



EB 2014/002

Resolución 15/2014, de 11 de febrero de 2014, del sustituto 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 SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato que tiene por objeto la gestión del servicio de ayuda a domicilio (Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de enero de 2014, la empresa SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L. interpuso, ante el órgano de contratación, recurso especial contra el acuerdo de adjudicación del contrato que tiene por objeto la gestión del servicio de ayuda a domicilio (Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz).

SEGUNDO: Con fecha 10 de enero de 2014, el OARC/KEAO dio traslado del recurso a los interesados para que en el plazo de cinco días presentaran las alegaciones que estimaran necesarias, recibándose las de la empresa ARQUISOCIAL, S.L., adjudicataria del contrato. Consta el informe del poder adjudicador previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, ya que es licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP; consta asimismo la representación de quien en su nombre comparece.

SEGUNDO: El artículo 40.2. b) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

El recurso especial interpuesto impugna precisamente un acuerdo de adjudicación.

TERCERO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:



a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

El acto que se recurre se refiere a un contrato de servicios cuyo objeto, de acuerdo con el punto 1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se halla codificado en el CPV con el número 85312000 incluyéndose, por consiguiente, en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, y tiene un valor estimado de 7.577.265,58 euros. A juicio de este Órgano, esta calificación jurídica (no discutida por las partes) es la correcta, ya que no se observa que el contrato prevea explotación del servicio por el adjudicatario ni transferencia del riesgo (ver el informe 12/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Ello implica la admisibilidad del recurso, a pesar de que el propio título del contrato incluya el término “gestión del servicio” y el apartado 1 del Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) designe al contrato como de “gestión de servicio público.”

CUARTO: El recurso especial ha sido correctamente interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP. Por ello, carece de relevancia, en este caso concreto, el hecho de que la notificación del acto impugnado no cumpla con el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), de contener la indicación de si el acto notificado es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos. La citada notificación únicamente contiene cuál es la vía de recurso en los supuestos previstos en el artículo 40 del TRLCSP (que señala cuáles son los actos susceptibles de impugnación mediante recurso especial), en los supuestos no previstos en dicho precepto y en los supuestos previstos en el artículo 37 TRLCSP (cuestión de nulidad contractual), pero no señala cuál de las tres es la aplicable al caso concreto, que es precisamente lo que pide la LRJPAC. Es decir, la información ofrecida obliga al notificado a hacer un análisis de cuál es la norma aplicable al caso, con el riesgo de que su elección sea incorrecta y se frustré su acceso al recurso, que es precisamente lo que el artículo 58.2 de la LRJ – PAC quiere evitar cuando impone a la Administración la obligación de informar, entre otras cosas, sobre cuál es el medio de impugnación del que se dispone. Como ya se ha señalado, la vía de impugnación elegida por el interesado es correcta en este caso, por lo que la irregularidad de la notificación se ha subsanado por su interposición, si bien es causa de invalidez de la misma, lo que, en otros supuestos, podría tener la consecuencia de que, por ejemplo, la Administración no podría alegar frente al recurrente la extemporaneidad del recurso por el transcurso de su plazo de presentación (Resolución 78/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

QUINTO: La empresa recurrente basa su pretensión, en síntesis, en los siguientes argumentos:



a) La oferta de la empresa adjudicataria debe ser excluida porque dentro del sobre de su oferta previsto para el examen de los criterios sujetos a un juicio de valor ha incluido información reservada al sobre en el que se recoge la documentación necesaria para puntuar los criterios de valoración objetiva o automática; según el informe de valoración ARQUISOCIAL había ofrecido en su proyecto técnico (sujeto a juicio de valor) una «oficina de tramitación de ayudas técnicas, con 15 tipos de ayudas y modelo de contrato», dándose la circunstancia de que, en los criterios evaluables de forma automática del pliego de condiciones, una de las mejoras puntuables es la «adquisición de ayudas técnicas para los usuarios (camas, grúas...)», con indicación de que «la oferta sobre la cuantía de ayudas técnicas incluirá el compromiso de prestar el correspondiente asesoramiento técnico sobre las soluciones y/o elementos más adecuados para los usuarios en cada caso». Aunque de la manifestación a la que se refiere el informe no cabe deducir la cuantía concreta que por ese concepto se va a ofrecer en el sobre que recoge los criterios de puntuación objetiva, sí se puede colegir que se van a ofrecer ayudas técnicas, al menos, por importe de 5.000 euros, que es el escalón mínimo de valoración, al que le corresponde 1 punto, dado que la identificación entre lo ofertado por ARQUISOCIAL en el proyecto técnico (sujeto a juicio de valor) y la redacción que da el pliego a este criterio de la parte objetiva es absoluta.

b) A la vista del informe de valoración, se observa que se ha repartido la puntuación de cada criterio del baremo mediante cantidades concretas repartidas en sub- baremos, lo que no se preveía en el Pliego, que sí contenía sub – baremos pero no estipulaba el peso concreto de cada uno de ellos en la puntuación final; ello supone una desviación respecto a los criterios de adjudicación que constan en la documentación del expediente y que son parte de la “ley del concurso”. La atribución de puntuación del sub – baremo va más allá de una simple concreción de los criterios de valoración, pues establece el peso relativo de cada apartado y puede llegar a definir el resultado de la adjudicación, de modo que la recurrente podría haber adaptado su oferta a dicha ponderación de haberla conocido con anterioridad. A mayor abundamiento, la escala de puntuación no se utiliza en el informe de valoración, por lo que no se puede saber, por falta de motivación, las razones de cada puntuación en los criterios del sub – baremo.

c) Se señalan errores en el informe que sustenta la adjudicación, que se considera que incorpora una valoración poco motivada e incoherente:

* La valoración de ARQUISOCIAL es inferior en 0,5 puntos a la del recurrente a pesar de que el informe indica que no considera su propuesta por no cumplir el Pliego, que establece que el hecho de que el coordinador de la empresa sea el referente para el usuario es uno de los objetivos de la prestación.

* En el punto 1.3 la valoración de ARQUISOCIAL es idéntica que la del recurrente, a pesar de que esta última se limita a lo recogido en el pliego de condiciones técnicas.



* En el punto 1.4 la valoración de ARQUISOCIAL es superior en 0,63 puntos a pesar de que la del recurrente es más completa, a la luz del informe de valoración.

d) finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación, la exclusión de la oferta del adjudicatario y la adjudicación del contrato a la empresa recurrente o, subsidiariamente, la anulación de las actuaciones.

SEXTO: La empresa adjudicataria se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) La pretensión del recurrente no es coherente, pues no se puede pretender resultar adjudicatario de un procedimiento cuya anulación se pide, planteamiento que quizás se debe a que el recurrente es el actual prestador del servicio y quiere dilatar la nueva adjudicación.

b) La referencia de ARQUISOCIAL en la oferta se refiere al establecimiento de una oficina de tramitación de ayudas técnicas, lo que se hace para cumplir los apartados del pliego relativos a la oferta técnica, sin que se ofrezca ninguna cuantificación, que es precisamente lo que se valora en los criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) indica en su punto 4, apartado A.2 (Apoyos técnicos y materiales) que, entre los criterios técnicos sujetos a juicio de valor figura «Otros medios disponibles que aporten valor o innovación a la prestación del servicio»; sin duda, una oficina de tramitación de ayudas técnicas es un medio que aporta valor o innovación al servicio y, por tanto, incardinado en el apartado de aspectos técnicos y no puramente económicos. Por el contrario, el apartado B.1 («aspectos de mejora al proyecto técnico conforme a lo establecido en el pliego de condiciones técnicas») señala específicamente que el criterio de adjudicación es como sigue:

«Cuantía económica global ofertada de forma gratuita y destinada a la adquisición de ayudas técnicas para los usuarios / as (camas articuladas, grúas, alzadores de inodoros, sillas de baño, tablas de ducha, agarres para ducha y baño, sillas de ruedas, etc.), hasta 4 puntos, conforme al siguiente desglose:

- A partir de 5.000 euros: 1 punto, otorgando 0,50 puntos más por cada 1.5000 euros más hasta el máximo de puntos.

La anterior oferta sobre cuantía de ayudas técnicas incluirá el compromiso de prestar el correspondiente asesoramiento técnico sobre las soluciones y / o elementos más adecuados para los usuarios en cada caso.»

Debe tenerse en cuenta que el criterio automático se refiere a la cuantía, mientras que la referencia del proyecto técnico se refiere al modo de tramitación de las ayudas, sin mención de la cuantía, por lo que la referencia debatida no ha podido afectar a la imparcialidad de la valoración. Es una pura especulación suponer que Arquisocial obtendría al menos 1 punto en el apartado debatido, puesto que, al no haber ninguna cuantificación, no puede saberse si tal dotación estará o no prevista en la oferta económica (podría ocurrir que no lo estuviese o que su importe fuera tan bajo que no alcanzara ni



siquiera 1 punto); no puede anticiparse pues la puntuación de Arquisocial en el criterio. Por ello, se entiende que no se ha infringido el secreto de la oferta, infracción que debe apreciarse desde una interpretación finalista y sistemática, de modo que tal infracción no existe cuando la documentación introducida en el sobre equivocado es irrelevante.

c) No es cierto que la Administración se haya apartado de los criterios de valoración establecidos en el PCAP, ni que se haya incurrido en arbitrariedad. El informe de valoración sí que otorga una puntuación concreta a cada uno de los “sub – baremos”, lo que la recurrente critica. Llama la atención que se impugne esta valoración cuando en ella la recurrente obtuvo más puntuación que la adjudicataria, por lo que la alegación no tiene efecto útil. Por otro lado, el poder adjudicador está habilitado para determinar a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios previamente fijados y publicados en los pliegos porque no se han modificado los criterios fijados en los pliegos, no se aportan nuevos elementos que, de haber sido conocidos en el momento de preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y no se trata de una decisión adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores, que son los requisitos exigidos por la jurisprudencia europea y nacional.

d) El recurrente pretende sustituir a la Administración en la emisión de juicios de valor que ésta realiza dentro del legítimo ejercicio de la discrecionalidad técnica; juzga ciertas puntuaciones como injustas o injustificadas pero no acredita la existencia de ningún motivo para anular la valoración. El informe de valoración está suficientemente motivado.

e) La alegante entiende que el recurso pretende dilatar la nueva licitación al ser la entidad mercantil que presta actualmente el servicio, existiendo mala fe que justifica la imposición de la multa prevista en el artículo 47.5 TRLCSP.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) No puede sostenerse que se haya incluido información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a los criterios sujetos a juicios de valor; en el criterio evaluable mediante fórmula puntúa una cifra, un importe económico evaluable conforme a una escala. La cuantía económica que se valora automáticamente no se condiciona a un número o tipología de ayudas, siendo la única precisión el destino, “global”, a la adquisición de ayudas técnicas. La información aportada por ARQUISOCIAL sólo sería evaluable mediante fórmula si revelara su cuantía económica, lo que no sucede en este caso.

b) La atribución de puntuación a los subcriterios marcados en el Pliego, formulada por la Comisión de valoración previamente a la apertura de los sobres, no afectó la igualdad entre los licitadores; es una explicación de la metodología utilizada para la valoración de los criterios establecidos. Asimismo,



la jurisprudencia europea ampara la actuación impugnada, pues no se han modificado los criterios de adjudicación establecidos en los Pliegos, no se han introducido elementos que, de haberse conocido en el momento de preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y no se ha discriminado a ningún licitador. En consecuencia, se han integrado o concretado los criterios de valoración preestablecidos, por lo que no se han vulnerado los principios de igualdad de trato y de transparencia.

OCTAVO: Con respecto al motivo de recurso basado en la infracción del secreto de la oferta por la inserción en el sobre que contiene la documentación relativa a los criterios sujetos a juicio de valor de un documento que debiera figurar en el sobre destinado a los criterios sujetos a evaluación mediante fórmulas, este Órgano se pronunció al respecto en su Resolución 100/2013 señalando que “debe partirse de la finalidad perseguida por las normas cuya infracción se denuncia.” Así, el artículo 150.2 TRLCSP establece que «la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia». Para hacer posible esta valoración separada, «las normas de desarrollo de esta Ley determinan los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada». Cumpliendo el mandato de desarrollo reglamentario, el artículo 26 del Decreto 817/2009 dispone que «la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos».

La citada Resolución 100/2013 continuaba afirmando lo siguiente:

Del análisis de esta normativa se deduce que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, la cual se podría ver comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso se posibilitaría una valoración que, conscientemente o no, compensara en favor o perjuicio de alguna empresa las puntuaciones resultantes de dicha evaluación. El sistema anula también el denominado “efecto halo” en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que el personal que efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata.

Consecuentemente, debe analizarse si la introducción del documento debatido en el sobre que corresponde a los criterios evaluables mediante un juicio de valor, cuya apertura ha de ser anterior a la del sobre en el que figuran los datos relativos a los criterios evaluables mediante fórmulas, ha comprometido la objetividad de la valoración, en los términos que la normativa aplicable exige y que se han explicado en el párrafo anterior (ver, en este sentido, el dictamen del Consejo de Estado 670/2013, de 11 de julio de 2013, y la jurisprudencia que en él se cita).

Del contraste entre el documento debatido y la finalidad de la normativa aplicable, tal y como ésta se ha expuesto en este mismo fundamento jurídico,



se deduce que la introducción del documento en el sobre destinado a los criterios evaluables mediante un juicio de valor no ha podido desvirtuar la objetividad de la valoración de las ofertas; debe recordarse que las fórmulas que servirían para evaluar el criterio debatido se aplican sobre la «Cuantía económica global ofertada de forma gratuita y destinada a la adquisición de ayudas técnicas para los usuarios», es decir, tienen como base un importe monetario. Dado que el documento que se insertó en el sobre correspondiente a los criterios subjetivos carecía de referencia alguna a tal importe, ni hacía tampoco mención a su ofrecimiento gratuito ni a su destino, de ningún modo se puede entender que se ha desvelado prematuramente información que debió permanecer secreta hasta la apertura del sobre de criterios evaluables mediante fórmulas. Si a todo ello añadimos que sería del todo punto desproporcionado excluir a un licitador porque supuestamente no haya introducido cierta información en el sobre correcto cuando tal hecho no supone vulneración material de la objetividad que la norma pretende garantizar, la conclusión es que la oferta fue correctamente aceptada y que debe rechazarse el motivo de recurso.

NOVENO: Por lo que se refiere a la impugnación de la motivación de la adjudicación por el hecho de que se divida la puntuación global asignada a un criterio de adjudicación entre varios subcriterios previamente establecidos en los Pliegos, debe señalarse que, como bien afirman la empresa alegante y el poder adjudicador, la jurisprudencia comunitaria (Sentencia del Tribunal de Justicia de 24/11/2005, C-331/04) admite tal actuación si con ello no se modifican los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, no se introducen elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y si no se adopta la decisión teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. En el supuesto analizado se cumplen todas estas condiciones; en este sentido, el recurrente no acredita su afirmación de que su oferta hubiera sido distinta de conocer el reparto de puntos por subcriterios, ni consta intención discriminatoria, sin que quepa pensar que el reparto efectuado por la Mesa pueda considerarse poco previsible o contrario al principio de transparencia. Por ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

DÉCIMO: Respecto a las incorrectas valoraciones del poder adjudicador en los criterios sujetos a juicio de valor y que el recurso denuncia, debe exponerse el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes. Así, en diversas resoluciones del OARC/KEAO se ha manifestado 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.» Dado que el informe técnico está más que suficientemente motivado y no se observa ninguna infracción comprendida en los ámbitos citados, únicos en el que la presente Resolución puede entrar, el motivo de impugnación debe ser rechazado.

UNDÉCIMO: Debe desestimarse la solicitud del alegante de que el recurrente sea multado por considerarse su recurso temerario o de mala fe (artículo 47.5 TRLCSP), ya que, si bien el recurso debe ser desestimado, no carece de una argumentación jurídica. Por otro lado, el mero hecho de que el recurrente sea el actual prestador del servicio no implica automáticamente que la interposición del recurso tenga por finalidad prolongar su periodo de servicio a la Administración.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa SERVISAR SERVICIOS SOCIALES, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato que tiene por objeto la gestión del servicio de ayuda a domicilio (Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz).

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47. 4 TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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



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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2014ko otsailaren 11a
Vitoria-Gasteiz, 11 de febrero de 2014