



EB 2022/044

Resolución 95/2022, de 3 de junio, 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 D^a. I.D.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de representación procesal en juicio de Osakidetza en Vitoria-Gasteiz”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de marzo de 2022 se presentó 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 D^a. I.D.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de representación procesal en juicio de Osakidetza en Vitoria-Gasteiz”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día 14 de marzo, se le solicitó una copia del expediente de contratación 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). La citada documentación se recibió en el registro del OARC / KEAO entre los días 14 de marzo y 25 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 17 de marzo, se recibieron, el día 21 de marzo, las alegaciones de D^a. I.G.P., adjudicataria impugnada.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D^a. I.D.A. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que 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

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP 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, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones de la recurrente

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) A la hora de valorar los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor se han incluido subcriterios que no se habían publicado, lo que supone una vulneración del principio de transparencia. Así, por ejemplo, la adjudicataria ha obtenido doble puntuación con el subcriterio de disponibilidad horaria que de haber sido conocido anteriormente habría sido igualmente ofertado por la recurrente. Lo mismo cabe decir respecto del subcriterio Disponibilidad de vehículos, moto y bicicleta, pues del mismo no se deduce que suponga la prestación de un mejor servicio. En definitiva, la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor ha superado la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración al introducirse elementos valorativos desconocidos con anterioridad.
- b) La infracción de la igualdad de trato también se manifiesta en los errores advertidos a la hora de la valoración, cuando, por ejemplo, no se valora el software de gestión “Infolex” presentado por la recurrente por entenderse que forma parte del equipo informático exigido por el pliego y, sin embargo, se valora la plataforma “Lexnet” ofertado por la adjudicataria. Igualmente, se constata la infracción del principio de igualdad al conceder 10 puntos a la adjudicataria y solo 5 a la recurrente por contar con un habilitado para ejercer la profesión.
- c) La recurrente considera que la adjudicación del contrato a la adjudicataria puede incurrir en un conflicto de intereses, pues existe una relación de parentesco (cónyuges) entre ella y uno de los letrados que forma parte del servicio jurídico donde se realiza el contrato. Esta circunstancia ha podido suponer una cierta capacidad de influencia o falta de objetividad a la hora de valorar las ofertas.
- d) Finalmente, se solicita la nulidad de la resolución impugnada y que se ordene la incoación de un nuevo expediente en el que los criterios de valoración cumplan



con los requisitos legales de claridad y certeza para preparar en igualdad las ofertas.

SÉPTIMO: Alegaciones de la adjudicataria

La adjudicataria impugnada solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) No se ha aplicado subcriterio alguno, sino que el órgano de contratación ha utilizado su libertad formal para plasmar su motivación, valoración y diferenciación entre las distintas propuestas. La recurrente pretende suplir sus carencias u omisiones en la redacción de su propuesta atribuyendo al órgano adjudicador arbitrariedad en la valoración de las propuestas.
- b) La mejor valoración de la disponibilidad horaria y de los vehículos de la oferta de la adjudicataria se debe a que la prestación del servicio se hace con más medios tanto personales como materiales que la de la recurrente, por lo que la propuesta de la adjudicataria va a proporcionar un mejor servicio.
- c) En cuanto a la valoración de la plataforma “Lexnet” ha de tenerse en cuenta que no es obligatoria en Euskadi y que la adjudicataria está dada de alta voluntariamente para dar un mejor servicio, pues así puede accederse a las más altas instancias como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. En el mismo sentido, la obtención de la puntuación en relación al personal habilitado ha sido debida a que la adjudicataria posee más personal y con mejores condiciones laborales.
- d) En cuanto al supuesto conflicto de intereses alegado, debe indicarse que el poder adjudicador es Osakidetza y que el órgano de contratación es el Director general, siendo la Asesoría Jurídica el órgano destinatario y responsable del contrato una vez adjudicado. La convocatoria, tramitación y resolución se hace por el servicio de contratación del Ente público, totalmente independiente de la Asesoría Jurídica.



e) Por último, solicita la imposición de una multa por existencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con las siguientes razones:

a) Ha sido objeto de valoración todo aquello que se ha ofertado adicionalmente a lo exigido por el PBT y que esté relacionado con el objeto del contrato, tal y como se motiva en el informe de valoración.

b) No se han introducido criterios de valoración no publicados, sino que se trata de una relación de ítems ofertados a los que se les otorga o no determinada puntuación de forma motivada. Los alegados subcriterios de disponibilidad horaria y disponibilidad de vehículos tienen una muy estrecha relación con los criterios de adjudicación Calidad técnica de la propuesta-Memoria y Herramientas que optimicen la prestación del servicio, por lo que su valoración es oportuna.

c) En lo que respecta a la valoración del personal del despacho adscrito al contrato, la recurrente ha obtenido 20 puntos y la adjudicataria 10, por lo que queda objetivado que no ha existido vulneración del principio de igualdad de trato, ya que la oferta de la hoy recurrente es mejor en este apartado.

d) Respecto al posible conflicto de interés, debe indicarse que la adjudicataria está casada con uno de los 19 letrados de la Asesoría Jurídica, letrado que no participa en los procedimientos de contratación, no es miembro del Mesa de contratación y no ha formado parte del Comité de Expertos que ha realizado la valoración de las ofertas técnicas. El recurso nada concreta respecto al modo en el que, en la presente licitación, se haya podido dar un posible trato de favor a la procuradora adjudicataria, lo que supone una utilización torticera de la figura del



conflicto de intereses, pues lo que se pretende es eliminar una oferta técnica objetivamente superior por la mera existencia de un vínculo conyugal.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la impugnación se sustenta en el uso para la valoración de las proposiciones de criterios de adjudicación no previstos en los pliegos, y en la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Asimismo, se alega un supuesto conflicto de intereses a la hora de adjudicar el contrato a la adjudicataria por tener un vínculo conyugal con un letrado del Ente contratante. El análisis de este Órgano debe partir del contenido relevante de los pliegos, que rigen la licitación vinculando al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PCAP:

(...)

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: Si

JUICIOS DE VALOR: 51% Aspectos técnicos (51 puntos): Se puntuarán de la siguiente manera:

1.- Herramientas que optimicen la prestación del servicio: Se valoraran medios técnicos y materiales superiores al mínimo establecido en el Pliego de Bases Técnicas: aportándose al efecto listado de los mismos **hasta 20 puntos**

2.- Calidad técnica de la "propuesta-memoria" redactada por el licitador: Se valorara el modo y propuesta de prestación del servicio ofertado, la organización del servicio ofertado, tiempo de actuación/respuesta en la realización de la prestación y resolución de posibles incidencias que pudiera surgir en la realización de la prestación, **hasta 31 puntos**

A la vista la vista del citado contenido, del resto de la documentación que consta en el expediente y de las alegaciones de los interesados, a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.



a) Sobre la evaluación de los criterios de adjudicación 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) La alegación de que se han introducido subcriterios de adjudicación distintos o adicionales a los establecidos en los pliegos no puede aceptarse. Concretamente, el recurrente imputa este incumplimiento a los subcriterios Disponibilidad horaria y Disponibilidad de vehículos, moto y bicicleta. Ninguno de estos aspectos es contradictorio con la descripción de los criterios de adjudicación establecida en los pliegos ni puede considerarse un criterio novedoso. En realidad, ni siquiera se trata propiamente de “subcriterios” o criterios secundarios de otros criterios primarios o principales sino, más bien, del método de valoración de los criterios de adjudicación basado en lo ofertado por cada uno de los licitadores, el cual no tiene porqué constar en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 7/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14/7/2016, asunto C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30) y cuya exposición forma parte de la motivación de la adjudicación. Estos supuestos subcriterios “no previstos” se recogen, al igual que el resto de los ítems ofertados por ambas licitadoras, a lo largo del informe técnico y sirven para motivar las puntuaciones otorgadas de acuerdo con lo señalado en los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. En particular, no cabe duda que la disponibilidad de horario tiene plena correspondencia con lo señalado en el criterio de calidad técnica en el que se determina que se valorarán, entre otros, el tiempo de actuación/respuesta, y que la oferta de disponibilidad de vehículos, moto y bicicleta enlaza con el criterio “1. Herramientas que optimicen la prestación del servicio”, habida cuenta que una de las obligaciones exigidas al adjudicatario del contrato es la entrega de la documentación preferentemente en mano (cláusula 3.4 del PBT). En definitiva, no se observa que se haya infringido el fondo reglado de los criterios a la hora



de ser valoradas las concretas herramientas propuestas por la adjudicataria.

- 2) 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, la incorrecta aplicación del criterio de las herramientas que optimicen el servicio en lo que a las aplicaciones informática se refiere no puede prosperar. Así, la alegación de que el software de gestión “Infolex” presentado por la recurrente no ha sido valorado porque, según el informe técnico, forma parte del equipo informático, cuando en palabras de la recurrente no constituye hardware carece de sentido, porque lo solicitado por el PBT es un equipo informático adecuado, el cual, obviamente, requiere de software para poder funcionar. Por tanto, y dado que lo ofertado no supera el mínimo exigido no es valorado. Sin embargo, la consideración del software o plataforma “Lexnet” como un elemento que mejora los mínimos exigidos y ha de ser valorado se encuentra motivada, porque, no siendo preceptiva su utilización en la Comunidad Autónoma del País Vasco, sí lo es en el resto del Estado, lo que puede redundar en una mejor prestación del servicio contratado, para cuando, por ejemplo, se requiera acudir a instancias como el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional.
- 3) En lo que la personal habilitado y su puntuación se refiere, la recurrente incurre en error al considerar que existe una desigualdad de trato inducida, eso sí, por la motivación errónea de la puntuación otorgada por este concreto concepto a la adjudicataria. En efecto, este Órgano ha podido contrastar las ofertas presentadas y ha observado que, a pesar de que la adjudicataria asigna al contrato dos personas con la categoría de Oficial Habilitada, en el informe se indica que se otorgan 10 puntos por disponer de una Oficial habilitada. Es decir, se trata de un error material o de transcripción que de ninguna manera supone la vulneración del



principio de igualdad de trato, pues tanto a la recurrente como a la adjudicataria se les concede 5 puntos por cada administrativo que posea la condición de Oficial Habilitada. Por último, merece destacarse, con el fin de descartar cualquier indicio de trato no igualitario o discriminatorio el hecho de que en este concreto apartado la recurrente ha obtenido el doble de puntos (20 frente a 10) que la adjudicataria, porque una de las personas asignadas por la recurrente es una procuradora no ejerciente con habilitación oficial que el equipo informante ha considerado como una mejor organización del servicio, otorgándole 15 puntos.

- 4) 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.

b) Sobre el posible conflicto de intereses

Este Órgano ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, en este sentido, su Resolución 85/2018 y la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea que en ella se cita, así como la Resolución 177/2021), que el riesgo de conflicto de intereses ha de ser efectivamente constatado tras una valoración de la oferta y de la situación del licitador, debiéndose verificar la existencia de un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre los licitadores; en todo caso, la situación de conflicto ha de ser real, no hipotética, y la medida que se adopte para remediarla debe ser proporcionada.

El recurrente considera que puede existir un conflicto de interés por existir un vínculo conyugal entre un letrado de la Asesoría Jurídica (servicio de la entidad contratante donde se ejecutará el contrato) y la adjudicataria impugnada. Dicha argumentación ha de ser desestimada por este OARC / KEAO por lo siguiente:



- 1) La recurrente no acredita lo más mínimo la posible existencia de dicho conflicto de intereses, más allá de señalar el vínculo conyugal existente entre un empleado de la entidad contratante y la adjudicataria del contrato. A este respecto, se debe recordar que, aunque no se pueda hacer recaer sobre el licitador que plantea la existencia del conflicto la carga de probar la parcialidad de quien valora las ofertas, el recurrente debe, al menos, presentar elementos objetivos comprobables que permitan dudar de la imparcialidad del informante (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2021 del OARC / KEAO y la STJUE de 12/3/2015, C- 21/22 538/13, ECLI:EU:C:2015:166, especialmente los apartados 43 y siguientes); en este caso, no se aporta ningún indicio o prueba que ponga en duda que en la elaboración del informe por el Comité se haya podido dar un trato de favor a la adjudicataria, aparte de manifestar sus discrepancias en determinadas valoraciones que han sido desestimadas en el apartado anterior.
- 2) El artículo 64.2 de la LCSP exige que el conflicto de intereses se genere entre el potencial adjudicatario del contrato y, en el presente caso, el personal al servicio de Osakidetza, no cabiendo extender esta condición a cualquier persona que preste sus servicios a favor de dicho ente, sino sólo a quienes participen en el proceso de selección del contratista de modo que puedan tener influencia en la decisión que se adopte en su seno. Así, y dado que el cónyuge de la adjudicataria que, como se ha dicho, presta sus servicios retribuidos para Osakidetza no ha participado en el procedimiento de contratación de ninguna forma (no ha redactado el PBT, que consta firmado por doña S.E.L., ni el PCAP, que se halla suscrito por doña S.R.C., ni ha formado parte de la Mesa de contratación, ni del Comité de expertos), y que del expediente no se evidencia que haya podido influir en algún sentido en la decisión del Órgano de contratación (Dirección General de Osakidetza), debe concluirse que no se dan los requisitos mínimos



para considerar la existencia real y no hipotética del conflicto de intereses alegado, de forma que ni el órgano de contratación, en primera instancia, ni este Órgano, en la presente fase de recurso, se han visto compelidos a adoptar las medidas adecuadas para prevenirlo, detectarlo y solucionarlo.

c) Sobre la temeridad o mala fe en la interposición del recurso

La adjudicataria impugnada solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 102/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos. Téngase en cuenta que, a pesar de ser desestimados, el recurso contiene argumentos jurídicos impugnatorios. Por otro lado, el poder adjudicador no ha solicitado la imposición de multa alguna ni menciona perjuicio alguno, de lo que cabe concluir razonablemente que no ha observado ni temeridad ni ánimo dilatorio en la actuación de la recurrente.

d) Conclusión

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, el recurso debe desestimarse.

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 interpuesto por D^a. I.D.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de representación procesal en juicio de Osakidetza en Vitoria-Gasteiz”, 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, 2022ko ekainaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de junio de 2022