



EB 2017/031

Resolución 044/2017, de 31 de marzo de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de vigilancia y seguridad en la OSI Bilbao – Basurto”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud - Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de febrero de 2017 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC – KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. (en adelante, OMBUDS) contra la adjudicación del contrato “Servicio de vigilancia y seguridad en la OSI Bilbao – Basurto”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza (en adelante, OSAKIDETZA).

SEGUNDO: Con fecha 17 de febrero de 2017 se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales entraron en el registro del OARC/KEAO el 22 de febrero de 2016.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados en el procedimiento el día 22 de febrero, no se ha recibido de empresa alguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente, pues la potencial estimación del recurso le aporta un beneficio tangible, y la representación de don J. L.F. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1.a) del TRLCSP son susceptibles de recurso especial, los contratos de servicio sujetos a regulación armonizada.

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

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Expuesto en síntesis, el recurso se fundamenta en los siguientes argumentos:

a) La adjudicación excluye a todas las licitadoras, salvo a la adjudicataria, sobre la base de la valoración técnica de las ofertas sin acompañar el informe de valoración, vulnerando la obligación de motivación de los actos administrativos en general y, en particular, la de los actos de adjudicación (art. 151.4 TRLCSP).

b) Nulidad de la adjudicación pues en la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se han utilizado criterios no definidos en el PCAP. Si bien no se ha aportado la motivación, ésta parece ser la única explicación a que en anteriores licitaciones para este mismo servicio, con iguales criterios de adjudicación, la misma oferta técnica fuera la adjudicataria del contrato.



c) La pretensión consiste en la declaración de nulidad o subsidiariamente de anulabilidad del acuerdo de adjudicación impugnado.

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

a) Plantea la inadmisión del recurso por extemporáneo, por haberse interpuesto superado el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se ha remitido la notificación del acto impugnado (artículo 44.2 TRLCSP) pues,

- Consta una notificación por correo electrónico, de fecha 25 de enero, firmada digitalmente por la secretaria de la Mesa de Contratación.

- El correo incorporaba un archivo adjunto denominado “Resolución adjudicación. pdf”

- La dirección a la que se remite el correo electrónico es la misma que el recurrente hizo constar en su sobre de documentación jurídica como válida para notificaciones y comunicaciones.

b) La recurrente ha podido acceder como licitadora al informe técnico e incluso solicitar el acceso a las ofertas técnicas del resto de licitadoras solicitando vista del expediente. En vez de actuar con la debida diligencia ha preferido esperar a la interposición del recurso especial.

c) En el informe técnico únicamente se tienen en cuenta los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP. Uno de los motivos por el que no superó el umbral mínimo de puntuación fue que presentó la misma oferta que cuatro años antes y parte de lo ofertado en su momento se ha convertido actualmente en básico.



OCTAVO: Expuestas las posiciones de las partes el análisis del recurso ha de comenzar por el carácter extemporáneo o no del recurso especial.

Dado el carácter preceptivo y vinculante de los PCAP, “lex contractus”, se ha de acudir en primer término a lo previsto en la cláusula 13.2.15 del PCAP que, en relación con la documentación que han de presentar las empresas licitadoras para acreditar su capacidad y solvencia, exige que indiquen la dirección a efectos de notificaciones, requerimientos y comunicaciones de conformidad con el Anexo V del pliego, en la que claramente se diferencia la necesidad de señalar una dirección postal para la práctica de notificaciones y una dirección de correo electrónico para recibir requerimientos y comunicaciones. Este documento ha sido debidamente aportado por la empresa recurrente, siguiendo las instrucciones del Anexo IV del PCAP el cual únicamente posibilita que se fije para la práctica de las notificaciones una dirección postal, debiéndose señalar una dirección de correo electrónico “*para recibir requerimientos y comunicaciones*”. Téngase en cuenta que nos encontramos ante dos conceptos diferentes pues, mientras que la notificación es un acto formal, que requiere el cumplimiento de unos requisitos de contenido y forma (art. 41 LPA) para entender que ha sido correctamente practicada, los requerimientos y comunicaciones a los que se refiere el Anexo IV del PCAP, se refirieren a canales de comunicación para poner en conocimiento de los interesados hechos o circunstancias del procedimiento de contratación, como el cambio de fecha u hora de la sesión de una mesa de contratación etc., sobre los que no recae la obligación de la práctica de la notificación.

En el procedimiento de adjudicación que nos ocupa, son los pliegos del contrato los que instan a los licitadores a que elijan para la práctica de la notificación el medio postal, no el telemático, por lo que el poder adjudicador no puede ampararse en una actuación que no se ajusta a los pliegos por él mismo aprobados para deducir de la misma efectos desfavorables para el recurrente, como es el transcurso del plazo para la interposición del recurso especial en



materia de contratación. De la documentación que obra en el expediente remitido no consta que se haya practicado la notificación postal, razón suficiente para considerar que el recurso se ha interpuesto en plazo, y, a juicio de este OARC / KEAO, la comunicación de la adjudicación efectuada por correo electrónico carece de las características propias de la notificación telemática, pues el art. 151.4 del TRLCSP, cuando posibilita que la notificación de la adjudicación pueda efectuarse por correo electrónico, lo condiciona a los términos de lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, norma que ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo que se contradiga o se oponga a ésta, cuyo art. 43.1 prevé que la notificación se efectúa por medios electrónicos mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, incorporándose la herramienta del correo electrónico como un simple medio auxiliar de aviso al notificado (art. 41.1 LPA). Por todas estas razones, el recurso debe ser considerado como interpuesto en plazo.

NOVENO: Se alega como motivo impugnatorio la falta de motivación de la adjudicación. La Resolución de la Directora General de fecha 25 de enero de 2017, de adjudicación del contrato, en relación con las *“Ofertas excluidas por no superar umbral mínimo”*, únicamente contiene el listado de las empresas que quedan excluidas. Por su parte, la notificación se limita a señalar que se procede a remitir la referida resolución de adjudicación.

Según el art. 151.4 del TRLCSP la adjudicación deberá ser motivada, y su notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, la notificación deberá contener, también en forma resumida, las razones por las



que no se haya admitido su oferta y, en todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

El punto 30.1.b) de la carátula del PCAP que rige el contrato exige que la oferta obtenga un mínimo de 30 puntos en los criterios cuya aplicación requiere realizar un juicio de valor, de forma que las empresas licitadoras que no superen dicha puntuación mínima en la fase de valoración técnica serán excluidas del procedimiento. Pues bien, aunque el recurrente ha quedado excluido por no superar el umbral mínimo, no consta en el expediente, ni ha sido así indicado por el poder adjudicador en su informe, que la notificación de la adjudicación incluyera motivación alguna pues, ni siquiera figura la puntuación de las ofertas que no han superado el umbral mínimo de puntuación, y únicamente figura una mera referencia de que se han examinado los informes técnicos (informe técnico de criterios evaluables mediante juicios de valor de 11 de enero de 2017 e informe técnico de criterios evaluables mediante fórmulas de 13 de enero de 2017).

Como ha dicho este OARC/KEAO en sus Resoluciones 13/2016 y 16/2017 «(...) la motivación es un requisito formal de los actos administrativos en los que es preceptiva; por lo que afecta al objeto de esta resolución, entre sus finalidades destaca facilitar la verificación de que la actuación de los poderes adjudicadores se ajusta a la legislación aplicable y a las bases de la licitación y no incurre en infracción de los principios jurídicos que limitan la actividad discrecional de la Administración, especialmente los de igualdad de trato y no discriminación e interdicción de la arbitrariedad. Dicho control puede ser ejercido por diversos operadores jurídicos, como las empresas participantes en el procedimiento de adjudicación (razón por la cual la posibilidad de basar en la motivación un recurso fundado es un parámetro de su suficiencia legal, según el artículo 151.4 del TRLCSP), este OARC / KEAO y, en última instancia, los órganos judiciales. La motivación debe dar plena razón del proceso lógico que ha llevado a la adopción del acto; sus elementos básicos, cuando el acto motivado es la adjudicación, 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 (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO).»

Este OARC / KEAO considera que en lo que respecta a la adjudicación impugnada y su notificación no se ha cumplido debidamente con la obligación contenida en el art. 151.4 TRLCSP en relación con el art. 88.6 de la LPA, que positiviza la teoría de la motivación «in aliunde» que consiste en considerar que forma parte de la motivación del acto los informes que la preceden, pues ésta exigiría el traslado, junto con el acuerdo en su día recurrido, de copia de los informes en los que se basa su decisión el órgano de contratación. Así, no se produce materialmente indefensión por el mero hecho de que la adjudicación o su notificación no estuvieran convenientemente motivadas si el recurrente ha tenido conocimiento por otra vía de los motivos que fundan la actuación (Resolución 29/2012, Resolución 72/2013 y Resolución 32/2015). Sin embargo, en el supuesto que se analiza, del expediente remitido y del informe del poder adjudicador no se deriva que el recurrente haya tenido acceso al informe técnico de valoración de las ofertas ni al expediente. No cabe oponer a ello, como lo hace el poder adjudicador, la falta de diligencia del recurrente al no solicitar el informe técnico o el acceso a las ofertas técnicas del resto de licitadoras pues en ningún caso cabe imponer a los interesados en un procedimiento administrativo la carga de solicitar la información que obligatoriamente han de contener los actos administrativos. La motivación de la adjudicación es una obligación del poder adjudicador que ha de ser debidamente cumplida por éste, mientras que la solicitud de los documentos que obran en el expediente administrativo o el acceso al mismo es un derecho del recurrente en su relación con el poder adjudicador que, como tal, puede ser ejercido o no (ver, en este sentido Resolución 42/2014).

En consecuencia, debe anularse el acto impugnado y retrotraerse las actuaciones para que el poder adjudicador notifique en debida forma la puntuación otorgada a la oferta del recurrente así como las razones de la



valoración, a fin de que pueda formular su reclamación con las debidas garantías en defensa de sus derechos e intereses.

DÉCIMO: A la vista de la estimación parcial del recurso, resulta improcedente el estudio del resto de motivos de impugnación por las razones anteriormente indicadas, no siendo necesario, en consecuencia, proceder a la apertura de la fase de prueba solicitada por el recurrente, consistente en la aportación al expediente de recurso del informe técnico de valoración y el plan de trabajo, medios humanos, técnicos y materiales presentado por la recurrente en la licitación del 2012.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa OMBUDS COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de vigilancia y seguridad en la OSI Bilbao – Basurto”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza, acordando la anulación de la notificación realizada a la recurrente y la retroacción del expediente de contratación en los términos señalados en el fundamento jurídico noveno de esta resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.



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, 2017ko martxoaren 31

Vitoria-Gasteiz, 31 de marzo de 2017