



EB 2018/046

Resolución 070/2018, de 31 de mayo 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 empresa EUPRAXIA IT SERVICES, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicios de operación 2018-2020 (EJIE-1524-2017)”, tramitado por EJIE.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de abril de 2018, la empresa EUPRAXIA IT SERVICES, S.L. (en adelante, EUPRAXIA) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicios de operación 2018-2020 (EJIE-1524-2017)”, tramitado por EJIE.

SEGUNDO: El recurso fue trasladado al poder adjudicador el mismo día 23 de abril y 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 trasponen 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) se recibieron en el registro del OARC / KEAO el día 25 de abril.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 27 de abril, el día 7 de mayo se recibieron las alegaciones de la empresa EXTERNAL GLOBAL SERVICES, S.A. (en adelante, EXTERNAL), adjudicataria impugnada.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

a) 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, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, 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 30 de diciembre 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).

b) 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 28 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 y siguientes de la LCSP.

SEGUNDO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de D. T.A.M., que actúa en su nombre.



TERCERO: El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, EJIE tiene la condición de poder adjudicador aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SÉPTIMO: Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La recurrente ha sido la anterior adjudicataria del contrato sobre el que ahora se debate; los pliegos de la licitación son casi idénticos a los que han regido la prestación del servicio realizado por EUPRAXIA (se cita la necesidad e idoneidad de la contratación, la definición del objeto, las funciones principales, el plazo de duración, etc.), siendo difícil entender por qué en el anterior procedimiento de adjudicación obtuvo 26 puntos sobre 30 posibles en la “Calidad de la solución propuesta y plan de trabajo” y ahora consiga 14,6 puntos en el mismo criterio, con la consecuencia de no considerarse su oferta económica.

b) La oferta del recurrente fue desestimada por no superar el umbral de 30 puntos en la valoración técnica y el del 50% de la valoración en los criterios “Calidad de la solución propuesta y plan de trabajo” y “Plan de transición de entrada del servicio”. No se comparte la citada valoración por las siguientes razones:

- en lo que se refiere a la “Calidad de la solución propuesta y plan de trabajo (30 puntos)”, se considera que, en contra de lo que afirma el



informe técnico de valoración, la proposición incluye un solo equipo, con personal especializado en cada una de las redes sectoriales, que es lo que piden las bases de la licitación.

- el “Planteamiento de la operación de la RCAGV, Osakidetza, Batera y Red Sectorial de Justicia (12 puntos)” se valora con 4,8 puntos, como “no aceptable”, cuando en la anterior licitación la calificación fue “óptima”; esta valoración se asienta sobre la (falsa) existencia de dos equipos, cuando lo que hay es un único servicio especializado por redes.
- el “Planteamiento del soporte a operación” se valora como aceptable, cuando en la anterior licitación se consideró óptima, sin que haya justificación suficiente para ello; se trata de una propuesta mejorada en este aspecto, como reconoce el propio informe, no se justifica el reproche de falta de desarrollo de las funciones, habida cuenta de que hay un límite a la extensión de la oferta fijado en los pliegos; además, se le reprocha a la recurrente que, disponiendo de la ventaja de tener estos datos reseñados previamente, no presente actividades adicionales, lo que es inaceptable, pues supone discriminar a la anterior adjudicataria.
- en cuanto al “Procedimiento de gestión, control, y calidad del servicio”, la calificación otorgada (“aceptable”) se basa en que la oferta supone un planteamiento teórico; además, la misma proposición se calificó como “buena” en la anterior licitación.
- el “Plan de transición de salida del servicio” se valora con 3,5 puntos sobre 5, cuando debiera ser de 4 al calificarse como “buena”.
- no se comparte la puntuación obtenida en el “Plan de transición de Entrada del servicio”, pues el desarrollo es coherente, los tiempos y los recursos son adecuados y se adaptan a las necesidades; sobre la “estrategia adoptada”, no cabe la calificación de “ejercicio teórico”, pues



el recurrente es el actual prestador del servicio y la transición se produciría con él mismo.

c) Finalmente, se solicita que se anule, revoque y deje sin efecto el acto impugnado, volviéndose a resolver sobre las ofertas valorando la de EUPRAXIA en los términos recogidos en el recurso.

OCTAVO: Las alegaciones de EXTERNAL para oponerse al recurso son las que a continuación se resumen:

a) No es cierto que las prescripciones técnicas de la contratación sean idénticas a las de la licitación anterior del mismo servicio, hay todo un cambio de modelo, pues se pasa de un servicio igual y multiplicado para las administraciones previstas en el expediente a un único servicio “central” que dará cualquier servicio de los anteriormente previstos a las administraciones que los demanden en el presente o en el futuro (aunque a priori dicho servicio no estuviera en la cartera actual de necesidades de dicha concreta administración u órgano). Este cambio de modelo justifica el cambio en los criterios de adjudicación. A pesar de ello, la recurrente se ha reiterado en su oferta de 2016, lo que ha provocado la consecuente valoración por parte de EJIE. En concreto, se añaden al objeto del contrato cuestiones como el CPD de la Red Sectorial de Justicia y “otros posibles CPDs que se incorporen con la convergencia”, o un servicio unificado que incluya todos y cada uno de los CPDs asociados al Plan de Convergencia y las tareas comunes necesarias a desarrollar al objeto de que puedan ser prestadas para cualquier cliente (lo que trae como consecuencia que no puede haber equipos diferenciados). Asimismo, ahora se pretende que EJIE pueda prestar todos los servicios a cualquiera de sus clientes.

b) Por lo que se refiere a los aspectos de la evaluación de los criterios de adjudicación impugnados por EUPRAXIA, se considera que el informe técnico de EJIE está amparado por la discrecionalidad técnica, es suficientemente clarificador y se señalan, entre otras cuestiones, las siguientes:



- respecto a la adecuación del tamaño y estructura del equipo, es claro que se ofrecen dos equipos (o un equipo único con perfiles especializados, lo que no tiene sentido tratándose de los mismos posibles servicios).
- no es cierto que EJIE exija más al recurrente por ser el anterior adjudicatario.
- en cuanto al “Plan de transición, de salida del servicio”, el recurrente aplica la fórmula de valoración de manera errónea.
- por lo que se refiere al “Plan de transición, de entrada del servicio”, se observa que la oferta del recurrente no contempla la fusión del servicio separado o diferenciado actual de RCAGV y Osakidetza.

NOVENO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso argumentando lo siguiente:

a) Es irrelevante que la recurrente haya sido la anterior adjudicataria del servicio. No es cierto que este expediente y el anterior para adquirir la misma prestación sean idénticos, hay diferencias sustanciales de base y la recurrente las conoce; en concreto, afectan a aspectos como los CPD a los que se da servicio, el alcance para servicio operación o los criterios de adjudicación. Por el contrario, en la oferta de EUPRAXIA las tareas planteadas son las de la anterior licitación y no las de la nueva (en particular, las de OSAKIDETZA); asimismo, el conjunto de tareas y actividades implica unicidad de prestación para cualquier cliente, mientras que EUPRAXIA expresamente las diferencia, lo que supone incumplir los pliegos e implicaría problemas de ejecución.

b) Por lo que se refiere a las alegaciones concretas sobre la aplicación de los criterios de adjudicación, EJIE alega lo siguiente:

- en cuanto a la “Adecuación del tamaño y estructura del equipo”, el recurrente presenta dos equipos diferenciados con un coordinador para Osakidetza y otro para el resto, en la línea de diferenciación de



servicios planteada en toda la oferta; no se tiene en cuenta la visión global de los servicios y se establecen coordinadores distintos, manteniendo estructuras pero sin tener en cuenta lo establecido en los pliegos.

- en el “Planteamiento de la operación de la RCAGV, Osakidetza, Batera y Red Sectorial de Justicia”, se observa que hay dos equipos con dedicaciones distintas y no un único servicio de operación.
- en el “Planteamiento del soporte a operación”, se observa que nada tiene que ver la exigencia de más desarrollo en las funciones con la limitación en el espacio de la oferta; no es cierto que a la recurrente se le exija más que a otros licitadores.
- en el “Procedimiento de gestión, control y calidad del servicio”, se ha tenido en cuenta en la evaluación que no hay detalles específicos para el servicio, que el planteamiento de los integrantes del Comité mensual no se corresponde con los perfiles indicados en el pliego, y que las propuestas son teóricas porque las aportaciones son genéricas y aplicables a cualquier servicio; además, se indican mejoras, cuando el pliego no las establece y por lo tanto no pueden valorarse.
- en el “Plan de transición, de salida del servicio”, en contra de que se afirma en el recurso, la puntuación obtenida es acorde con los pliegos.
- en el “Plan de transición, de entrada del servicio”, se observa que plantean una disposición por perfiles sin explicación alguna.

c) Se considera que hay mala fe en la interposición del recurso porque, una vez puesto a su disposición el informe técnico y explicado el mismo, siendo la actual prestadora del servicio, se mantiene en la ejecución de los mismos hasta la resolución del recurso, sabiendo que es imposible prescindir de dichos



servicios; se solicita la interposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP, teniendo en cuenta que el importe que facturará hasta la resolución (aproximadamente mes y medio) será de 74.322,78 euros.

DÉCIMO: Para la apreciación de la viabilidad de la pretensión del recurso es especialmente relevante el apartado 3 de la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación y vincula al poder adjudicador y a los operadores económicos al no haber sido impugnado en tiempo y forma:

32. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

3) Se establecen DOS FASES de valoración:

FASE 1	En esta fase se valorarán los criterios, cuya evaluación exige hacer un juicio de valor y que se indican a continuación:	
	Oferta Técnica:	49%
	Calidad de la solución propuesta y plan de trabajo	30%
	Garantía de la disponibilidad del servicio	10%
	Plan de transición de salida del servicio	5%
	Plan de transición de entrada del servicio	4%
Umbral técnico mínimo: 30 puntos		
Conforme al Artículo 150.4 del TRLCSP, para ser admitidos a la valoración global, se exigirá que en los criterios no cuantificables por fórmulas las licitadoras alcancen el umbral mínimo de puntuación establecido de 30 puntos de forma que no serán tenidas en cuenta las ofertas cuya puntuación no sea igual o superior al mismo, quedando automáticamente excluidas del resto del proceso selectivo. A su vez, será necesario obtener el 50% de la valoración de cada criterio de la propuesta técnica para considerarse que se ha superado la valoración técnica. Es decir, en caso de que alguno de los componentes, calidad de la solución propuesta y plan de trabajo, garantía de la disponibilidad del servicio, plan de transición de entrada y plan de transición de salida del servicio, no haya obtenido un valor igual o superior al 50% no se considerará la oferta técnica		



Debe tenerse en cuenta que, según se deduce de la documentación que consta en el expediente y a la vista del contenido del PCAP expuesto en el párrafo anterior, en la oferta de EUPRAXIA concurren tres motivos que, individualmente considerados cada uno de ellos, suponen la exclusión del procedimiento:

- no obtener al menos 30 puntos en el cómputo global de todos los criterios técnicos (EUPRAXIA obtuvo 27,35).
- no obtener el 50% de la valoración máxima posible en el criterio de adjudicación “Calidad de la solución propuesta y plan de trabajo” (obtiene 14,6 puntos y necesitaba por lo menos 15).
- no obtener el 50% de la valoración máxima posible en el criterio de adjudicación “Plan de transición de entrada del servicio” (obtiene 1,25 puntos y necesitaba por lo menos 2).

En resumen, el recurrente estima que no se le han aplicado correctamente los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, es decir, a evaluación discrecional. Sobre la cuestión del correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador para aplicar estos criterios, cuestión muy vinculada con la motivación de la adjudicación, el OARC / KEAO se ha manifestado en numerosas ocasiones (ver, por todas, la Resolución 32/2018) señalando que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 - RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano 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 a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.». Teniendo en cuenta el alcance del análisis que puede realizar este Órgano, debe señalarse que para considerar que la valoración está suficientemente motivada (de modo que, entre otras consecuencias, sobre ella puede ejercerse el control de legalidad que es propio del recurso especial) deben constar los aspectos concretos de la oferta relevantes para la evaluación, el juicio crítico que merecen tales aspectos y la puntuación que corresponde, debiendo todo ello ser coherente.

A la vista de lo anterior, este Órgano estima que el informe técnico que fundamenta la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor es sustancialmente correcto para motivar el acto impugnado y para concluir que se ha hecho un uso correcto de la discrecionalidad técnica. Especialmente, no se observan infracciones legales en la evaluación de las proposiciones que permitan determinar la incorrección de todos y cada uno de los tres motivos de exclusión en los que ha incurrido el recurrente. En particular, se observa lo siguiente:

- no puede considerarse favorablemente la alegación de que el objeto del contrato es casi idéntico que el que rigió la licitación anterior de la misma prestación, de la que el recurrente fue adjudicatario, y de que la oferta de este último debe obtener una puntuación igual a la que en su día recibió. Como señala EJIE, ambos contratos tienen varias diferencias, lo que justifica que la aplicación de los criterios incida en ellas y se refleje en las puntuaciones otorgadas. En cualquier caso, de las supuestas similitudes en ningún caso podría extraerse, como parece querer EUPRAXIA, la conclusión de que le asiste un derecho a que su proposición sea valorada en un cierto sentido; corresponde al poder adjudicador fijar el contenido de cada contrato, los criterios de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución



40/2018 del OARC / KEAO) y evaluar las ofertas en consecuencia, tareas en las que no tiene por qué vincularse a actuaciones pretéritas y para cuya realización le asiste un margen de discrecionalidad cuyos límites no se han traspasado. En particular, no consta ni se acredita por EUPRAXIA arbitrariedad alguna en su contra y en cambio sí hay una motivación suficiente de la adjudicación.

- EJIE señala que EUPRAXIA ha presentado una proposición con dos equipos diferenciados, lo que ha perjudicado su valoración por considerarse que ello va contra la correcta visión global de los servicios, precisamente una de las cuestiones en las que se considera que el expediente es novedoso respecto al anterior. Por el contrario, el recurrente alega que su proposición se basa en un único equipo con personal especializado en cada una de las redes sectoriales, como piden las bases de la licitación. A juicio de este Órgano, el informe técnico es suficientemente expresivo en señalar que la estructura del equipo ofertado por EUPRAXIA no es adecuada al planteamiento de los pliegos, basado en la consecución de “una operación unificada para todas las entidades objetivo”; así, se señala que se mantienen equipos distintos con tareas distintas cuando se busca la unificación de tareas para todos los operadores.
- la alegación de que el recurrente ha sido discriminado porque se le exige más calidad por ser la adjudicataria del anterior contrato al que ahora se licita no es razonable a la vista del informe técnico; a juicio de este Órgano, las menciones a esta cuestión son meros comentarios a mayor abundamiento pero no constituyen parte del fundamento de la valoración.
- según se deduce de lo establecido en las páginas 10, 11 y 17 del informe técnico, las puntuaciones atribuidas en los subcriterios “Recursos y tiempo empleados” (1,5 puntos sobre 2) y “Estrategia empleada” (2 puntos sobre 3), incluidos en el criterio “Plan de transición de salida del servicio” son coherentes con la calificación de la oferta como “buena”.



Por todo ello, el recurso debe desestimarse. Sin embargo, no se aprecia mala fe o temeridad en el recurso pues, a pesar de que la pretensión ha sido rechazada, no carece de argumentos jurídicos, por lo que no cabe la imposición de la sanción a la que se refiere el artículo 58.2 de la LCSP.

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 empresa EUPRAXIA IT SERVICES, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicios de operación 2018-2020 (EJIE-1524-2017)”, tramitado por EJIE.

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

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

CUARTO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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, 2018ko maiatzaren 31a

Vitoria-Gasteiz, 31 de mayo de 2018