



EB 2024/070

Resolución 168/2024, de 18 de septiembre, 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 HYGECO ESPAÑA, S.A., contra la renuncia a la adjudicación del contrato de “Suministro de reactivos generales y material con destino a los Laboratorios de Histopatología y Clínica Forense del IVML, Lote 4”, tramitado por la Administración General de la CAE (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de marzo de 2024 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 HYGECO ESPAÑA, S.A., (en lo sucesivo, HYGECO) contra la renuncia a la adjudicación del contrato de “Suministro de reactivos generales y material con destino a los Laboratorios de Histopatología y Clínica Forense del IVML, lote 4”, tramitado por la Administración General de la CAE (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales).

SEGUNDO: Con fecha 13 de mayo, este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del





Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). El expediente y el informe se recibieron entre el 15 y el 20 de mayo.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 29 de mayo, se han presentado alegaciones por TEXTILES ZUBIZARRETA, S.L. (en adelante, ZUBIZARRETA)

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.A.Z., que actúa en nombre y representación de HYGECO.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El acto recurrido es la Resolución de 29 de febrero de 2024 por el que se acuerda renunciar a adjudicar el contrato, figura que no consta expresamente en el listado del artículo 44.2 de la LCSP de actuaciones que pueden ser objeto de recurso especial, al igual que tampoco lo estaba en el derogado TRLCSP, por lo que resulta de aplicación lo expresado a este respecto por este Órgano con anterioridad. Así, en su Resolución 031/2017 este OARC/KEAO ya manifestó la posibilidad de que una decisión de esta índole pudiera ser objeto de recurso especial (...) por una interpretación coherente y finalista de la regulación del recurso especial, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque



impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino a todos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (STJ de 18/6/2002, ECLI:EU:C:2002:379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55). Consecuentemente, la decisión impugnada es susceptible de recurso especial.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

La recurrente basa su recurso, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) La motivación de la causa de renuncia a la celebración del contrato es errónea e incongruente y no existe interés público que la justifique. En este sentido, la razón consistente en que “es de interés público evitar una importante dilación en el abastecimiento de un suministro tan esencial para la clínica forense como son los sudarios” no se encuentra ajustada a Derecho, pues no existe riesgo de desabastecimiento



al contar la recurrente con 2.500 sudarios para hacer frente al presente contrato. En definitiva, la resolución recurrida incurre en causa de nulidad de pleno derecho.

b) Por otro lado, en el acto impugnado se indica que durante el procedimiento se produjo una modificación de la puntuación relativa a los juicios de valor una vez conocida la oferta sujeta a fórmulas, lo que supuso una infracción de la valoración separada (artículo 146.2 LCSP) que implicaba la nulidad del procedimiento. Al respecto, no le consta a la mercantil recurrente que nadie haya alegado la nulidad de la licitación por este motivo, a pesar del recurso especial presentado por otra licitadora.

c) El contrato ha sido adjudicado a la empresa recurrente y la resolución que lo acuerda no ha sido anulada y consecuentemente es eficaz. Así, no es posible jurídicamente dictar una nueva resolución sin anular previamente la anterior, sin recurrir al procedimiento de revisión de actos previsto en los artículos 106 y siguientes de la LPACAP. Por ello, y ante la ausencia total y absoluta del procedimiento administrativo la resolución impugnada es nula de pleno derecho.

d) HYGECO, una vez adjudicado el contrato, procedió a fabricar y almacenar 2.500 sudarios con el fin de prestar el servicio contratado. Ello conlleva a que (i) no exista peligro de desabastecimiento y (ii) que la confirmación de la renuncia generaría graves daños y perjuicios que han de ser reclamados a la administración por el correspondiente procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial.

e) Finalmente, se solicita que se declare no ajustada a derecho la resolución impugnada y se acuerde ejecutar el contrato adjudicado a HYGECO. Asimismo, se acuerde abrir el correspondiente periodo de prueba, si el acto recurrido no es anulado y, si el recurso es desestimado, se incoe expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, reconociendo el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios padecidos.



SÉPTIMO: Alegaciones de ZUBIZARRETA

La alegante manifiesta su disconformidad con el recurso interpuesto con las siguientes razones:

a) ZUBIZARRETA interpuso recurso contra la adjudicación del contrato, en concreto, la del lote 4 en favor de la recurrente. Ante ello, el poder adjudicador acordó no adjudicar el contrato para no tener que entrar en el fondo del recurso, el cual justificaba que la adjudicación de este lote debiera haber sido en favor de ZUBIZARRETA.

b) En consecuencia, la estimación del presente recurso conllevaría la adjudicación del lote en beneficio de ZUBIZARETA.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) El planteamiento jurídico del recurso parte del error de obviar, consciente o inconscientemente, el carácter subsidiario (no principal) de la regulación de la Ley 39/2015 en materia de contratación (DF 4ª). La Resolución de 1 de febrero de 2024 de adjudicación del contrato no adquirió firmeza en lo relativo al Lote 4, puesto que antes de que la adquiriera fue objeto de recurso especial, lo que produjo su suspensión automática por ministerio de la ley (artículo 53 LCSP), y, estando el acto en suspenso, quedó revocado en virtud de las facultades previstas en el artículo 152 de la LCSP por la Resolución de 29 de febrero de 2024, objeto del presente recurso. Por tanto, la adjudicación del lote 4 a HYGECO ESPAÑA, S.A no llegó a surtir efectos al no haber adquirido firmeza la Resolución que lo ordenaba. Por ese mismo motivo han de decaer las alegaciones relativas a la infracción de lo previsto en los artículos 9.3 de la Constitución, 47.1.e) de la LPAC y el 39 de la LCSP en referencia a lo previsto en el artículo 106 de la LPAC para la revisión de actos nulos, cuyos requisitos,



dicho sea a efectos dialécticos, ni siquiera se cumplan en el presente caso, ya que la Resolución recurrida ni ponía fin a la vía administrativa (cabía recurso especial), ni adquirió firmeza (fue revocada con anterioridad).

b) La apertura del sobre B que contenía la oferta conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se produjo el 8 de junio de 2024, es decir, con anterioridad al informe técnico de 14 de junio de 2024 que dio origen a la revaloración de los criterios no sujetos a fórmulas, lo que contraviene directamente lo previsto en el artículo 146.2 de la LCSP, lo que hace nula dicha revalorización y, por ende, el proceso de licitación. La Administración ya ha admitido la infracción cometida, y ya no puede ir contra sus propios actos y adjudicar o formalizar el contrato.

c) La revocación de la adjudicación del contrato está fundamentada en esa realidad y viene sustentada en la facultad recogida en el artículo 152 de la LCSP (artículo que no tiene reflejo en la Ley 39/2015), y cumple con los requisitos que exige la citada norma ya que la decisión de no adjudicar se ha producido antes de la formalización del contrato y es de interés público no retrasar innecesariamente el suministro de los bienes que precisa la clínica forense, cuyo abastecimiento está viéndose comprometido por las circunstancias de este contrato.

d) En cuanto a la solicitud de indemnización, la falta de diligencia de HYGECO ESPAÑA, S.A por adquirir género (supuestamente para este contrato) es notoria: no es que no esperara a la formalización del contrato para su ejecución, es que ni siquiera esperó a que la resolución de adjudicación fuera firme. De existir daños y perjuicios en la presente licitación, estos serían debidos a la culpa exclusiva de HYGECO ESPAÑA, S.A. por ejecutar el contrato antes de su formalización contraviniendo el artículo 36 de la LCSP.



NOVENO: Apreciaciones del OARC/KEAO

La recurrente considera que en el presente procedimiento no se dan las razones necesarias para tomar la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o desistir del mismo y, en consecuencia, solicita la nulidad del acto impugnado. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre todo ello.

a) Sobre la decisión de no adjudicar el contrato y el desistimiento del procedimiento de adjudicación

El artículo 152 de la LCSP permite que el poder adjudicador desista o decida no adjudicar el contrato por razones jurídicas o de oportunidad, respectivamente, de la adjudicación del contrato en los siguientes términos.

1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».
2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.
3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.
4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.
5. En el supuesto de acuerdos marco, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlos corresponde al órgano de contratación que inició el procedimiento para su celebración. En el caso de contratos basados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la decisión de



no adjudicarlos o celebrarlo se realizará por el órgano de contratación de oficio, o a propuesta del organismo destinatario de la prestación.

En el presente caso, la resolución impugnada acuerda “Renunciar a adjudicar el contrato” y en el cuerpo de esta se dan argumentos de oportunidad propios de la renuncia y jurídicos propios del desistimiento para justificar la decisión adoptada. Este Órgano considera tras el análisis del expediente que, al margen de las razones de interés público que pudieran existir o no, lo cierto es que existen motivos suficientes para considerar que se han infringido las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación como se expondrán en el siguiente apartado. Por ello, existiendo una causa material razonable debidamente expresada que motiva la finalización del procedimiento y apoyo jurídico suficiente para considerar válido el acto impugnado como se dirá, lo de menos es que se haya calificado como renuncia, pues, en última instancia, sería aplicable el artículo 50 de la LPACAP, que establece que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.» Por ello, la alegación de que la resolución recurrida no satisface los requisitos de la renuncia podría ser discutible, pero en todo caso sería irrelevante al existir los motivos del desistimiento (en el mismo sentido, verla Resolución 116/2013 de este OARC/KEAO).

b) Sobre la infracción sobre la que se sustenta el desistimiento.

El desistimiento adoptado por la Resolución de 29 de febrero de 2024 se basa en que en el momento en que se modificó la puntuación relativa a la oferta sujeta a juicios de valor, ya se conocía la oferta sujeta a aplicación de fórmulas, lo que infringió directamente lo previsto en el artículo 146. LCSP, provocando la nulidad del procedimiento de licitación.

Partiendo de la regulación legal de la figura del desistimiento más arriba reproducida, esta requiere, junto a que se produzca antes de la formalización, lo que concurre en el caso, la existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación con la correspondiente justificación sobre la concurrencia de esa causa. Pues bien, una de las normas reguladoras del procedimiento de



adjudicación de los contratos es la prevista en el artículo 146.2 LSP que establece que “En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquéllos otros criterios en que no concurra esta circunstancia...”. En este sentido, este OARC/KEAO en su Resolución 014/2021, comprensiva de la doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción señalaba que “El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 197/2019) 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, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. 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 quien 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. (...)”.

Sentado lo anterior, debe analizarse la concurrencia o no de la existencia de la infracción no subsanable relativa a la valoración separada y sucesiva de las ofertas en el presente supuesto. Consta en el expediente que el informe técnico de 14 de junio de 2023 rectificó la puntuación otorgada en los criterios sujetos a juicio de valor a la oferta de ZUBIZARRETA, restándole 4 puntos al total obtenido en la primera valoración. Asimismo, consta que el 8 de junio se celebró la sesión relativa a la apertura del sobre que contenía los criterios sujetos a fórmulas. Resulta evidente, pues, que se ha realizado una segunda valoración que corregía a una primera de los criterios sujetos a juicio de valor una vez evaluados los criterios sujetos a fórmula, lo que constituye una valoración de las ofertas contraria a los principios rectores de la contratación pública, al infringir de manera flagrante e indiscutible lo dispuesto en el artículo 146.2 LCSP. En este mismo sentido y por analogía puede verse la Resolución 012/2020, confirmada por la sentencia del TSJPV de 24/6/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1701, en la que se



estimaba un motivo impugnatorio similar al presente basado en la infracción de la valoración separada.

Por otro lado, no cabe aceptar la alegación de la recurrente relativa a que la Administración debió de acudir al procedimiento de revisión de sus actos para anular la resolución de adjudicación, por lo que se habría incurrido en una nulidad de pleno derecho con el dictado de la resolución de no adjudicación al haber prescindido total y absolutamente del procedimiento administrativo adecuado. Y ello, porque la figura del desistimiento recogida en el artículo 152 LCSP constituye una alternativa de revisión de la actuación administrativa específica (en relación con los medios generales previstos en la Ley para la revisión de los actos administrativos, como la revisión de los actos prevista en los artículos 106 y 107 LPACAP) que permite, para el caso de que se haya producido un vicio de invalidez, que la Administración pueda cancelar directamente el procedimiento siempre antes de la formalización del contrato. En el caso presente, la resolución de cancelación de la licitación se ha adoptado con anterioridad a la formalización indicada, por lo que ha de entenderse, de forma ajustada a derecho, que la resolución de adjudicación en favor de la hoy recurrente dejó de ser eficaz.

Finalmente, cabe añadir que, a los efectos de apreciar si el acuerdo de desistimiento se ajusta a los requisitos solicitados por el artículo 152 de la LCSP, resulta indiferente que el órgano de contratación se haya percatado de la infracción jurídica que concurre en el contrato a raíz del recurso especial presentado en su día por ZUBIZARRETA (EB 35/2024) porque lo relevante es que, una vez advertido el vicio en el que se ha incurrido y que este es insubsanable, se ha adoptado la decisión correcta antes de la formalización del contrato.

c) Sobre la solicitud de indemnización

La recurrente alega que, al entenderse adjudicataria del contrato, ha realizado los trabajos correspondientes para poder prestar el “servicio”, por lo que ha fabricado y almacenado 2.500 sudarios con el fin de evitar posibles



desabastecimientos. Por ello, solicita que para el caso de que se deje sin efecto la adjudicación se acuerde incoar expediente de responsabilidad patrimonial, reconociendo el derecho de la recurrente a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos.

Al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que este Órgano no es competente para acordar la incoación de un expediente de responsabilidad patrimonial; y en segundo, que la decisión de desistir del procedimiento otorga la recurrente el derecho a ser compensada de los gastos en que hubiere incurrido en la forma que se hubiera previsto en los pliegos (así el artículo 152.2 LCSP señala que «...en estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común».) Dado que el PCAP (Cláusula 26.2) no prevé una forma específica de compensación para el caso de renuncia o desistimiento, la citada compensación podría exigirse ante el poder adjudicador, instando el correspondiente procedimiento administrativo dirigido a este fin.

d) Conclusión

Conforme a lo expuesto, no cabe sino concluir que el acuerdo de desistimiento impugnado es conforme a Derecho por estar basado en una infracción no subsanable de las normas reguladoras de la licitación, por lo que el recurso debe desestimarse. Asimismo, no procede abrir el periodo de prueba solicitado por la recurrente por ser innecesario para la resolución del recurso.

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 HYGECO ESPAÑA, S.A., contra la renuncia de la adjudicación del contrato de “Suministro de reactivos generales y material con destino a los Laboratorios de Histopatología y Clínica Forense del IVML, lote 4”, tramitado por la Administración General de la CAE (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales).

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

TERCERO: No se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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 esta (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, 2024ko irailaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de septiembre de 2024