



EB 2018/148

Resolución 180/2018, de 14 de diciembre 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 ETXE – LAN, S.COOP. contra la adjudicación del contrato “Suministro de un túnel de lavado para la sede Txagorritxu de la Organización Sanitaria Integrada Araba”, tramitado por OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de octubre de 2018, la empresa ETXE – LAN, S.COOP. (en adelante, ETXE – LAN) 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 pública contra la adjudicación del contrato “Suministro de un túnel de lavado para la sede Txagorritxu de la Organización Sanitaria Integrada Araba”, tramitado por OSAKIDETZA.

SEGUNDO: El día 19 de octubre 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). Dicha documentación se recibió el día 24 de octubre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 30 de octubre, se han recibido, el día 7 de noviembre, las alegaciones de la empresa

COMERCIAL HOSTELERA DEL NORTE, EQUIPAMIENTOS, S.A. (en adelante, CHN).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.O.S.A., que actúa en su nombre.

TERCERO: 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 suministros cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP es acto impugnabile el acuerdo de adjudicación del contrato.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXRO: 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.

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

a) Con fecha 26 de septiembre se le notificó a la recurrente la Resolución de adjudicación de 25 de septiembre en favor de CHN; el día 1 de octubre ETXE – LAN presentó una solicitud de vista del expediente y anunció la intención de interponer un recurso especial contra la citada resolución; el 4 de octubre se le notificó a la recurrente una “adenda” que se refiere a una sesión de la Mesa de Contratación de 11 de septiembre en la que se expone que “se ha detectado que la razón por la que Etxe – Lan, S. Coop no ha incluido en su Oferta Económica el plazo de garantía era porque esta información se había introducido en el sobre de la Oferta Técnica, bajo el epígrafe 6. Plazo de Garantía”, lo que supone la exclusión de la proposición. La Administración se ampara para todo ello en la posibilidad de corregir un error material, de hecho o aritmético, cauce que ETXE – LAN considera inadecuado, pues esconde la revisión de oficio de un acto nulo; afirma también que la razón del recurso que se anunció contra la resolución de 25 de septiembre era precisamente la falta de motivación de la no valoración de la documentación presentada en relación con el plazo de garantía.

b) La documentación contractual no señala en ningún caso que la documentación sobre el plazo de garantía deba figurar en el sobre “B”; de cualquier forma, la oferta del recurrente se ha excluido por una causa que podía haberse tratado como un defecto subsanable; por otro lado, es una causa de exclusión que carece de motivación. Asimismo, se alega la infracción de los artículos 74 a 76 de la LCSP, el principio que establece que la oscuridad de las cláusulas de los pliegos no puede perjudicar a los licitadores, la necesidad de proteger a las PYMEs como principio básico de la LCSP y la sucesión de los acontecimientos en el procedimiento, que suponen que la resolución recurrida anula implícitamente la resolución de adjudicación de 25 de septiembre prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido para ello.

c) Por lo que se refiere a la valoración de los criterios de adjudicación, la recurrente alega las siguientes irregularidades en la motivación de su aplicación:

- en el criterio “Mayor nivel de prestaciones que las solicitadas”, se adjudican 12 puntos a CHN con base en la existencia en su propuesta de una zona de soplado a alta velocidad con aire entre 50 y 70 grados centígrados previa a zona de secado. Esta valoración no se basa en un dato cierto, puesto que el equipo de CHN, según la ficha técnica, alcanza solo 60 grados. Por otro lado, la temperatura no es la única clave para un secado perfecto; por ejemplo, no se ha valorado que la recurrente cuenta con sistema de secado canalizado de modo superior, inferior y lateral.
- respecto al “Consumo eléctrico”, no se justifica la diferencia de puntuación entre ETXE – LAN (3 puntos) y CHN (2 puntos); así como el dato de consumo eléctrico del recurrente consta en la ficha técnica aportada, se desconoce el consumo de CHN.
- en el “Consumo de agua” se atribuyen 3 puntos a ETXE – LAN por “...bajo consumo de agua que conlleva igualmente un 55% menos de consumo de detergente...”, mientras que se conceden 2 puntos a CHN por consumir 270 litros con el triple aclarado; debieron evaluarse ambas ofertas proporcionalmente y con base en el consumo de agua, siendo la del recurrente de 160 litros, según figura en la correspondiente ficha técnica.
- en el “Consumo de detergentes y abrillantador”, el análisis es arbitrario y carente de base e infringe las consideraciones contenidas en las fichas técnicas, pues la dosificación del producto (dato que tiene en cuenta el informe técnico) no tiene que ver con el consumo de detergentes y abrillantador, ya que éste es directamente proporcional al consumo de agua. ETXE – LAN aporta un estudio que acredita que la diferencia a

favor de su máquina es de 7.543 euros anuales en productos químicos (detergente y abrillantador).

- en el “Sistema de control de consumo de detergentes”, se atribuye 1 punto a CHN por poseer un sistema de control táctil en pantalla que indica la dosificación y el ajuste, cuando el manual de uso señala que en la máquina presentada el control es externo, igual que en la máquina de ETXE – LAN, a la que en este epígrafe se le han concedido “0” puntos.
- en el “Nivel de ruido”, la máquina de la recurrente obtiene 1,5 puntos con base en ruido de 73.6 db. La ficha técnica de la máquina de CHN marca un nivel máximo sonoro inferior a 70 db, pero no especifica el dato, sin embargo la misma ficha técnica dice que su nivel de ruido es el que “manda la norma DIN en los lugares de trabajo”, pero no que sea menor de 70 db, que es la cifra por la que obtiene 2 puntos.

d) La recurrente considera infringido el artículo 139 de la LCSP porque no se garantizó la confidencialidad de las propuestas, lo que conlleva la nulidad del procedimiento. En concreto, se alega que el 11 de septiembre se realizó la apertura de los sobres referidos a los juicios de valor, designándose el 18 de septiembre para la apertura de las ofertas económicas; sorpresivamente, el 18 de septiembre se colgaron en la página de Contratación de OSAKIDETZA, con acceso limitado vía firma electrónica los importes económicos de las proposiciones; el 19 de septiembre en el vínculo de dicha página se publicó el informe técnico, cuando el día anterior se habían dado a conocer los importes de las ofertas económicas (sin las garantías) con anterioridad a la emisión del informe técnico.

e) Finalmente, se reitera la solicitud de acceso al expediente al amparo del artículo 52 de la LCSP y se solicita la anulación de la resolución de adjudicación de 3 de octubre y la retroacción de actuaciones hasta el momento de elaboración del informe técnico de valoración sobre los criterios de adjudicación no evaluables automáticamente, para que se proceda a una

nueva valoración teniendo en cuenta los datos que constan en las fichas técnicas de los fabricantes y que se exponen en el escrito de recurso.

OCTAVO: Alegaciones de CHN

Las alegaciones de CHN son, resumidamente, las siguientes:

a) Se alega que la oferta relativa a los años de garantía debía aportarse necesariamente en el sobre “B” porque formaba parte de la oferta que debía evaluarse mediante criterios sujetos a fórmulas; la introducción en el sobre “C” supone infringir el secreto de la oferta, el principio de valoración separada del artículo 146.2 de la LCSP y el apartado 14.1 a) de las Condiciones Generales del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), y la exclusión de su proposición era obligada.

b) A partir de lo señalado en la letra a) anterior, es irrelevante si por la Mesa de Contratación se hizo una valoración improcedente de la oferta de la recurrente, ya que debió ser excluida desde un primer momento; en este sentido, se confunden los actos de la Mesa, que realiza actuaciones de trámite, y los del órgano de contratación, que es el órgano decisorio y que no tiene por qué seguir los cauces de la revisión de oficio previstos en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (en adelante, LPAC) para apartarse del criterio de la Mesa, sino que es suficiente con que motive su actuación, como efectivamente ha hecho. Por otro lado, la notificación de la exclusión ha permitido a ETXE – LAN interponer un recurso fundado.

c) Por lo que se refiere a las alegaciones del recurso referidas a la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor, CHN considera que el recurrente busca una valoración alternativa y observa lo siguiente:

- el módulo de soplado es independiente del de secado, opcional al incluido en la oferta, adicional y que constituye una mejora; se desmiente que la temperatura sea solo de 60º y se afirma que es un módulo independiente a la zona de secado y con una finalidad diferente.

- respecto a los consumos eléctricos, debe tenerse en cuenta el consumo de una máquina que, como la propuesta para CHN, está realizada a la medida para el cliente.
- respecto a los consumos de agua y detergentes, se alega que responden a que la máquina de CHN incluye un triple aclarado.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador, en síntesis, alega lo siguiente:

- a) Cuando se abrió la documentación relativa a los criterios de adjudicación sujetos a su evaluación mediante fórmulas se observó que la recurrente no mencionaba el plazo de garantía ofertado, por lo que se consideró que éste era de dos años (el mínimo obligatorio), por lo que se le asignaron “0” puntos en este epígrafe. Una vez aplicados todos los criterios de adjudicación, se dictó resolución de adjudicación en favor de CHN.
- b) Posteriormente, se observó que la documentación sobre el criterio de adjudicación que valora el plazo de garantía se incluyó en el sobre correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Por ello, se dictó una nueva resolución de adjudicación, incluyendo la decisión de excluir a ETXE – LAN por infringir el secreto de la proposición y el sistema de valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y los aplicados mediante fórmulas (lo que el recurrente, de hecho, reconoce), y dando un nuevo plazo para recurrirla, pero sin alterar el sentido de la anterior.
- c) Por lo que se refiere a la impugnación de la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor, la oferta de ETXE – LAN obtuvo solo 3, 70 puntos menos que la ganadora (45 puntos frente a 41,30); globalmente, necesitaría casi 10 puntos adicionales para superar al adjudicatario, e incluso en el caso de que obtuvieran 50 puntos en la valoración técnica, tampoco resultaría adjudicatario.

Se alega que el informe técnico que sustenta la adjudicación es detallado y ecuaníme.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC/KEAO

El recurrente solicita la retroacción de actuaciones para que se proceda a una nueva evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Se ataca su exclusión del procedimiento de adjudicación por haber introducido junto con la documentación relativa a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor aspectos relativos a los criterios evaluables mediante fórmulas y alega que la aplicación de los primeros no es correcta; además, se considera que se ha infringido el artículo 139 de la LCSP porque no se garantizó la confidencialidad de las propuestas, lo que conlleva la nulidad del procedimiento. A continuación se expondrán las apreciaciones del OARC/KEAO sobre todo ello, si bien por razones sistemáticas se empezará por el análisis de la razón que supondría la nulidad del procedimiento (lo que haría innecesario el análisis del resto de los motivos), para seguir con las alegaciones sobre la exclusión (cuya desestimación haría innecesario analizar la impugnación de la aplicación de los criterios de adjudicación, pues el recurrente ya no podría ser adjudicatario del contrato).

a) Sobre la confidencialidad de las proposiciones de los licitadores

El motivo en el que se basa el recurso es que el 19 de septiembre de 2018 se publicó en el perfil del contratante de Osakidetza el informe técnico sobre los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, cuando el día anterior se dio a conocer el importe de las propuestas económicas, lo que implica falta de confidencialidad de las ofertas, en los términos previstos en el artículo 139 de la LCSP. Por lo que es aplicable al procedimiento de adjudicación abierto, que es el caso que nos ocupa, la única mención contenida en el artículo 139 de la LCSP a la confidencialidad de las proposiciones figura en su apartado 2, que establece que éstas serán secretas y que se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones. No hay constancia de que esta regla se haya visto infringida (ni el recurrente lo

alega), por lo que este motivo de impugnación debe desestimarse; en este sentido, si se ha garantizado el secreto de las ofertas hasta la apertura, es irrelevante, a los efectos de la confidencialidad cuya ruptura se denuncia, el momento de la publicación en el perfil del contratante.

b) Sobre la exclusión de la oferta del recurrente

El recurrente alega, en síntesis, que la resolución impugnada, que establece la exclusión de su oferta por haber infringido el secreto de la proposición al incluir documentación relativa a un criterio sujeto a fórmula en el sobre asignado a los criterios aplicables mediante un juicio de valor (artículo 146.2 de la LCSP), anula, obviando el procedimiento legalmente establecido, una resolución anterior en la que no constaba dicha exclusión y en la que BAXTER figuraba como tercer clasificado en el listado del artículo 150.1 de la LCSP. A juicio de este Órgano, la adjudicación de 25 de septiembre de 2018 era un acto definitivo que finalizaba un procedimiento que, precisamente, se denomina “de adjudicación”. Como se desprende del artículo 150.2 de la LCSP, el citado acto consiste, generalmente, en la aceptación por el órgano de contratación de la propuesta de la Mesa de Contratación, la cual incluye la clasificación de las ofertas presentadas según el orden derivado de las puntuaciones obtenidas en aplicación de los criterios de adjudicación (artículo 150.1 de la LCSP); consecuentemente, la citada clasificación es parte necesaria de la resolución de adjudicación y el recurrente figuraba en ella. Esta última circunstancia no es irrelevante, puesto que puede suponer finalmente la adjudicación del contrato si las empresas que anteceden a BAXTER no llegan a obtenerla (ver, por ejemplo, los dos últimos párrafos del artículo 150.2 de la LCSP), lo que implica que la resolución de adjudicación es también para el recurrente (y no solo para el adjudicatario seleccionado) un acto declarativo de derechos que no puede revisarse unilateralmente por la Administración sin sujetarse al procedimiento legalmente establecido para ello (ver el artículo 41 de la LCSP y el Capítulo I del Título V de la LPAC); dicho de otro modo, es claro que el recurrente queda, como consecuencia del acto impugnado, en una posición peor porque pierde una condición que le concede, al menos, la posibilidad, más o menos probable pero no meramente hipotética, de ser adjudicatario. Debe descartarse la

alegación del poder adjudicador en el sentido de que la exclusión es una mera corrección de un error material (artículo 109.2 de la LPAC); no cabe amparar en dicho concepto la rectificación de un acto cuando ésta supone, como en este caso, la alteración radical del sentido del acto rectificado y su apreciación no precisa solo del análisis de datos que constan en el expediente y que en una primera instancia fueron obviados o erróneamente percibidos, sino que además se requiere de la aplicación de valoraciones legales que finalmente conllevan un cambio en el contenido y la calificación jurídica del acto. Además, es claro que tampoco se cumple el requisito de que en la corrección de errores, a diferencia de lo que sucede en la revisión de oficio, debe subsistir el acto rectificado; por el contrario, en este caso es claro que la resolución de adjudicación original ha sido sustituida por otra con sentido muy diferente (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1991 y 23 de diciembre de 1992).

A la vista de lo expuesto en el párrafo anterior, debe considerarse que, efectivamente, el acto impugnado revisa un acto declarativo de derechos sin sujetarse al procedimiento previsto para ello. En principio, esta afirmación debiera concluir en la anulación del acto impugnado en cuanto decide la exclusión de ETXE – LAN. Sin embargo, ello no es posible en este caso concreto por los argumentos que a continuación se exponen:

- 1) Con independencia de que no se haya hecho valer mediante el procedimiento adecuado, del expediente (y del propio recurso) se deduce claramente que el hecho que supone la infracción del artículo 146.2 de la LCSP se ha producido efectivamente y que su consecuencia no puede ser otra que la exclusión de la oferta, según una reiterada doctrina de este Órgano (ver, por todas, sus resoluciones 77/2014 y 74/2017), dado que se ha comprometido la objetividad de la valoración; en este sentido, no hay duda de que la inclusión de la propuesta relativa al criterio “Plazo de garantía”, uno de los criterios sujeto a fórmula, entre la documentación relativa a los criterios discrecionales, supone la revelación anticipada del contenido de los primeros, siendo claro además que el apartado 14.1.a) del PCAP advertía de que un error como el debatido implicaba el rechazo de la

proposición. Esta conclusión no puede ser enervada por el hecho de que el órgano de contratación haya apreciado esta irregularidad de la oferta con posterioridad a la adjudicación del contrato, pues no puede en ningún caso descartarse que las apreciaciones del evaluador sobre los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor pudieran haber estado condicionadas por el conocimiento anticipado del dato a evaluar mediante fórmula.

- 2) Si este OARC / KEAO accediera a la anulación de la exclusión, obligaría al poder adjudicador, en contra de la economía procesal, a un gravoso procedimiento de revisión de oficio para materializar la exclusión, que sería muy probablemente la conclusión de dicho procedimiento. Mientras tanto, un licitador afectado por una evidente causa de exclusión figuraría en el listado del artículo 150.1 de la LCSP (con diez puntos más, correspondientes al criterio “Plazo de garantía”) y podría incluso llegar a ser adjudicatario del contrato en el caso de que quienes le anteceden no cumplieran la documentación requerida en el artículo 150.2 de la misma norma o si su impugnación de la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor resultara exitosa, con el alto riesgo en ambos casos de que tal adjudicación sea, a su vez, impugnada por uno de sus competidores, también muy probablemente con éxito. Por otro lado, parece un abuso de derecho que este Órgano no puede amparar la pretensión de impugnar la exclusión por razones procedimentales y reconocer al mismo tiempo la existencia de los hechos constitutivos de la infracción, como hace el recurrente. Asimismo, la retroacción solicitada, hasta el momento previo a la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor debiera suponer, nuevamente, la exclusión que ahora se recurre, lo que haría inútil la citada estimación. Por todo ello, y habida cuenta de que el artículo 57.2 de la LCSP exige que la resolución del recurso especial debe resolver motivadamente cuantas cuestiones se hayan planteado, no procede aceptar la anulación de la exclusión.

c) Conclusión

A la vista de lo anterior, el recurso debe desestimarse. Si bien este OARC / KEAO ha aceptado la legitimación de un licitador excluido mientras dicha exclusión no sea firme para recurrir la adjudicación del contrato, dicha legitimación está condicionada a que de la estimación de la pretensión se derive para él la satisfacción de un interés legítimo, como sería la declaración de procedimiento desierto, la cual supondría muy probablemente la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación en el que podría presentarse una nueva proposición, mejorando así su posición de excluido. Dado que, en este caso, el recurso no solicita dicha declaración, el rechazo de la impugnación de la exclusión impide el análisis del último motivo de recurso, fundado en la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. Consecuentemente, tampoco es necesario el acceso al expediente pedido por ETXE – LAN.

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 ETXE – LAN, S.COOP. contra la adjudicación del contrato “Suministro de un túnel de lavado para la sede Txagorritxu de la Organización Sanitaria Integrada Araba”, tramitado por OSAKIDETZA.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación

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

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 abenduaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de diciembre de 2018