



EB 2016/154

Resolución 009/2017, de 31 de enero de 2017, del 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 interpuesto por la empresa TECMAN Servicios de Valor Añadido, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento y conducción de instalaciones en unidades críticas del Hospital Universitario de Cruces – Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Encartaciones Cruces”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de diciembre de 2016 la empresa TECMAN Servicios de Valor Añadido, S.L. (en adelante, TECMAN) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento y conducción de instalaciones en unidades críticas del Hospital Universitario de Cruces – Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Encartaciones Cruces”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza (en adelante, Osakidetza).

SEGUNDO: El día 22 de diciembre se remitió el recurso al poder adjudicador, con solicitud de envío de expediente y del informe mencionado en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales fueron recibidos 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) los días 26 y 27 de diciembre de 2016.



TERCERO: Trasladado en recurso a los interesados el día 27 de diciembre, el día 3 de enero de 2017 se recibieron las alegaciones de la empresa GIROA, S.A, adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación de los recurrentes y la representación de don J. G.D. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios de valor estimado superior a 209.000,00 €.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, el objeto del recurso es un acto impugnado, en concreto, la adjudicación de contrato.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma. Respecto a la observación de GIROA de que no consta el anuncio previo al que se refiere el artículo 44.1 TRLCSP, debe señalarse que la finalidad de dicho requisito es informar al poder adjudicador de la inminente interposición de un recurso especial, por lo que su ausencia carece de importancia en este momento, habida cuenta de que Osakidetza conoce dicho recurso desde que este OARC / KEAO se lo comunicó y ha presentado su informe oponiéndose al mismo.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Varias de las mejoras valoradas como criterio de adjudicación en la oferta de GIROA no debieron ser consideradas como tales mejoras ni obtener



puntuación; es evidente que un aspecto ya valorado en alguno de los otros criterios no puede valorarse de nuevo.

b) La proposición del recurrente incluye un total de 30 mejoras que merecen una mejor valoración si se compara con la que ha recibido GIROA.

c) La descripción del criterio de adjudicación relativo a las mejoras infringe el artículo 147 del TRLCSP y es contraria al principio de igualdad de trato (artículos 14 de la Constitución y 1 del TRLCSP) al definir dichas mejoras de forma indeterminada y genérica, lo que implica su nulidad de pleno derecho.

d) Finalmente, solicita la nulidad de la valoración del criterio relativo a las mejoras y la retroacción del procedimiento para que se efectúe una nueva valoración sin tener en cuenta este criterio; subsidiariamente, solicita la nulidad del citado criterio y la cancelación del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO: Las alegaciones de GIROA son, en síntesis, las siguientes:

a) Alega que no es posible en ningún caso acceder a la pretensión principal porque, de producirse la declaración de nulidad de un criterio de adjudicación, la consecuencia no puede ser otra que la cancelación de la licitación.

b) El pliego en el que figura el criterio de adjudicación debatido no fue impugnado en tiempo y forma y no cabe ahora abrir un debate procesalmente cerrado, lo que, además, sería contrario a la buena fe y la seguridad jurídica; alega en su apoyo diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

c) En cualquier caso, el criterio está correctamente descrito y concreta los requisitos de los mejoras que se van a valorar (mejoras en las herramientas de gestión de las instalaciones que favorezcan una conducción y mantenimiento de las instalaciones orientadas a una mayor eficiencia energética); las mejoras



que no cumplan estos requisitos (incluso una parte de las ofrecidas por GIROA) no se han valorado. Por lo demás, la atribución de puntuaciones está amparada por la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El criterio relativo a las mejoras se ajusta al TRLCSP y en él está suficientemente descrito cuáles son las que se van a valorar y sus condiciones y finalidad, así como el objetivo que se pretende conseguir (mayor eficiencia energética).

b) El criterio debatido no fue impugnado en tiempo y forma y no puede ser recurrido ahora.

c) La valoración efectuada se ajusta al contenido del criterio; las mejoras no valoradas son precisamente las que no cumplen con los requisitos fijados en los pliegos.

NOVENO: El recurso solicita con carácter principal la anulación de la valoración de este criterio y la retroacción de actuaciones para que se efectúe una nueva valoración sin contar con él, y solo subsidiariamente la nulidad del procedimiento y la cancelación de la licitación. En realidad, la pretensión es en ambos casos la nulidad del criterio, bien con la consecuencia de retomar la valoración de las ofertas aplicando únicamente los demás criterios de adjudicación, bien con la de cancelar toda la licitación. Debe señalarse que, de estimarse el recurso, la consecuencia solo podría ser la cancelación de todo el procedimiento; como ya ha indicado este OARC / KEAO en ocasiones anteriores (ver, por todas, su Resolución 129/2015), basándose en la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651, “EVN AG y Wienstrom GmbH), que establece que «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de



adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión» y que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Consecuentemente, de declararse la nulidad del criterio impugnado, pretensión que a continuación va a analizarse, solo cabría la cancelación de toda la licitación y en ningún caso la retroacción de actuaciones.

La posibilidad de impugnar, con ocasión del recurso contra la exclusión o la adjudicación, un apartado de los Pliegos que no ha sido objeto de recurso según lo dispuesto en los artículos 40.2 a) y 44.2 c) del TRLCSP, figura generalmente conocida como “recurso indirecto”, ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de este OARC / KEAO (ver, por todas, las resoluciones 41/2016 y 111/2016) y, en resumen, la posición que de ellos se deduce es la siguiente:

- La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que



impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es precisamente el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58, en la que el criterio de adjudicación debatido era “compatibilidad con las necesidades del poder adjudicador”).

- Con base en lo anterior, este OARC/KEAO ha aceptado que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee un recurso indirecto contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).

DUODÉCIMO: Una vez expuestos los requisitos legales que deben cumplirse para que prospere la pretensión del recurso, debe analizarse si concurren en el caso. El criterio de adjudicación impugnado (apartado 30.2 B de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP):



«CRITERIO DE MEJORAS

Se valorarán con un máximo 10 puntos las mejoras a aportar por los ofertantes, que redunden en un mayor y más eficiente funcionamiento de los sistemas objeto del presente pliego.

Incluyendo las herramientas de gestión o propuestas que favorezcan una conducción y mantenimiento de las instalaciones orientados a una mayor eficiencia energética.»

En relación con los criterios de adjudicación que valoran las mejoras ofrecidas por el licitador, el OARC / KEAO en su Resolución 97/2014 sostuvo que « (...) el artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en el caso del criterio de adjudicación impugnado, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos. Entre ellos, y por lo que interesa al objeto de este recurso, el artículo 147.2 TRLCSP establece que, si se autoriza la presentación de mejoras, debe precisarse sobre qué elementos pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse. Este precepto no es sino una aplicación específica de otro principio más general, el que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas.» (ver, por ejemplo, la sentencia del TJUE de 17/9/2002, asunto C-513/99, “Concordia Bus Finland”, ECLI:EU:C:2002:495).

Contrastado lo anterior con el criterio debatido, este OARC / KEAO estima que decir que las mejoras admisibles son solo las que consigan “un mayor y más eficiente funcionamiento de los sistemas objeto del presente pliego”, cuando el objeto del contrato es precisamente el mantenimiento y conducción de instalaciones, es una mera redundancia que no aporta ninguna concreción. Es cierto que hay una mención más específica a “las herramientas de gestión o propuestas que favorezcan una conducción y mantenimiento de las instalaciones orientados a una mayor eficiencia energética”, pero es a título de ejemplo, como indica que esté encabezada por el término “incluyendo”, y no implica que no vayan a aceptarse otras mejoras distintas, como lo demuestra la aplicación que el poder adjudicador ha hecho de este criterio; así, se observa



que se han puntuado aspectos sin relación directa con la eficiencia energética, como son la descripción detallada de los tiempos de respuesta ante las contingencias o las actuaciones de análisis predictivo del mantenimiento. Consecuentemente, la configuración del criterio facilita que el poder adjudicador lo utilice para adjudicar el contrato de modo arbitrario, es decir, sin sujetarse a reglas preestablecidas claras que limiten su discrecionalidad, y ello porque tales reglas no existen, por lo que la retroacción de actuaciones, que es la solución adecuada para reconducir una valoración de ofertas que se ha apartado del fondo parcialmente reglado de los criterios de adjudicación, sería aquí del todo inútil, pues la nueva adjudicación sería igualmente arbitraria e impugnabile porque también estaría basada en la libre voluntad del órgano de contratación sin sujeción alguna a un verdadero criterio de adjudicación. Esta configuración, y su consecuencia de posibilitar la arbitrariedad, son contrarias al principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) y supone un vicio de nulidad de pleno derecho (artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Por otro lado, la equívoca redacción del criterio ha impedido que el recurrente conociera su alcance perjudicial para sus intereses en el plazo previsto para impugnar los pliegos, siendo de aplicación la doctrina expuesta en el Fundamento jurídico anterior, pues solo a propósito de la adjudicación ha podido determinarse dicho alcance.

Todo ello conlleva la cancelación de la licitación para que, en su caso, se ponga en marcha un nuevo procedimiento de licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:



RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial interpuesto por la empresa TECMAN Servicios de Valor Añadido, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento y conducción de instalaciones en unidades críticas del Hospital Universitario de Cruces – Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Encartaciones Cruces”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento.

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

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko urtarrilaren 31

Vitoria-Gasteiz, 31 de enero de 2017