” que se menciona en el acto impugnado y que nunca se dio traslado a la ahora recurrente.

c) Existe una segunda causa de nulidad que se deriva del artículo 39.2 a) LCSP, pues hay una falta de solvencia profesional del grupo de procuradores al cual se adjudica el contrato. Así, y hasta la fecha durante los últimos 20 años, Osakidetza se ha valido de un único procurador para atender el servicio objeto de contratación debido a la atención personalizada que dicha persona presta a los Letrados de la Asesoría Jurídica y que garantiza un servicio basado en la confianza, confidencialidad, privacidad, secreto profesional y eficacia, elementos que conforman, en definitiva, la solvencia profesional que la LCSP exige y cuya ausencia determina la nulidad de la contratación. Tal ausencia de solvencia se



predica de la simple unión de distintos procuradores que ha sido constituida expresamente para licitar en el concurso, lo que constituye un fraude de ley, pues da a entender que el simple número de los miembros que componen esta unión instrumental supone una mejor oferta.

d) La resolución recurrida incurre además en causa de anulabilidad por no haberse adjudicado a la mejor oferta, esto es, a la de la recurrente. Así, la puntuación obtenida por esta recurrente de 85 puntos sobre 100 no se ha ajustado a las bases del procedimiento licitatorio. Y ello, porque llama la atención la diferente puntuación obtenida en la presente licitación respecto de la que le fue otorgada en la anterior que tuvo lugar hace 17 meses, en la cual se le reconocieron 93 puntos, sin que exista razón alguna para dicha rebaja en la puntuación. Por otro lado, la oferta técnica de adscripción de medios presentada por el grupo de procuradores adjudicatario obedece a la simple suma de medios técnicos y personales que tiene cada uno de ellos en su despacho, lo cual, además de suponer el fraude de ley alegado anteriormente, no supone una mejor gestión del servicio a realizar. Finalmente, llama la atención que a la adjudicataria se le hayan dado 3 puntos por un oficial habilitado y solo 1 a la recurrente.

e) Se advierte de la existencia de un error en la fecha de finalización del contrato actual que debe ser rectificado.

f) Finalmente, solicita, además de consultar el expediente para la realización, en su caso, de alegaciones complementarias, que se anule el acuerdo de adjudicación y se ordene la adjudicación del contrato a la Procuradora recurrente o subsidiariamente se retrotraiga el procedimiento para una nueva valoración de las ofertas de conformidad con lo establecido en los pliegos.

SÉPTIMO: Alegaciones de La UTE

La alegante solicita la desestimación del recurso, en síntesis, por los siguientes argumentos:



a) No ha lugar a la nulidad alegada por indefensión porque ha podido disponer de los informes técnicos que sustentan el acto impugnado al estar alojados en la Plataforma de contratación con anterioridad a la notificación de la adjudicación y, además, ha tenido acceso a ellos en la vista de expediente concedida al efecto. Por otra parte, la propuesta de adjudicación a la que se refiere en el recurso como que no le ha sido notificado es un acto no impugnado.

b) El término de solvencia profesional utilizado por la recurrente es totalmente distinto a lo que en materia licitatoria significa. Hay que tener en cuenta que la adjudicataria es una SLP legalmente constituida en la que existen procuradores socios y procuradores que son empleados por cuenta ajena. Además, existe otro personal, como administrativos u oficiales de procurador, tiene sedes en varias provincias españolas y está correctamente inscrita en los registros correspondientes. Asimismo, para el presente procedimiento ha formado una UTE con un Procurador Colegiado de Álava. En definitiva, la recurrente parece desconocer la finalidad y objeto de una UTE en el ámbito de la contratación pública y del derecho societario en general.

c) La recurrente pretende que se le asigne la misma puntuación que obtuvo en una licitación anterior como si esa puntuación fuese un derecho adquirido e inamovible. Por otra parte, no se entiende ni se comparte el argumento de que la UTE obtuvo una mejor puntuación por el mero hecho de poseer más personal, pues en una licitación anterior la recurrente resultó beneficiada por esa misma circunstancia.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega para oponerse a la impugnación, de forma resumida, lo siguiente:

a) Respecto a la indefensión alegada, señalar, por una parte, que el mes de agosto es plenamente hábil para las administraciones públicas y, por otro lado, que los informes técnicos que fundamentan la resolución de adjudicación se



encontraban publicados en la Plataforma de Contratación con anterioridad a la resolución de adjudicación impugnada. Además, esos informes pudieron ser revisados ampliamente en la vista de expediente realizada el 29 de agosto en la que no hubo ninguna limitación de tiempo para el examen del expediente.

b) En lo que a la falta de solvencia profesional alegada se refiere, la recurrente no aporta ninguna sentencia o resolución que impida a los procuradores concurrir en UTE a las licitaciones públicas.

c) El motivo de anulabilidad basado en que ha obtenido una menor puntuación que en el concurso anterior celebrado hace casi dos años tampoco debe prosperar, pues es doctrina pacífica que los miembros del comité de expertos que emiten sus juicios de valor son diferentes en los distintos procesos licitatorios.

d) Y respecto del error en la fecha de expiración del contrato de la ahora recurrente, se constata que efectivamente existe un error en la resolución impugnada, pero que carece de importancia alguna a los efectos del presente recurso especial.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de lo anterior, debe analizarse la viabilidad del recurso, que aprecia que el procedimiento adolece de vicios que determinan la nulidad o anulabilidad del acto impugnado, los cuales se desarrollan a continuación. Previamente al estudio de la pretensión, debe resolverse sobre la solicitud de acceso al expediente porque, de aceptarse, podría suponer la concesión de un plazo adicional para completar el recurso, retrasando así la revisión de las cuestiones de fondo que soportan la impugnación.



a) Sobre la limitación del acceso al expediente

La recurrente solicita que este Órgano le permita acceder al expediente, ya que en la vista del mismo realizada el 29 de agosto únicamente se pudo ver someramente y por encima las licitaciones de Álava sin poderse llevar a cabo un estudio exhaustivo, de forma que el trámite de acceso no le ha permitido fundar adecuadamente su recurso.

A juicio de este Órgano, esta pretensión debe desestimarse, de acuerdo con su criterio sobre la materia (ver, por todas, su Resolución 156/2019).

El acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial, regulado en el artículo 52 de la LCSP y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPE), tiene por finalidad evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica; dicho de otra manera, este derecho se fundamenta en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por ello, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, la denegación solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO), de modo que, por ejemplo, si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP, no puede alegarse dicha indefensión.

Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas



formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los datos de carácter personal o de los intereses comerciales legítimos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se observa que no consta (ni la recurrente lo alega ni describe) en qué podría un nuevo acceso ser útil para completar su recurso, finalidad del trámite previsto en el artículo 52.3 de la LCSP y en el RPE; por el contrario, es claro que el recurso está ampliamente fundado, lo que denota que la recurrente ha obtenido información suficiente de los documentos del expediente a los que ha podido acceder y de la propia motivación del acto impugnado para plantear el debate sobre la legalidad de la adjudicación (como se podrá deducir también del contenido de los siguientes apartados de la presente Resolución). Tampoco el hecho de que el expediente no fuese puesto de manifiesto en el plazo de 5 días hábiles desde que fue solicitado puede considerarse como una irregularidad invalidante, pues no ha impedido la interposición en plazo del propio recurso.

En definitiva, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a la pretensión de la recurrente.

b) Sobre la falta de motivación del acuerdo de adjudicación

La recurrente considera que existe una falta de motivación del acuerdo de adjudicación, pues no se le acompañan ni siquiera los informes técnicos del que



derivan las valoraciones globales, lo que, a su juicio, vicia de nulidad el acto impugnado.

Este OARC / KEAO ha señalado que la ausencia de motivación es un defecto formal cuya trascendencia anulatoria se reduce, según el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, a los casos en los que el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o da lugar a la indefensión de los interesados, de modo que la falta o el defecto de motivación pueden suponer tanto la anulabilidad del acto como una mera irregularidad no invalidante. El deslinde entre ambas consecuencias se fija, básicamente, por la existencia o no de una ignorancia de los motivos que fundan la actuación del poder adjudicador y si, consecuentemente, ha habido o no indefensión de la recurrente por no poder elaborar un recurso fundado (ver, por ejemplo, las resoluciones 72/2013 y 32/2015 de este OARC / KEAO y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en ellas se cita). Aplicada esta doctrina al presente caso, de la lectura del recurso y la contestación del poder adjudicador se concluye que, cualesquiera que puedan ser los defectos de la notificación, la recurrente tuvo acceso presencial a los informes técnicos que fundamentan el acto impugnado, concretamente el 29 de agosto, y ello al margen de que estuvieran previamente publicados en la Plataforma de contratación desde el 7 de julio.

Consecuentemente, ha podido elaborarse un recurso suficientemente fundado, requisito que el artículo 151.4 del TRLCSP establece como parámetro de validez de la motivación de la adjudicación, por lo que esta alegación debe desestimarse.

c) Sobre la falta de solvencia profesional de la UTE adjudicataria

La pretensión de anular la resolución impugnada por falta de solvencia profesional de la adjudicataria debe ser rechazada por los siguientes motivos: (i) la Unión Temporal de Empresas (UTE) es una figura legalmente reconocida para participar en contratos de la administración pública (artículo 69 LCSP) y como forma de integrar la solvencia con medios externos y así poder acreditar la



solvencia técnica o profesional (artículo 75 LCSP) requerida; (ii) la solvencia técnica o profesional establecida en los pliegos en su apartado 21.2 PCAP ha sido acreditada por la adjudicataria de forma adecuada, por lo que no procede hablar de ausencia de solvencia profesional; (iii) la acumulación de solvencia por las UTEs se encuentra permitida en la cláusula 13.2 del PCAP; y (iv) el sentido o significado que la recurrente pretende dar al concepto de solvencia profesional no se corresponde ni con el recogido en la normativa de contratos públicos vigente ni, en consonancia, en los pliegos rectores del presente procedimiento.

d) Sobre la incorrecta aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 34/2022), en virtud de la discrecionalidad técnica que le asiste, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por el OARC / KEAO lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, el procedimiento, los hechos determinantes, la adecuación al fin perseguido y al respeto al fondo reglado de la potestad discrecional y a los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, especialmente el principio de igualdad de trato y no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2



de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

Delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y aplicada la doctrina expuesta al caso concreto, se considera que el acto impugnado está amparado por la mencionada discrecionalidad técnica, cuyos límites se han respetado. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) En primer lugar, debe descartarse la alegación relativa a que la diferencia de puntuación obtenida por la recurrente en una licitación de hace 17 meses y con el mismo objeto (93 puntos frente a los 85 de la presente licitación) sea, por si misma, un supuesto de arbitrariedad de la Administración, pues como tiene declarado este OARC/KEAO en su resolución 78/2022 cada licitación es independiente a las anteriores, aun coincidiendo en el objeto, por lo que el órgano de contratación no se encuentra vinculado a actuaciones pretéritas y sin que tengan que presumirse la validez de aquellas frente a las aquí impugnadas (ver, por ejemplo, la Resolución 70/2018 del OARC / KEAO). Además, esta diferencia de puntuación es congruente con la propia naturaleza del procedimiento de adjudicación donde los criterios de adjudicación tienen la finalidad fundamental de comparar ofertas (ver, en este sentido, la Resolución 131/2019 de este OARC / KEAO):
- 2) En segundo lugar, este Órgano no advierte una incorrecta aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor que haya implicado una vulneración del principio de igualdad de trato, pues se observa que a ambas licitadoras se valoran determinadas propuestas y otras no, todo ello de forma



motivada. En particular, y en lo que a la incorrecta aplicación del aspecto relativo a la oficial habilitada y su puntuación se refiere, no se observa ningún indicio de trato no igualitario o discriminatorio, pues a la recurrente se le otorgan 6 puntos por disponer de 2 oficiales habilitadas y a la adjudicataria 3 puntos por asignar 1 oficial habilitada. Por otra parte, la diferencia en puntuación de ambas ofertas en lo que a su calidad técnica se refiere, reside fundamentalmente en que la oferta de la UTE ofrece 5 procuradores adicionales, aspecto que cabe relacionar razonablemente con la mejora la organización del servicio, esto es, que aporta un *plus* de calidad a la oferta que es el criterio que se valora, tal y como se dice expresamente en otro lote del mismo contrato, aunque no en el que es objeto de este recurso.

- 3) Finalmente, debe señalarse que la recurrente no ha acreditado desigualdad en el trato a las ofertas o arbitrariedad alguna, ni desviación del fondo reglado de los criterios; por el contrario, se ha limitado a sustituir el juicio técnico del poder adjudicador, experto e imparcial, por el suyo propio, necesariamente interesado, aplicando sus propias reglas de valoración.

e) Conclusión

A la vista de lo indicado en las letras anteriores, el recurso debe desestimarse. Asimismo, cabe señalar que el error reconocido por el poder adjudicador relativo a la fecha de finalización del contrato que actualmente se viene ejecutando, no es más que un error material o de hecho que puede ser corregido en cualquier momento y que no supone irregularidad invalidante alguna respecto de la resolución impugnada.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso interpuesto por D^a. I.P.G.M., contra la adjudicación del contrato de “Servicio de Representación Procesal en Juicio del Ente Público Osakidetza en la CAPV”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko otsailaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de febrero de 2024