



EB 2018/165

Resolución 011/2019, de 17 de enero, 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 mercantil Tecnológica Ecosistemas, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Mantenimiento y asistencia técnica del aplicativo Aurrera! (Lote 1)”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Seguridad).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 15 de noviembre de 2018, ha tenido entrada 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 la mercantil Tecnológica Ecosistemas, S.A. (en adelante, Tecnológica) frente a la adjudicación del contrato de “Mantenimiento y asistencia técnica del aplicativo Aurrera! (Lote 1)”, promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Seguridad).

SEGUNDO: El mismo día de su presentación 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). Dicha documentación se recibió entre los días 21 de noviembre y 3 de diciembre de 2018.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 30 de noviembre, se han recibido el 7 de diciembre las alegaciones de Ibermática, S.A., adjudicataria impugnada en el Lote 1.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, "Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato." La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el DOUE el día 3 de marzo de 2018, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que "En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor." El acto impugnado se dictó el día 17 de octubre de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Legitimación y representación



Consta en el expediente la legitimación de la mercantil recurrente, así como la representación de D. J.A.G. para actuar en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 b) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios 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.

SEXTO: Régimen jurídico

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).

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) La recurrente reprocha al poder adjudicador que no incluya un segundo nivel de evaluación de los componentes de los criterios de adjudicación a los efectos de mejorar la transparencia y la ecuanimidad de la valoración de los



criterios sujetos a juicio de valor. Este segundo nivel de evaluación ha sido utilizado por el Gobierno Vasco (concretamente, por la sociedad EJIE) en otras licitaciones TIC.

b) Tecnológica considera que la valoración efectuada por la Dirección de Gestión Económica y Recursos Generales del Departamento (en adelante, DGTSI) incurre en arbitrariedad y/o error, por lo que las puntuaciones obtenidas tanto por la recurrente como por la adjudicataria no son las correctas.

c) Finalmente, solicita la revocación del acuerdo de adjudicación y consecuentemente la adjudicación del contrato a la recurrente; subsidiariamente, se solicita la retroacción de las actuaciones para una nueva valoración y adjudicación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) La valoración de los criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor se ha efectuado conforme a lo establecido en los pliegos. El modelo de ponderación o segundo nivel de evaluación de los componentes de los criterios de adjudicación (en palabras de la recurrente) nunca ha sido utilizado por la DGTSI, y los concursos relacionados por la recurrente pertenecen a una sociedad pública distinta del poder adjudicador.

b) La valoración de los criterios sujetos a juicio de valor ha sido recogida en el informe de 29 de mayo de 2018 y dicha valoración se ha efectuado teniendo en cuenta exclusivamente la documentación aportada por las licitadoras y conforme a lo establecido por los pliegos.



c) Finalmente, el poder adjudicador manifiesta su oposición a las pretensiones solicitadas por la recurrente.

NOVENO: Alegaciones de la empresa interesada

La empresa Ibermática, adjudicataria impugnada, se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Si la recurrente consideraba que los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor no se ajustaban a derecho debió impugnarlos en tiempo y forma. Recurrir ahora al llamado “recurso indirecto”, además de ser extemporáneo, no procede, por cuanto que dichos criterios no infringen ningún principio de la contratación pública.

b) No existe error o arbitrariedad en la valoración de los criterios recogida en el citado informe de 28 de mayo, ya que el mismo realiza una valoración ajustada a los criterios y subcriterios definidos por los pliegos, con un examen valorativo desglosado de cada una de las ofertas presentadas, estableciendo los aspectos técnicos y operativos de cada uno de los licitadores, y sin que quepa apreciarse error material o arbitrariedad alguna. Asimismo, dicho informe se ajusta al principio de discrecionalidad técnica del que disfruta la Administración.

c) Por último, solicita la desestimación íntegra del recurso.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente impugna el acuerdo de adjudicación por considerar que no se han aplicado correctamente los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. A continuación se expresan las apreciaciones del OARC / KEAO sobre esta cuestión, las cuales deben partir del siguiente contenido de los pliegos, en concreto, de lo dispuesto en la cláusula 30.2.b) de la carátula del



Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), que no ha sido impugnado en tiempo y forma y que por consiguiente vincula tanto al poder adjudicador como a los licitadores:

b) Criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor: Sí

- Propuesta del Modelo de Prestación del servicio. Ponderación: 30

En la propuesta del modelo de prestación del servicio (30%), se valorará, por una parte, el planteamiento general del modelo de gestión de los proyectos de mantenimiento correctivo y evolutivo objeto de contratación (15%), y por otra, la descripción de la metodología a emplear en las diferentes fases del desarrollo de cada uno de los proyectos (15%).

- Propuesta del Modelo de Organización del trabajo. Ponderación: 10.

En la propuesta del modelo de organización del trabajo (10%), se valorará el modelo organizativo para la prestación del servicio, considerando como aspectos más relevantes el dimensionamiento y la estructura organizativa propuesta (2,5%), la gestión de la configuración de equipos de trabajo (2,5%), la distribución funcional de los diferentes perfiles (2,5%) y la homogenización de las prácticas de gestión y seguimiento de las peticiones de desarrollo (2,5%)

a) Sobre la motivación y la discrecionalidad técnica

Debe empezarse por reiterar la doctrina de este OARC/KEAO, plasmada en múltiples de sus resoluciones (por todas, la Resolución 107/2018), en relación con la discrecionalidad técnica que le asiste al órgano evaluador en la elaboración de informes técnicos, conforme a la cual (...) 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.

Por lo que se refiere a la adecuada motivación en la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor (una de cuyas funciones es precisamente facilitar el control de legalidad de la adjudicación a los operadores jurídicos, como es el caso del OARC / KEAO), debe partirse de la doctrina de este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 48 y 82/2017) que señala que la motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto. Los elementos básicos de dicha motivación son la descripción de los aspectos de las ofertas sobre los que se emite la valoración, el juicio valorativo que éstos merecen y la puntuación que, en consecuencia con todo ello, corresponde a cada proposición, de acuerdo con los criterios de adjudicación previamente establecidos en los Pliegos. Una vez satisfechos estos requisitos mínimos, no hay obligación de que la motivación se sujete a un esquema formal concreto.

b) Sobre la aplicación de los criterios de adjudicación

A la vista de lo anterior, y una vez delimitado el alcance del control que puede ejercer este Órgano, se estima que la aplicación de los criterios de adjudicación debatidos está convenientemente motivada y se ajusta suficientemente a un correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica, pues se señalan los concretos aspectos de las proposiciones evaluados y las puntuaciones atribuidas son coherentes con ellos, sin que se observe que dichos criterios hayan sido aplicados de manera diferente al recurrente y a otros licitadores ni conste arbitrariedad. En particular, son reseñables los siguientes aspectos:

- 1) El poder adjudicador goza de discrecionalidad para configurar el contrato de la forma que le sea más favorable y goza de la libertad para incluir los pactos, cláusulas y condiciones que estime oportunas, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (artículo 25 TRLCSP). En este



sentido, este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, las Resoluciones 107/2017 y 7/2019) con relación a esta cuestión y siempre que la regla o sistema de evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor no se haya expresado en los pliegos de la licitación, que los órganos encargados de la evaluación de los criterios de adjudicación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y anuncios ni su ponderación, estructurar su propio trabajo de examen y análisis de las ofertas presentadas. Esa libertad se justifica también por consideraciones de orden práctico; el poder adjudicador debe poder adaptar el método de valoración que aplicará para evaluar y clasificar las ofertas en función de las circunstancias de cada caso (en este sentido, la STJUE de 14 de julio de 2016, Asunto C-6/15, "TNS Dimarso", ECLI:EU:C:2016:555, apartados 29 y 30). Ello implica que el método de valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, siempre que se respete lo indicado en la letra a) anterior, es libre y no se encuentra sujeto a un esquema formal concreto, ni puede venir condicionado por otros sistemas utilizados por otros poderes adjudicadores, por mucho de que se traten de licitaciones sobre el mismo objeto contractual o similar. Además, el recurso no lo explica y este Órgano no alcanza a comprender en qué hubiera cambiado la valoración efectuada por los servicios técnicos del Departamento utilizando la metodología de evaluación que propone la recurrente. Téngase en cuenta que nos encontraríamos ante valoraciones subjetivas, propias y características de la naturaleza de los criterios sujetos a juicio de valor. Especialmente, este OARC / KEAO considera que no se ha acreditado que el poder adjudicador haya realizado una valoración contraria a los principios generales de la contratación pública o de forma arbitraria o caprichosa; por el contrario, el poder adjudicador plantea unos criterios de adjudicación que a su vez se dividen en subcriterios estableciendo su correspondiente ponderación, en aras a lograr una mayor objetivación y concreción de aquéllos en su valoración, y conforme a los cuales realiza la misma.

- 2) El recurrente pretende sustituir el juicio del poder adjudicador por el suyo propio cuando alega que la puntuación obtenida por la adjudicataria es



excesiva y, por el contrario, la suya es insuficiente, de tal forma que la diferencia entre ambas licitadoras debió haber sido mayor en su favor. Esta pretensión no es aceptable, pues la administración goza de una presunción de imparcialidad de la que el recurrente, parte interesada, carece, (según su valoración, la oferta presentada es tan perfecta que merece la totalidad de los puntos: 40/40) y, además, está emitido por empleados públicos a los que se les presupone capacitación adecuada. En este sentido, llama la atención que se ponga en duda la objetividad de la valoración de la administración cuando la recurrente obtiene una mayor puntuación prácticamente en todos los criterios secundarios de valoración (salvo en uno que obtiene los mismos puntos) que la adjudicataria, de tal forma que logra una puntuación de 36 puntos sobre 40 frente a los 27,25 de Ibermática. Por otro lado, debe recordarse que el requisito de la motivación no requiere una explicación exhaustiva de las razones por las que se ha valorado o dejado de valorar cada aspecto de la proposición, bastando con una motivación que sea suficiente y, especialmente, que permita la interposición de un recurso fundado.

- 3) La estructura del informe técnico sigue estrictamente cada uno de los aspectos valorativos previamente fijados en los pliegos y menciona el contenido evaluado de cada oferta y, teniendo en cuenta el margen de apreciación del que disfruta la Administración, se justifican suficientemente las distintas puntuaciones otorgadas al adjudicatario y al recurrente. En particular, debe descartarse que se haya incurrido en error material, pues el recurrente únicamente realiza una afirmación genérica en tal sentido, sin concretar el juicio técnico que se ha asentado sobre una base fáctica errónea, al igual que la infracción del principio de igualdad de trato, ya que tampoco llega a determinar la concreta propuesta contractual que ha sido evaluada de forma diferente según quien la ofertara. Finalmente, señalar que el informe técnico utiliza los mismos criterios y la misma regla de valoración para la adjudicación del Lote 2 del presente contrato del que ha resultado



adjudicataria la propia Tecnológica, lo que en definitiva nos lleva a concluir que el recurso no discute, en realidad, la correcta aplicación de los criterios de adjudicación, sino que pretende sustituir los juicios valorativos del informe técnico por los suyos propios, que son parciales y le resultan más favorables.

c) Conclusión

A la vista de lo señalado en las letras a) y b) anteriores, 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 especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil Tecnológica Ecosistemas, S.A. frente a la Orden de adjudicación del contrato de "Mantenimiento y asistencia técnica del aplicativo Aurrera! (Lote 1)", promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Seguridad).

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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



CUARTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe 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, 2019ko urtarrilaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de enero de 2019

Maria Begoña Arroita Jauregui Jayo

Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra

Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales