



EB 2014/93

Resolución 100/2014, de 3 de octubre de 2014, 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 en materia de contratación interpuesto por Euskaltel, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato Servicio de telefonía fija y móvil y conexión a Internet (lote 1), tramitado por el Parlamento Vasco.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de agosto de 2014 tuvo entrada del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco / Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Euskaltel, S.A. contra el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de adjudicación del contrato Servicio de telefonía fija y móvil y conexión a Internet (lote 1), tramitado por el Parlamento Vasco.

El mismo 11 de agosto 2014 el OARC / KEAO trasladó el recurso al Parlamento Vasco como poder adjudicador.

El expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en el registro del OARC / KEAO el día 13 de agosto de 2014.



SEGUNDO: El 14 de agosto del 2014 se solicitaron alegaciones a los interesados. Dentro del plazo otorgado se han recibido las de España, S.A.U. (en adelante, “TELEFÓNICA”), adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

SEGUNDO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

TERCERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don J.I. B.G. que actúa en su nombre.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Disposición adicional primera bis del TRLCSP establece que las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas. Por su parte, 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 establece en su apartado 2 que «(...) en tanto no se regule por el Parlamento Vasco y los organismos creados por esta institución el órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación dentro de su respectivo ámbito, tal y como prevé el artículo 311.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi ejercerá sus funciones respecto de los actos susceptibles de recurso contractual emanados de sus poderes adjudicadores.»

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



a) La oferta de Telefónica debió ser excluida por no aportar con ella dos modelos de terminales con ciertas especificaciones técnicas (cláusulas 31.4 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP y 3.2.3 y 3.2.4 del Pliego de Condiciones Técnicas, PCT). La entrega de estos terminales, como la cláusula 3.2.4 del PCT señala, condiciona la valoración de la oferta técnica, pues de otro modo no sería posible comprobar su funcionalidad. Esta obligación de entrega no es susceptible de la subsanación que le concedió el órgano de contratación, trámite reservado con carácter general a la documentación administrativa de capacidad y solvencia y no al contenido de la oferta técnica. En su caso, no se permite integrar o completar la oferta técnica deficitaria con documentos o muestras adicionales y que no hubieran sido entregados en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas. En este sentido, se trata de una ampliación de la oferta, lo que vulnera los principios de igualdad de trato, transparencia y deber de sigilo y secreto de la oferta.

b) No se ha convocado el Comité de Expertos al que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP, siendo preceptivo hacerlo al tener en la valoración un peso del 65% los criterios evaluables mediante juicio de valor y un 35% los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas. La carátula del PCAP establece que no se utilizará dicho comité, pero esa afirmación parece deberse a un error, habida cuenta de que dicha carátula, erróneamente, señala en su apartado 30.2.1 que es superior el peso de los criterios evaluables mediante fórmulas.

c) La notificación de la adjudicación adolece de falta de motivación, ya que se limita a transcribir los puntos obtenidos por las ofertas sin justificar dicha atribución de puntuaciones, lo que imposibilita interponer debidamente un recurso.



d) Finalmente, solicita la revocación de la adjudicación a Telefónica, la valoración por un Comité de Expertos y la correcta motivación y notificación de la adjudicación.

SÉPTIMO: Telefónica solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Por lo que se refiere a las muestras solicitadas, el PCT solicita un elemento necesario para la valoración de las ofertas, la cual se realiza en el momento posterior a la apertura del sobre “C”, por lo que no se especifica el momento concreto en el que han de presentarse las muestras –como sí se ha hecho en otros procedimientos de adjudicación análogos del mismo poder adjudicador–, siempre y cuando sea antes de que el órgano de contratación valore las ofertas; en este caso, las muestras fueron aportadas dentro del plazo de subsanación otorgado y antes de que tuviera lugar la valoración. El objeto requerido ya está identificado y descrito dentro de la oferta técnica de Telefónica, por lo que la subsanación no supone modificación o alteración de la oferta y su omisión puede ser objeto de subsanación.

b) El poder adjudicador ha cumplido las exigencias del artículo 150 TRLCSP en relación al Comité de Expertos.

c) La resolución de adjudicación está correctamente motivada, ya que la asignación de puntuaciones, puesta en relación con el contenido del expediente, permite seguir el iter interpretativo de la valoración; no se argumenta en el recurso que haya habido exceso en la discrecionalidad técnica o que la valoración no se haya ajustado a los Pliegos.

d) Finalmente, solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:



a) El plazo de subsanación concedido a Telefónica para que aportara el dispositivo móvil no supone ruptura de la igualdad entre los licitadores, pues el modelo ya venía especificado entre las especificaciones de la documentación aportada en el sobre "C"; la interpretación seguida por el poder adjudicador es antiformalista y proporcionada.

b) La cláusula 32 de la carátula niega que se vaya a recurrir a un comité de expertos, y la valoración técnica de las propuestas fue realizada por un técnico superior de la Dirección de Sistemas de la Información responsable del programa, cumpliéndose lo dispuesto en el artículo 150.2 TRLCSP, que prevé que la evaluación se encomiende "a un organismo técnico especializado".

c) En cuanto a la falta de motivación de la adjudicación, consta que se remite a todos los informes, reuniones y deliberaciones que se han producido hasta la adjudicación; no se ha solicitado ninguna ampliación de información, como sería natural para preservar el carácter subsidiario del recurso.

NOVENO: Aunque la omisión de la intervención de un comité de expertos en la evaluación de los criterios sujetos a un juicio de valor no es la cuestión citada en primer lugar por el recurso, los efectos que podrían derivarse de su estimación hacen que sea adecuado comenzar por este motivo de impugnación. El artículo 150.2 TRLCSP establece que «(...) Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.»

En el caso del lote 1, objeto del recurso, se observa una contradicción entre dos documentos contractuales: por un lado, el apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP, señala que la ponderación total del grupo de criterios evaluables de



forma automática mediante la aplicación de fórmulas asciende a 65 puntos sobre 100 posibles y la de los criterios sujetos a juicio de valor a los 35 puntos restantes; por otro lado, la cláusula 9 del PCT, a la que se remite la 30.2.1 de la carátula, especifica un reparto inverso, con un 65% para los criterios técnicos y un 35% para los criterios económicos, que se valorarán mediante fórmulas. A juicio de este Órgano, la citada contradicción debe salvarse en favor de que la intención del poder adjudicador se plasmó en la redacción de la cláusula 9 del PCT, y a esta conclusión se llega por dos razones: porque es a ésta a la que se remite la cláusula 30.2.1 de la carátula, que se limita a apuntar un resumen de la ponderación de los tipos de criterios de valoración pero sin llegar a describir cada uno de ellos, y en segundo lugar porque es en la cláusula 9 del PCT donde sí figura la descripción completa de todos los criterios de adjudicación. Por todo ello, parece claro que la redacción de la cláusula 30.2.1 de la carátula, que computa erróneamente el peso relativo de los dos criterios, obedece a un error de transcripción. Este parecer viene corroborado en el estudio técnico de las ofertas, de 17 de junio de 2014, en el acta del órgano de contratación, de 26 de junio de 2014, y en el acuerdo de adjudicación de la Mesa del Parlamento Vasco, de 1 de julio de 2014.

Independientemente de lo anterior, este Órgano Resolutorio debe recordar que el artículo 68.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que el PCT no puede contener prescripciones que, como los criterios de adjudicación, deben figurar en el PCAP.

Debe concluirse, entonces, que la exigencia de participación de un comité de expertos u organismo técnico especializado en la valoración es aplicable al caso analizado. Como se deduce del expediente y reconocen las partes, es igualmente claro que no ha intervenido ningún comité de valoración. También es evidente, pese a lo que alega el poder adjudicador, que no ha habido intervención de un organismo técnico especializado, pues no puede tener esta condición una persona adscrita como técnico a la Dirección de Sistemas de



Información, responsable del programa al que se adscribe el contrato y por lo tanto “órgano proponente del contrato” (ver el informe 34/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado).

Finalmente, es irrelevante que la cláusula 32 de la carátula excluyera la actuación del citado comité. Un requisito procedimental esencial necesario para el correcto dictado de la resolución de adjudicación no depende, para su aplicabilidad en un caso concreto, de lo que conste o no en los Pliegos, que no pueden disponer válidamente de tales requisitos, sin que sea aquí procedente la doctrina de que los citados Pliegos rigen la licitación mientras no hayan sido impugnados en tiempo y forma, pues la exigencia de la actuación del comité u organismo viene directamente establecida por el TRLCSP y sus efectos se despliegan sin más durante todo el procedimiento de licitación. La sanción legal de la omisión objeto de análisis es la nulidad de pleno derecho del acto impugnado por haberse obviado un trámite esencial del procedimiento administrativo –artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 32 a) del TRLCSP–, establecido para garantizar de la mejor forma la imparcialidad de la valoración y, en suma, la igualdad de trato entre los licitadores y la no discriminación de ninguno de ellos (artículo 1 TRLCSP). La citada nulidad conlleva la de todo el procedimiento de adjudicación, puesto que la mera retroacción de actuaciones no asegura la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas hasta la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos, como pide el artículo 150.2 TRLCSP.

DÉCIMO: Habida cuenta de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, que conlleva la nulidad del procedimiento de licitación, no sería preciso que este Órgano entrara a valorar los otros dos motivos de impugnación, cuya estimación implicaría la retroacción de actuaciones. No obstante, dado que conocer el criterio del OARC / KEAO sobre estas cuestiones puede ser útil para



el poder adjudicador para un previsible reinicio del procedimiento, se observa, brevemente, lo siguiente:

- La aportación, con posterioridad a la presentación de la oferta, de una muestra de un aparato cuya descripción e identificación constan indubitadamente en la documentación técnica previamente entregada, de tal modo que el poder adjudicador puede verificar con certeza la concordancia entre la muestra y dicha documentación y, en su caso, excluir al licitador si observa incoherencias entre ambas, no constituye modificación de la oferta y puede ser objeto de subsanación.
- La mera atribución de puntuaciones no satisface suficientemente la exigencia de motivación de la adjudicación y de su notificación (artículo 151.4 TRLCSP), sin que esa insuficiencia pueda suplirse por remisión a documentos del expediente que no se adjuntan a las mismas (artículo 89.5 de la Ley 30/1992, ver la Resolución 45/2014 del OARC / KEAO), y sin que ante esta irregularidad deban los interesados asumir la carga de solicitar información complementaria o acceso al expediente.

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 titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Euskaltel, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato Servicio de telefonía fija y móvil y conexión a Internet (lote 1), tramitado por el Parlamento Vasco, anulando el acto impugnado y declarando la nulidad del procedimiento de adjudicación, que deberá reiniciarse.



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

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

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2014ko urriaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de octubre de 2014