



EB 2019/196

Resolución 015/2020, de 27 de enero, 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 empresa EULEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios de mantenimiento del Palacio de Congresos Kursaal”, tramitado por Kursaal Elkargunea, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 29 de noviembre de 2019 se ha presentado 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa EULEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios de mantenimiento del Palacio de Congresos Kursaal”, tramitado por Kursaal Elkargunea, S.A. (en adelante, KURSAAL).

SEGUNDO: El mismo día 29 de noviembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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). Dicha documentación se recibió el 5 de diciembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 12 de diciembre, no se han recibido alegaciones.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. A.R.G., que actúa en su 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 los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 c) de la LCSP, son objeto de recurso especial 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, KURSAAL tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:



- a) El recurrente alega que en la aplicación del criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor “Memoria técnica” se valoran a la adjudicataria aspectos de su oferta que no son evaluables de acuerdo con el contenido de dicho criterio y que se refieren a aspectos que solo conoce GIROA conoce en su condición de actual prestadora del servicio; además, hay aspectos de la oferta de EULEN que no se valoran a pesar de mejorar la proposición de GIROA; consecuentemente, la recurrente se conformaría con que la puntuación fuera igual para ambas empresas en lugar de más ventajosa para la adjudicataria (17,55 de la adjudicataria frente a 13,5 puntos de la recurrente, sobre 20 posibles).
- b) En el criterio de adjudicación “Personal” GIROA obtiene 15 puntos (el máximo posible) y la recurrente 9,26. Se alega que GIROA se beneficia artificiosamente de la superior antigüedad del personal propuesto, aspecto que no es evaluable, y del número de personas adicionales cuando no se especifican las horas de disponibilidad y dicho número es inferior al presentado por EULEN. Por todo ello, la recurrente estima que debió obtener también 15 puntos en este epígrafe.
- c) EULEN considera que se han vulnerado los principios rectores de la contratación pública, en especial el de igualdad de trato, y que el acto impugnado no está suficientemente motivado.
- d) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación y la retroacción de actuaciones para atribuir la puntuación correcta a cada licitador, otorgando al recurrente la misma en los apartados “Memoria técnica” y “Personal”, ordenando al poder adjudicador a clasificar de nuevo las ofertas y a dictar una nueva resolución de adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:



a) Alega que el acto impugnado está amparado por la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador para la aplicación de los criterios sujetos a apreciación subjetiva, cuyos límites se han respetado, sin que se hayan vulnerado los principios básicos de la LCSP.

b) Por lo que se refiere a la evaluación del criterio de adjudicación “Memoria Técnica”, se alega que:

- las mejoras propuestas por GIROA de la planificación del mantenimiento no dependen de su conocimiento de las instalaciones, y cualquier otro licitador podría haber elaborado un programa como el del adjudicatario; además, se podían efectuar visitas a las instalaciones y se podían pedir al poder adjudicador los planos y el listado de equipos.
- en cuanto a la valoración del servicio de atención 24 h, KURSAAL afirma que lo valorado es que el receptor de la primera llamada sea la persona que ostente el cargo de responsable del servicio, a la que se presupone conocedora del servicio, con independencia de quién sea la actual adjudicataria del servicio.
- en cuanto al servicio de asistencia de los servicios programados, la mejora del plazo propuesta por el recurrente se ha valorado en el informe técnico que sustenta la adjudicación y se ha tenido en cuenta junto con el resto del servicio de asistencias propuesto.
- en cuanto a la valoración de la provisión de materiales, no es cierto que solo la actual adjudicataria pueda conocer la relación del material más frecuente, pues, de acuerdo con los pliegos, es una información que el recurrente pudo solicitar, y no lo hizo.
- por lo que se refiere al personal, KURSAAL señala que en los criterios de adjudicación se valoran los medios humanos adicionales al mínimo exigido; además, no es cierto que el pliego no exija expresar la antigüedad



del personal, y GIROA sí explica el personal adscrito a tiempo parcial; tampoco es aquí cierto que no se haya valorado la aportación de personal de EULEN, pero, con independencia de la cantidad de personas (mayor en el caso de GIROA), lo cierto es que la idoneidad y cualificación del conjunto de los medios humanos adicionales ofertados por GIROA supera notablemente la propuesta de EULEN.

c) El acto impugnado se ha motivado suficientemente por referencia al correspondiente informe técnico; debe tenerse en cuenta que EULEN solicitó acceso al expediente y se le concedió, y que del recurso se deduce que ha dispuesto de información suficiente para su interposición.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente plantea que el acto impugnado está insuficientemente motivado y que la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor “Memoria técnica” y “Personal” es incorrecta por no respetar los límites que constriñen el ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador para la selección de la oferta económicamente más ventajosa. El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir del contenido de los apartados relevantes de los pliegos del contrato, que rigen el procedimiento vinculando a los licitadores y al poder adjudicador por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

12. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

1. Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor: hasta un máximo de 50 puntos.

- Memoria técnica: Hasta un máximo de 20 puntos.
 - Coherencia y adecuación de los servicios que se van a prestar, con especial referencia al programa integral de mantenimiento, que incluya: la conducción y vigilancia de las instalaciones, el mantenimiento preventivo, predictivo y correctivo, el servicio de atención 24 h, el servicio de asistencia a los actos programados y la provisión de los materiales fungibles, productos consumibles y repuestos necesarios para garantizar el correcto funcionamiento de las instalaciones.



- Idoneidad del plan de trabajo puesto en relación con los medios humanos que se van a adscribir al contrato, señalando sus funciones, dedicación (incluyendo horarios de trabajo) y especialidad.
 - Idoneidad de los medios, materiales, stockajes, herramientas, instrumentos, aparatos, medios auxiliares, parque móvil, equipos y maquinaria a adscribir al contrato. Se valorará asimismo la proximidad de las delegaciones, locales, instalaciones, depósitos de materiales y repuestos que se van a adscribir al contrato.
 - Efectividad de la propuesta el mantenimiento asociado a programa PRISMA III de Sisteplant, y soporte técnico, para la utilización del programa PRISMA III como software de GMAO (Gestión de mantenimiento asistido por ordenador).
- Personal: Hasta un máximo de 15 puntos.
- Se valorará la cualificación e idoneidad de los medios humanos adscritos por el licitador al contrato con carácter adicional al mínimo exigido en el punto 10 de la presente Carátula.

A la vista de todo ello, debe recordarse que, en virtud de la discrecionalidad técnica, 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 este Órgano todo 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, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de 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, como el respeto al principio de igualdad de trato 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.

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que, en términos globales, el poder adjudicador ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica, con un informe técnico conocido por el recurrente que sustenta adecuadamente la motivación del acto impugnado. Frente a ello, no se ha acreditado que se haya incurrido en infracción de ningún principio básico de la LCSP; en especial, no se ha probado que la valoración se haya producido en perjuicio de la igualdad de trato ni que la evaluación no haya respetado el contenido de los criterios de adjudicación previamente fijados; todo ello conduce a la desestimación del recurso. En particular, se observa lo siguiente:

- 1) No es aceptable la alegación de que se ha valorado un aspecto no incluido en los criterios de adjudicación marcados en los pliegos, pues no cabe entender que “la mejor definición de los diferentes tipos de mantenimiento que requiere el servicio”, la “descripción detallada de las gamas de mantenimiento aportando mejoras a las actuales” o la “planificación de revisiones técnicas legales” no tengan cabida en la amplia y detallada descripción del criterio “Memoria técnica”.
- 2) Debe desestimarse el reproche de que, en algún caso, GIROA ha visto premiada su oferta en razón de su conocimiento de aspectos del servicio por ser la actual adjudicataria, el cual no está al alcance de los demás licitadores. Como ya ha señalado anteriormente este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 18/2015, 186/2018 y 85/2019), en todos



procedimientos para la adjudicación de contratos de tracto sucesivo cuyo objeto es una prestación ejecutada hasta ese momento por un único contratista, la ventaja de la que éste último goza es, en realidad, inevitable y constituye una «ventaja inherente de facto». Debe tenerse en cuenta que en el mercado de la compra pública concurren oferentes de bienes y servicios en régimen de libre competencia, dotados todos ellos de diferentes estrategias o características de las que se valen para actuar exitosamente en dicho mercado, siendo una de ellas la experiencia adquirida en trabajos anteriores. Se trata de una situación que solo podría ser evitada recurriendo a soluciones contrarias a la igualdad y no discriminación de los licitadores y a la lógica y al sentido común, e incluso manifiestamente absurdas, como vetar la participación del anterior contratista en la nueva licitación o penalizarle o bonificar a los demás licitadores en la valoración de los criterios de adjudicación para compensar la ventaja.

- 3) La ventaja expresada en el número 2 anterior solo sería ilegítima si en los pliegos del contrato se observara una estructura de la obligación arbitraria o desproporcionadamente favorable al anterior adjudicatario, o si durante el procedimiento de adjudicación se reservara información útil para la elaboración de la oferta. En el caso analizado, no se da ninguno de los dos supuestos: por un lado, los pliegos son firmes y consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma, por lo que es extemporáneo no cabe ahora imputarles dicha estructura ilegítima; por otro lado, no solo no se acredita que durante el procedimiento el anterior adjudicatario haya disfrutado de información vedada o no accesible a sus competidores, sino que consta que se puso a disposición de todos los licitadores la posibilidad de visitar las instalaciones (el recurrente la aprovechó) o de solicitar información complementaria (ver los Anexos II, Planos, y III, planning del mantenimiento preventivo, del Pliego de Prescripciones Técnicas). En definitiva, este Órgano considera que no se ha probado la existencia de una ventaja ilegítima o desproporcionada, distinta de la imputable en exclusiva, en su caso, a la condición de anterior prestador del servicio y por lo tanto, inevitable.



- 4) En el apartado relativo a los medios humanos el poder adjudicador se ha sujetado al fondo parcialmente reglado del criterio (se trata de medios adicionales a los obligatorios) y no ha evaluado solo los aspectos cuantitativos de dichos medios, sino también los cualitativos.
- 5) En general, se observa que el recurrente quiere sustituir el juicio imparcial y experto del informante técnico por el suyo propio, necesariamente parcial e interesado, no solo en la elección del material valorado o en la apreciación de las ventajas de cada oferta, sino incluso en la atribución de puntuaciones resultante, lo que no es admisible.

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 especial en materia de contratación interpuesto por la empresa EULEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios de mantenimiento del Palacio de Congresos Kursaal”, tramitado por Kursaal Elkargunea, S.A.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial.



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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko urtarrilaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de enero de 2020