



EB 2018/111

Resolución 152/2018, de 8 de noviembre 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 MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A. contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de salud de Gipuzkoa”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 10 de agosto de 2018 tuvo 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 MANTENIMIENTO ELECTROMEDICO, S.A. (en adelante, MANTELEC) contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de salud de Gipuzkoa”, tramitado por Osakidetza.

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 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). La citada documentación se recibió entre los días 17 y 20 de septiembre.



TERCERO: Con fecha 17 de agosto se dictó la Resolución B-BN 22/2018, por la que la titular del OARC / KEAO acordó la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 25 de septiembre, no se han presentado alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. M.E.M.V, que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a los 100.000 euros.

TERCERO: El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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

QUINTO: 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.

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

a) El expediente de contratación impide realizar a los potenciales licitadores un estudio económico real del servicio, incumpliendo los requerimientos de los artículos 100 y 101 de la LCSP, ya que (i) no se desglosa el presupuesto en costes directos, costes indirectos u otros eventuales gastos y, siendo un



contrato en el que los costes de los salarios de las personas empleadas forman parte del precio total, (ii) no se indica de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional, los costes salariales estimados a partir del convenio colectivo laboral de referencia, (iii) no consta referencia alguna sobre el método de cálculo del valor estimado ni los pliegos ni el expediente.

b) El objeto del contrato es indeterminado, pues impone al contratista la obligación de mantener, dentro del precio ofertado, todos aquellos equipos que resulten del inventario que habrá de realizarse por dicho contratista una vez formalizado el contrato. Ello implica que hay bienes a mantener que no se han previsto en el diseño económico del contrato y que cualquier licitador interesado puede no ser consciente de la cantidad de equipos a mantener con el consiguiente riesgo económico que asume la futura adjudicataria.

c) El criterio de adjudicación referente a la posesión de determinados certificados de garantía de calidad es nulo porque no hace referencia a las características propias del producto o servicio que constituye el objeto del contrato sino a características propias de las empresas y, por ello, debería haberse configurado como criterio de solvencia técnica o profesional.

d) La fórmula de valoración del precio como criterio de adjudicación es contraria a la competencia ya que no permite discriminar de manera proporcional las propuestas más económicas de los licitadores. Para que las fórmulas no ocasionen disfunciones se exige una ponderación proporcional lineal que asigne la puntuación según el mejor precio ofertado, partiendo del precio de licitación como punto de referencia. Resultan contrarias al principio de economía de gestión de recursos públicos fórmulas que reducen significativamente los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas.



e) Nulidad de la modificación prevista, ya que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) no recoge su alcance, límites y naturaleza así como tampoco las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma; únicamente figura una referencia a dicha posibilidad en el anuncio del DOUE y porque la limita a un 25 % del presupuesto del contrato cuando el artículo 204 de la LCSP la limita al 20 % del precio inicial.

f) La cláusula 21.4 del Anexo I, concreta que no se solicitará habilitación empresarial o profesional alguna. No obstante, examinadas las prestaciones de los diversos lotes en los que se divide el contrato, se observa que en todos los lotes, a excepción del 3, el 6, el 10, el 11, el 12 y el 13, existe equipamiento a mantener que requiere de habilitación empresarial o profesional.

g) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad o la anulación de:

- los anuncios de la licitación.
- el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) y sus anexos.
- el PCAP en toda su extensión.
- todo anexo relacionado con los pliegos.
- el listado de inventario adjunto al apartado 18 del PPT,

con la consecuencia en Derecho que el OARC / KEAO determine, incluida la nulidad del procedimiento, o su modificación o la retroacción de actuaciones hasta su mismo origen para que tras la oportuna publicidad se otorgue plazo para la presentación de proposiciones.

SÉPTIMO: Las alegaciones del poder adjudicador para oponerse a la estimación del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) La recurrente es la empresa adjudicataria que actualmente está ejecutando el servicio de mantenimiento por lo que ninguna afectación a sus derechos o a las condiciones de preparación de su oferta económica se deriva de que en los pliegos no se haya realizado un detallado desglose de costes directos e indirectos. La única empresa que ha presentado recurso es la que conoce en



detalle la estructura de costes directos, indirectos y de personal por ser la que actualmente realiza la totalidad del mantenimiento objeto del contrato y, sin embargo, el resto de los eventuales licitadores, que no han impugnado el presupuesto base de licitación, si se consideran en condiciones de poder elaborar una oferta.

b) El órgano de contratación ha dado cumplimiento a la parte dispositiva de la Resolución 40/2018 del OARC/KEAO procedimiento a una nueva redacción del último párrafo de la cláusula 5.12 del PPT (actual cláusula 6.12 del PPT) por lo que procede declarar la inadmisión de este motivo de impugnación por ser, en realidad, una nueva impugnación de un clausulado declarado firme.

c) La referencia que se realiza en el PCAP a las normas ISO 13485 y 14040, específicas del sector de la electromedicina, debe entenderse realizada a las características propias del servicio que constituye el objeto del contrato.

d) Del artículo 145 de la LCSP no se deduce que resulte preciso que los criterios económicos se traduzcan en un exacto y matemático reparto de los puntos; ninguna norma legal impone que la proporcionalidad deba ser estricta, mediante la aplicación de una fórmula de absoluta proporcionalidad. El Órgano de contratación goza de discrecionalidad para configurar el criterio de adjudicación respetando los principios de seguridad jurídica y transparencia. En su Resolución 40/2018 el OARC no exige una fórmula de proporcionalidad pura y Osakidetza ha decidido optar por una fórmula que tiene como variable principal la bajada máxima entre ofertas.

e) En lo que respecta a las alegaciones sobre las modificaciones del contrato previstas, se ha producido un error en la reelaboración de los pliegos como consecuencia de la entrada en vigor de la LCSP y, efectivamente, el límite de las modificaciones previstas no puede ser superior al 20 por ciento del precio inicial, por lo que se procedería a su modificación conforme al art. 203 de la LCSP.



f) La exigencia de habilitaciones constituye un requisito de legalidad y no de solvencia. La no acreditación del correspondiente título habilitante, exigido o no en los pliegos de la licitación, constituye una causa de exclusión del licitador.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de las cuestiones planteadas debe partir del hecho de que los pliegos rectores de un contrato anterior, que regulaban la prestación del servicio que ahora se recurre, esto es, los servicios de mantenimiento de los equipos de electromedicina de los centros de Osakidetza ubicados en el Área de Salud de Gipuzkoa, fueron anteriormente objeto de un recurso interpuesto por MANTELEC (recurso especial EB 2018/15), que fue resuelto por este OARC/KEAO mediante la Resolución 040/2018, de 22 de marzo de 2018,

a) Sobre la cosa juzgada administrativa y la preclusividad del plazo de presentación del recurso

El apartado dispositivo primero de la Resolución 040/2018, de 22 de marzo de 2018, de este OARC/KEAO establecía lo siguiente:

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A. contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de salud de Gipuzkoa”, tramitado por Osakidetza, anulando los siguientes apartados de los pliegos y cancelando la licitación:

- la cláusula 30.2 de la carátula del PCAP y apartado 18.2 del PPT en cuanto al criterio de adjudicación relativo al precio.
- la cláusula 29.1 de la carátula del PCAP en cuanto impide la presentación del DEUC como documento acreditativo del cumplimiento de los requisitos previos de acceso.
- el último inciso del último párrafo del apartado 5.12 del PPT, desde “Una vez confirmado...” hasta “...mantenimiento objeto del contrato”.



- la cláusula 8 del PPT.

Si tal y como manifiesta OSAKIDETZA los pliegos y anuncio que ahora se impugnan son los aprobados y publicados en ejecución de la Resolución 40/2018, de 22 de marzo de 2018 del OARC / KEAO, estaríamos ante la ejecución de una Resolución firme de este Órgano, por lo que si el pliego dictado y aprobado en ejecución de la citada resolución se ajusta a lo dispuesto en ella el recurso deberá ser inadmitido por encontrarnos ante la llamada “cosa juzgada administrativa”. Téngase en cuenta que lo contrario sería tanto como dejar sin efecto una resolución firme de este OARC/KEAO. Únicamente podrán debatirse en la fase actual del procedimiento de adjudicación del contrato las cláusulas nuevas y diferentes a las que figuraban en los pliegos primeramente recurridos y aquellas otras de las que, aun permaneciendo iguales, se discuta su adecuación al nuevo marco jurídico sobrevenido (téngase en cuenta que el pliego analizado en la Resolución 40/2018 debía ajustarse al derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante, TRLCSP, y no a la LCSP).

Esta misma cuestión ha sido planteada en recursos anteriores, en concreto en uno en el que las partes eran las mismas (ver, en este sentido, la Resolución 26/2015), manifestando este OARC/KEAO a este respecto lo siguiente:

El recurso especial persigue un efecto útil, que consiste en la posibilidad de que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*). No obstante, este principio ha de conjugarse con el de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, en este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665, en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica (STJUE asunto C-470/1999, párr. 75).

La completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada), así como los objetivos de la compra pública, se verían comprometidos si los candidatos y licitadores pudieran impugnar una a una las diversas



irregularidades del PCAP, obligando a la entidad adjudicadora a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos. Es decir, de admitirse la posibilidad de impugnar cualquiera de las cláusulas de un pliego cada vez que se procediese a su publicación como consecuencia de la estimación de un recurso especial, éste se podría convertir en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita.

Consecuentemente, aquellas cláusulas que pudiendo ser impugnadas en su momento no lo fueron, no podrán ser objeto de recurso con ocasión de la publicación de los pliegos adecuados a la Resolución del OARC/KEAO por haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso especial y no procederá entrar a valorar la impugnación de aquellas otras que han sido declaradas conforme a derecho en la Resolución 40/2018, por pretender dejarla sin efecto e intentar introducir de nuevo cuestiones que han sido resueltas, debiendo acudir a los medios de impugnación señalados en la propia resolución, formulando el oportuno recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Contrastado el contenido de las estipulaciones impugnadas con las cláusulas que figuraban en los pliegos anteriormente recurridos se observa que esta circunstancia concurre en las siguientes:

- (1) La obligación prevista en la cláusula 6 actual (cláusula 5 del anterior PPT)

- Cláusula 6 del PPT:

(...)

Se incluirán como equipos a mantener dentro del precio del contrato aquellos que de mutuo acuerdo entre las partes, se especifiquen como resultado del inventario a realizar por la adjudicataria.



Se observa que esta estipulación figuraba con la misma redacción en el anteúltimo párrafo de la cláusula 5 del PPT anterior y que no fue recurrida en su momento.

- (2) La obligación prevista en las cláusula 6.12 del PPT actual (cláusula 5.12 del anterior PPT)

- Cláusula 6.12 del PPT:

(...)

En el plazo de tres meses a partir de la firma del contrato, se actualizará el inventario definitivo y deberá ser entregado en formato Excel a la OSI correspondiente, incluyéndose, en formato digital la documentación técnica y de usuario por equipo, para su aprobación por parte de los servicios técnicos de cada OSI.

Esta cláusula ha adecuado su contenido a lo establecido en la Resolución 040/2018, por lo que cabe concluir que ésta, en lo que respecta a esta cláusula ha sido correctamente ejecutada.

Asimismo, dice impugnar la cláusula 6.12.1 del PPT, pero el contenido que de esta estipulación se reproduce en el escrito de recurso es el mismo que el del apartado 6.12 del PPT anteriormente transcrito y entre los argumentos del recurso no figura ninguno que se pueda conectar con el contenido de la cláusula 6.12.1 del PPT por lo que parece obedecer a un error en la redacción del recurso.

- (3) La estipulación 22.2.1.7.6 de las cláusulas específicas del PCAP (punto 30.2.7.6 de la carátula del PCAP anterior)

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: 49%

(...)

7. Propuesta de plan de calidad (hasta 3 puntos). Se valorarán los siguientes aspectos del plan de calidad:

(...)



7.6. Certificados de garantía calidad: se valorará que el licitador disponga de sistemas de calidad según UNE-EN ISO 9001, UNE-EN ISO 13485, UNE-EN ISO 14001, UNE-EN ISO 14040, OHSAS 18001, UNE-EN ISO 15225 o equivalentes.

Este mismo criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor relativo a certificados de garantía de calidad y con la misma redacción ya figuraba en los pliegos impugnados en su día (punto 30.2.7.6 de la carátula del PCAP) sin que fuera recurrido. A ello no se puede oponer que el régimen jurídico del PCAP ahora impugnado sea diferente (el anterior se regía por el TRLCSP y el actual por la LCSP), dado que en el momento de aprobación del PCAP anterior el artículo 67 “Criterios de adjudicación del contrato” de la Directiva 2014/24/UE, que se ha incorporado al ordenamiento jurídico nacional en el art. 145 “Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato de la LCSP, gozaba de efecto directo (ver, en este sentido, el documento titulado “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público” elaborado por los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales)¹, lo que supone que no ha habido alteración de los parámetros de interpretación en su aplicación y se deba considerar que nos hallamos ante la llamada cosa juzgada administrativa.

(4) Sobre la necesidad de que los pliegos requieran la habilitación empresarial o profesional

Alega el recurrente que existe contradicción en la información facilitada en los diversos documentos contractuales sobre la necesidad o no de acreditar la habilitación empresarial o profesional pertinente, pues mientras en el apartado 21.4 de las características de la prestación del PCAP se señala expresamente que “no”, de la memoria justificativa de la prestación, así como de las prescripciones técnicas se deriva que en una número considerable de lotes (se

¹ Disponible en el siguiente enlace:

http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



exceptúan los lotes 3, 6, 8, 10, 11, 12, 13 y 17) se requiere el mantenimiento de equipos de rayos x digitales y analógicos; actividad que, según el recurrente, requiere de certificado de empresa de venta y asistencia técnica de equipos de rayos x (lotes 1, 2, 5, 7, 9, 14, 16, 18 y 19), certificado de empresa reparadora e instaladora de equipos a presión (lote 2, 7 y 15), y certificado de empresa frigorista, instaladora, mantenedora o reparadora de aparatos fijos de refrigeración, aire acondicionado y bomba de calos de refrigerantes e inscripción en el registro de control metrológico (lote 7).

Contrastadas estas estipulaciones con las que figuran en los pliegos aportados en el expediente EB 2018/15, que fue el anteriormente recurrido, se observa que no han sufrido alteración alguna (son iguales), por lo que esta impugnación debe seguir el mismo destino que las anteriores y, consecuentemente, ser desestimada.

b) El desglose del presupuesto base de licitación y el cálculo del valor estimado

Se alega en el recurso el incumplimiento del mandato de los artículos 100.2 de la LCSP consistente en no incorporar al PCAP o al expediente de contratación el desglose del presupuesto en costes directos, costes indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación, así como la falta de constancia del método de cálculo del valor estimado, como pide el artículo 101.5 de la LCSP. Dado que los nuevos pliegos del contrato, adecuados a la Resolución 40/2018, se publicaron en el DOUE con fecha 31 de julio de 2018, le son de aplicación los preceptos de la LCSP, que entró en vigor el 9 de marzo, por lo que procede el análisis de este motivo de impugnación.

El análisis de la cuestión planteada debe partir del examen del contenido del art. 100.2 de la LCSP, que dispone:

Artículo 100. Presupuesto base de licitación.

(...)



2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Este precepto contiene un mandato al órgano de contratación, que debe “cuidar”, esto es, debe atender, poner la debida diligencia para que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado y, con el objeto de satisfacer este mandato, esto es, “a tal efecto”, se desglosará el presupuesto base de licitación en los conceptos especificados. En el mismo sentido, se deduce de los antecedentes de la tramitación parlamentaria de la LCSP (ver, por ejemplo, la enmienda número 88 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea) que la finalidad de la norma es asegurar que el cálculo del presupuesto base de licitación contenga una previsión sobre los costes de los componentes más importantes de la prestación, con especial atención a los costes salariales.

En el recurso que nos ocupa se solicita la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación sobre la base de que no se ha incorporado ni al PCAP ni al expediente de contratación el desglose de costes a los que hace referencia el artículo 100.2 de la LCSP. Esta petición se basa en la mera ausencia del citado desglose ya que el recurso no contiene alegación alguna de que el presupuesto formulado sea arbitrario, contenga error material, no se ajuste al mercado o sea insuficiente para cubrir los costes del servicio demandado; mucho menos consta reproche alguno sobre riesgos de incumplimiento de las obligaciones salariales con los trabajadores que vayan a ejecutar la prestación. Ello puede ser debido a que, como afirma el poder adjudicador, al ser el recurrente el actual adjudicatario del contrato y, por consiguiente, conocer con exactitud los costes de la prestación del servicio, nada tiene que objetar al presupuesto base formulado en el contrato. Consecuentemente, dado que no existe mención



alguna a la insuficiencia o inadecuación al mercado del presupuesto base de licitación o al perjuicio que la falta del desglose al que se refiere el artículo 100.2 de la LCSP ocasiona al recurrente, la impugnación no parece obedecer a la defensa de un interés real sino a la denuncia interesada de una omisión que, en este caso, no se ha acreditado que tenga una consecuencia distinta de las puramente formalistas. Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

Dado que son aplicables razonamientos análogos, esta conclusión ha de extenderse también a la alegación de que no figura en el PCAP, en contra de lo dispuesto en el artículo 101.5 de la LCSP, el método de cálculo del valor estimado aplicado por el órgano de contratación. Nos hallamos, al igual que en lo referente a la falta de desglose del presupuesto base de licitación, ante una denuncia genérica de que formalmente no se da cumplimiento al citado precepto, pero sin determinar consecuencia procedimental o sustancial alguna de ello, sin alegar el perjuicio concreto que a los intereses del recurrente le comporta esta omisión y sin que se reproche incorrección alguna al valor fijado en los pliegos. Debe tenerse en cuenta que el valor estimado se calcula a partir del presupuesto base de licitación (cuyo importe no se discute, como ya se ha señalado en el párrafo anterior) y añadiendo a éste otras cantidades pagaderas (prórrogas, modificaciones previstas...), según un sistema de cómputo fuertemente reglado que figura en el artículo 101 de la LCSP y cuya infracción por el poder adjudicador ni consta ni se acredita por el recurrente.

c) Sobre la fórmula que valora la oferta económica

Se recurre la legalidad de la fórmula establecida en el PCAP para valorar el precio ofertado. Como cuestión preliminar se ha de reseñar que se trata de una fórmula nueva que se inserta en este PCAP porque la anterior, que valoraba la oferta por tramos de porcentaje de baja con respecto al importe de licitación, se declaró nula en la Resolución 040/2018 de este OARC/KEAO.

La fórmula impugnada es la siguiente:



22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas: 51%

De acuerdo con lo establecido en el Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), el importe de licitación se ha establecido teniendo en cuenta los precios actuales del mercado, una vez analizado el mismo, y en base a datos estadísticos acumulados, siendo éste el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato. Para la correcta estimación económica de las ofertas se ha establecido la siguiente fórmula, que valora, según marca la LCSP, con la mayor puntuación la oferta económicamente más ventajosa y que evita ofertas con valores anormales o desproporcionados que incidirían negativamente en la calidad del objeto del contrato

$$PEi = Pmáx \sqrt{1 - \frac{(Bi - Bmáx)^2}{Bmáx^2}}$$

donde,

•Pmáx	Puntuación máxima:	Lote 07		Resto de lotes
		Personal:46 puntos	Repuestos: 5 puntos	Total:51 puntos
• Bi:	Porcentaje de bajada de cada empresa licitante.			
• Bmáx:	Bajada máxima entre las realizadas por parte de las empresas licitantes.			
• PEi:	Puntuación obtenida por cada empresa licitante. Se redondeará a 2 decimales			

El Órgano de Contratación podrá considerar una proposición como desproporcionada o anormal si se encontrara en los siguientes supuestos:

- Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.
- Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
- Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.
- Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.



Las características esenciales de la fórmula son las siguientes:

.- la oferta con el mayor porcentaje de baja obtiene la máxima de las puntuaciones

.- la oferta con el menor porcentaje de baja obtiene la puntuación menor.

.- las ofertas con los porcentajes de baja intermedios obtienen una puntuación dispar, pues las diferencias de puntuación obtenidas por las ofertas que presentan los mayores porcentajes de baja son significativamente menores que las que consiguen las ofertas que efectúan los porcentajes de baja inferiores; dicho de otro modo, cada unidad de baja de licitación tiende a tener una menor correspondencia en puntos a medida que aumenta el importe global de dicha baja de licitación.

Manifiesta el organo de contratación en el PCAP (en cumplimiento del deber de justificación establecido para todos los criterios de adjudicación en el artículo 116.4 c) de la LCSP y en el artículo 146.2 de la misma norma específicamente para las fórmulas de aplicación de los criterios de apreciación automática), y lo confirma en el informe de oposición al recurso, que la intención de la fórmula impugnada es evitar ofertas con valores anormales o desproporcionados que incidan negativamente en la calidad del objeto del contrato. Es decir, se afirma que se ha diseñado un sistema de valoración del precio que pretende desincentivar los mayores esfuerzos que puedan realizar los licitadores en sus ofertas económicas, pues dicho esfuerzo no se va a ver adecuadamente recompensado. Esto es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa pues, por un lado, conduce a no valorar adecuadamente las ofertas que mayores ventajas económicas proponen, y por otro, tiene un efecto disuasorio sobre las empresas inicialmente más dispuestas a ofrecer bajas de licitación importantes.

La modulación introducida en la fórmula puede calificarse como arbitraria, pues la finalidad que pretende conseguir el órgano de contratación, la de prevenirse



contra bajas excesivas que pudieran ser anormales o desproporcionadas, sólo puede lograrse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 149.4 de la LCSP), que incluye la audiencia al licitador sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida y que tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara la temeridad, la eliminación de la oferta, lo que no se consigue con el medio elegido por el órgano de contratación. La arbitrariedad es especialmente clara a la vista de que el propio poder adjudicador ha establecido en la cláusula 22.2.2 del PCAP parámetros objetivos para detectar cuándo la oferta puede ser considerada desproporcionada.

Por todo ello, el motivo de recurso debe aceptarse, lo que conlleva la anulación del criterio impugnado. No obstante, no se comparte la alegación del recurrente de que la fórmula es opaca y poco transparente; del propio escrito de recurso, que contiene varias simulaciones relativamente complejas acompañadas de los correspondientes gráficos, se deduce claramente que el recurrente la ha interpretado correctamente y comprendido el alcance de la misma, sin que se observen dificultades especiales de aplicación de la citada fórmula.

Tampoco se comparte la alegación de que procede establecer una fórmula con una ponderación proporcional lineal, pues el órgano de contratación goza de discrecionalidad para fijar los criterios de adjudicación (art. 116.4.c) de la LCSP), y si el legislador hubiera querido que ésta fuera la única forma de valorar los precios ofertados hubiese incluido la obligatoriedad de su utilización en la norma, cosa que no ha hecho.

d) Porcentaje de las modificaciones previstas

Se impugnan por ser contrarios al artículo 204 de la LCSP el apartado II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE que establece un porcentaje de modificación del 25 % del presupuesto del contrato y la cláusula específica 16 del PCAP que no especifica el alcance, límites y naturaleza de la modificación



así como tampoco las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma con referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva.

El análisis de la cuestión planteada debe partir del contenido del epígrafe del anuncio de licitación impugnado así como de las correspondientes estipulaciones del contrato:

Epígrafe II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE

II.2.11 Información sobre las opciones

Opciones: si

Descripción de las opciones:

Se prevé una ampliación de hasta el 25 % del presupuesto de contrato para cada uno de los lotes objeto del contrato destinada a los nuevos equipos adquiridos por Osakidetza durante la ejecución del contrato y no contemplados en los inventarios adjuntos en el pliego de bases técnicas. En este caso, el coste derivado de dichos equipos será del mismo valor que el de equipos iguales o semejantes ya contratados, previo acuerdo con la empresa adjudicataria.

El apartado 16 de las cláusulas específicas del PCAP dispone lo siguiente:

16.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Posibilidad de modificación del contrato: Si

Por su parte, la cláusula 33 de las condiciones generales del PCAP dice lo siguiente:

33.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

33.1.- Condiciones.

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá modificarlo, por razones de interés público, en los supuestos previstos en la cláusula 16 de cláusulas específicas del contrato y en el art. 205 LCSP.

Se consideran razones de interés público las que tienen la finalidad de lograr el objetivo de estabilidad presupuestaria que se lleven a cabo durante el ejercicio presupuestario correspondiente.



Se observa que no consta la misma información en los diversos documentos contractuales, si bien la que figura es complementaria. Así, la cláusula 33 de las condiciones generales del PCAP, que contiene una información estandarizada sobre las posibilidades de modificar el contrato, en lo referente a las condiciones en las que se puede optar a la modificación, se remite al apartado 16 de las cláusulas específicas del contrato, que únicamente contiene la información de que es posible modificar el contrato. Todo ello se debe completar con la información del epígrafe II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE, que expresa los supuestos en los que procederá la modificación y el límite de su importe, el cual debe considerarse un auténtico documento contractual, pues además de cumplir con las funciones de procurar la máxima concurrencia y dar noticia a los potenciales interesados de los términos y requisitos del contrato, contiene los términos que han de regir el contrato y el procedimiento para su adjudicación (ver, en este sentido la Resolución 8/2016 de este OARC/KEAO),

Este OARC/KEAO considera que, en términos generales, la información contenida en el anuncio del DOUE satisface los requerimientos del artículo 204 de la LCSP. En concreto, se observa que está formulada de forma clara, precisa e inequívoca, en cuanto a su contenido, se prevé la modificación respecto a los nuevos equipos adquiridos durante la ejecución del contrato y que el coste derivado de los mismos se realizará de forma contradictoria, tomando como base el coste derivado de equipos iguales o semejantes.

Ahora bien, el citado anuncio del DOUE conculca el contenido del artículo 204 de la LCSP en dos aspectos; el primero, en lo referente al porcentaje máximo de la modificación prevista, ya que el límite marcado por el precepto legal es del 20 por ciento, no del 25 por ciento, y el segundo, en lo referido a la base respecto de la que se calcula dicho porcentaje, que debe ser el precio inicial y no el presupuesto de contrato, que es una expresión que conecta con la de presupuesto base de licitación, definido en el artículo 100 de la LCSP como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de



contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario y que, según expresamente se manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP, se trata de un concepto diferente al del precio del contrato, definido en el artículo 102 de la LCSP como el precio que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado, entendiéndose incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente. No puede aceptarse la alegación del poder adjudicador de que se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 203 de la LCSP, respetándose así el porcentaje del 20 por ciento sobre el precio inicial del contrato, por dos razones; la primera, que la ilegalidad es clara y el eventual cumplimiento de los límites impuestos por el citado precepto no puede quedar a expensas de una hipotética actuación futura del órgano de contratación durante la ejecución del contrato y, la segunda, porque se infringe el principio de transparencia, que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y que no se modifiquen durante todo el procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 6/2016, de este OARC/KEAO y la jurisprudencia que en ella se cita) si la información facilitada a los eventuales licitadores y contenida en el valor estimado del contrato, además de no ajustarse a los requerimientos del artículo 204 de la LCSP, no concordara con los límites que el poder adjudicador dice que efectivamente va a respetar durante la ejecución del contrato.

Además del incumplimiento en cuanto a los límites permitidos de la modificación prevista, se incumple el mandato de que la previsión de la modificación se incluya en el PCAP, tal y como ordena el artículo 204 de la LCSP, a diferencia de la regulación que obraba en el derogado TRLCSP, cuyo artículo 106 permitía que la regulación de una eventual modificación del contrato constara indistintamente tanto en los pliegos como en el anuncio de licitación.



Consecuentemente, este motivo de impugnación debe ser estimado.

e) Conclusión

La estimación parcial del recurso conlleva en este caso la cancelación del procedimiento de adjudicación, a la vista del alcance y contenido de las cláusulas de los pliegos anuladas, que en buena medida afectan a datos esenciales para que los potenciales licitadores interesados puedan elaborar sus ofertas con pleno conocimiento de causa; asimismo, se anula uno de los criterios de adjudicación, lo que implica en cualquier caso la citada cancelación (ver, por todas, la Resolución 84/2017 del OARC / KEAO y sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, ECLI:EU:C: 2003:651, apartados 92 a 95).

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 / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MANTENIMIENTO ELECTROMÉDICO, S.A. contra los pliegos y el anuncio de licitación del contrato “Servicio de mantenimiento de equipamiento de electromedicina de los centros de Osakidetza del área de salud de Gipuzkoa”, tramitado por Osakidetza, anulando los siguientes apartados de los pliegos y cancelando la licitación:

- el apartado II.2.11 del anuncio de licitación publicado en el DOUE.



- el apartado 16 de las cláusulas específicas del PCAP, en cuanto que no especifica el contenido de la modificación prevista en los términos exigidos por el artículo 204 de la LCSP.
- el criterio de adjudicación contenido en la cláusula 22.2.2 de las cláusulas específicas del PCAP.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por la Resolución B-BN 01/2018 de este OARC/KEAO.

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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, 2018ko azaroaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de noviembre de 2018