



EB 2020/149

Resolución 005/2021, de 13 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 XPERT UNIDAD TÉCNICA DE PROTECCIÓN RADIOLÓGICA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de la Unidad Técnica de Protección Radiológica. Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de octubre de 2020 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 XPERT UNIDAD TÉCNICA DE PROTECCIÓN RADIOLÓGICA, S.L. (en adelante, XPERT) contra la adjudicación del contrato “Servicio de la Unidad Técnica de Protección Radiológica. Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 21 de octubre, se recibió, los días 21 de octubre y 3 de noviembre, una copia del expediente de contratación y 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).





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 22 de octubre, la empresa Protección Radiológica Médica, S.L. (en adelante, PRM) ha presentado sus alegaciones el día 27 de octubre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la representación de F.M.M.J., que actúa en nombre de la recurrente. En lo que se refiere a la legitimación, PMR considera que la recurrente carece de legitimación para recurrir debido a que, a su parecer, la estimación de las pretensiones formuladas no implicaría necesariamente una adjudicación del contrato a su favor, ya que no se postula como adjudicataria, sino que se limita a solicitar que el procedimiento de adjudicación se retrotraiga al momento de la valoración, admitiendo que, subsanados los supuestos defectos enumerados, la adjudicación pudiera recaer nuevamente en PMR. Sin embargo, esta alegación contiene una interpretación interesada de la pretensión de la recurrente que no puede prosperar. Este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad que la legitimación (ver, en este sentido la Resolución 87/2020), exige que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Por tanto, el interés legítimo no puede ser asimilado al del interés en la legalidad (ver la Resolución 13/2018 y la jurisprudencia que en ella se cita). Ello significa que gozan de legitimación quienes, de prosperar su recurso, pueden obtener un beneficio (ver, en este sentido la Resolución 92/2016). En el recurso que nos ocupa, se alegan como motivos de impugnación la falta de competencia del órgano emisor del acto de adjudicación y la falta de motivación del informe técnico de propuesta de adjudicación y el *petitum* del recurso consiste en que (...) se dicte resolución en la



cual se resuelva anular el citado acto administrativo de adjudicación, acordando, por el contrario, la nulidad del procedimiento de contratación con retroacción del mismo hasta el trámite de valoración de las propuestas presentadas por las tres licitadoras, a efectuar por personal técnico y con competencia suficiente, y con todo lo demás que sea procedente en Derecho. Resulta evidente que la recurrente, participante en el procedimiento de adjudicación, considera que la adjudicación ha sido arbitraria y pretende su nulidad para que se proceda a una nueva valoración de las ofertas para poder optar a la adjudicación del contrato. Consecuentemente, se puede afirmar que la recurrente ostenta un “interés tangible” en que prospere su recurso, lo que caracteriza la legitimación.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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: Alegaciones de la recurrente

En resumen, XPERT alega lo siguiente:

- a) Falta de competencia del órgano emisor del acto de adjudicación que, además, es miembro de la mesa de contratación.
- b) El informe técnico es contrario a derecho por (i) ausencia de la cualificación de quienes lo efectúan habida cuenta de que es imprescindible la participación del Servicio de Protección Radiológica en su elaboración, (ii) no ha sido emitido por un comité de expertos, y (iii) falta de motivación, ya su contenido carece de metodología y contiene una valoración técnica manifiestamente errada, con una enumeración de notas o frases independientes entre las distintas ofertas y una asignación de puntuación general sin ninguna relación con lo expuesto en el cuadro de valoraciones.
- c) La recurrente solicita el acceso al expediente, pues no se ha podido comprobar si el informe técnico podía considerarse correcto o no. Asimismo, solicita la apertura de un período de prueba indicando como objeto de prueba las comunicaciones telefónicas con el órgano de contratación, especialmente, la fecha fidedigna, la autoría y la cualificación del o los autores del informe técnico de 27 de agosto de 2020 y de las cinco páginas añadidas el 25 de septiembre de 2020 y publicadas el 30 de septiembre, así como quién, cuándo y cómo se efectuó el encargo del informe y cómo se ejecutó.

SÉPTIMO: Alegaciones de PMR

La empresa PMR efectúa las siguientes alegaciones:

- a) la Directora médica de la OSI Cruces ha emitido la resolución de adjudicación dentro del marco de sus competencias. En cualquier caso, la falta de competencia no es causa de nulidad ni de anulabilidad.



b) La solicitud de informes por la Mesa de contratación es potestativa y, ni el órgano de contratación ni la mesa de contratación han estimado oportuno recabar informes técnicos que verifiquen si las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas.

c) La mercantil recurrente requiere la vista del expediente completo olvidando que el artículo 55.5 de la LCSP garantiza la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales. No cabe que el impugnante utilice un supuesto defecto formal como argumento para solicitar la vista de los documentos.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador, por su parte, considera que:

a) El cargo de Director Gerente de la OSI Ezkerraldea Enkarterri Cruces, Órgano de contratación, se halla vacante desde el 14 de agosto del 2020 por lo que corresponde a la Dirección Médica la sustitución y ejercicio de dichas funciones (artículo 15 del Decreto 255/1997, así como el acuerdo séptimo del Acuerdo de Consejo de Administración de Osakidetza por el que se crea la mencionada OSI) quien ha delegado la firma de determinados documentos en el Jefe de Sección de Contratación (artículo 12.1 de la Ley 40/2015).

b) En lo que respecta a la falta de motivación del informe técnico, la recurrente mezcla argumentos. En concreto:

- En lo relativo al procedimiento, señalar que el PCAP no prevé la constitución de un Comité de expertos y que con fecha 30 de julio de 2020 la Mesa de contratación acuerda solicitar informe a la Unidad promotora del contrato (el Servicio de Ingeniería electrónica). Este informe es emitido por el subdirector de Servicios Generales y el Jefe de Servicio de Ingeniería Electrónica y se compone de dos partes: un resumen de puntuaciones y un



cuadro comparativo de las ofertas, habiéndose publicado por error únicamente el resumen.

- La recurrente da por sentada la falta de cualificación técnica de quienes han elaborado el informe técnico, cuando son los responsables últimos del servicio a prestar.
- Los argumentos referidos a la fórmula a emplear para el cálculo de la puntuación del criterio económico y la ausencia de criterio para calificar a determinadas bajas de temerarias son extemporáneos, pues la recurrente no ha impugnado los pliegos.

c) A la recurrente se le ha concedido el acceso a todo el expediente de contratación con dos salvedades, la oferta técnica presentada por CONSENUR debido a que ha obtenido una puntuación inferior a la de la recurrente y no ser necesaria para fundamentar el recurso, y la parte declarada confidencial de la oferta técnica de PRM debido a que la recurrente declaró confidencial todo el contenido del sobre C.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Se debe resolver en primer lugar la solicitud de acceso al expediente de contratación, ya que su estimación implicaría conceder un plazo adicional para completar el recurso, lo que retrasaría el análisis del mismo y, en el caso de que se desestimara esta petición, se analizarían los motivos en los que se sustenta la petición de nulidad de la adjudicación del contrato, comenzando por los que se refieren a las cuestiones procedimentales.

a) Sobre la petición de acceso al expediente

La recurrente solicita el acceso al expediente porque no se le ha permitido el examen de la oferta de CONSENUR y no ha podido comprobar si el informe técnico podía considerarse correcto a la vista de las ofertas.



Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 33/2020), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la falta de contestación por parte del poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de



acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se estima que no procede el acceso requerido por varias razones:

- 1) El poder adjudicador ha permitido que la recurrente acceda a la totalidad de la documentación que obra en el expediente de contratación con dos excepciones, la oferta de la empresa CONSENUR y la parte de la oferta técnica declarada confidencial por la empresa PMR. Tal y como consta el expediente de contratación remitido (Documento 3 del Informe de contestación al recurso), la recurrente ha declarado confidencial la totalidad de la oferta incluida en el sobre C "Oferta para cuya evaluación se requiere realizar un juicio de valor". A este respecto, son numerosas las resoluciones de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, la Resolución 107/2020) en las que considera contrario a la buena fe que un licitador solicite acceso a la documentación de otro licitador cuando ambos han declarado confidencial la misma documentación.
- 2) La petición de acceso efectuada a este OARC / KEAO por la recurrente es genérica y no especifica cuál es el concreto perjuicio para la correcta elaboración del recurso que se pretende remediar mediante el acceso, finalidad del trámite previsto en el artículo 52.3 de la LCSP. En concreto, no puede ser estimado el argumento de que se le haya denegado el acceso a la oferta de CONSENUR, ya que ésta es la oferta peor valorada de las tres efectuadas, por detrás de la oferta de la recurrente, por lo que no se requiere su examen para sustentar el recurso, más teniendo en cuenta que la posición de la recurrente en el orden de clasificación no ha



sido atacada por CONSENUR. Por su parte, en lo que respecta a la oferta de la adjudicataria impugnada, la recurrente ha obtenido información suficiente de la propia motivación del acto impugnado, que detalla el contenido de la oferta de cada uno de los licitadores, para plantear el debate sobre la legalidad de la adjudicación (ver la Resolución 174/2019 del OARC / KEAO), como se podrá deducir también del contenido de los siguientes apartados de la presente resolución.

b) Sobre los defectos procedimentales

Son varios los incumplimientos procedimentales que se le achacan al procedimiento de contratación. En particular, se considera que el órgano que ha emitido el acuerdo de adjudicación carece de competencia para ello, además de ser miembro de la mesa de contratación, y se pone en duda la solicitud de la emisión de informe técnico sobre los criterios sujetos a juicio de valor, así como la cualificación técnica de quienes lo han emitido.

b 1) Sobre la competencia de quien actúa como órgano de contratación

El Decreto 255/1997, de 11 de noviembre, por el que se establecen los Estatutos Sociales del Ente Público «Osakidetza-Servicio vasco de salud», en su artículo 15.1.f) dispone que al frente de cada organización de servicios sanitarios del Ente Público se encontrará un Director Gerente al que le corresponderá, entre otras, ejercer las facultades que le correspondan como órgano de contratación, señalando el apartado 2 de dicho artículo 15 que, en el caso de que no se designe la Dirección que asumirá las funciones del Director-Gerente en caso de ausencia, vacante o enfermedad, se atribuirá a la Dirección Médica correspondiente.

Por su parte, en lo referente al procedimiento de contratación que nos ocupa, la cláusula específica 19.2.1 del PCAP indica que el Órgano de Contratación es el



Director Gerente de la OSI Ezkerraldea Enkarterri Cruces y la cláusula específica 19.2.6 detalla la siguiente composición de la Mesa de contratación:

19.2.6.- Composición de la mesa de contratación:

Presidente:

- Titular: Directora Económico Financiera / Elisa Gómez Inhiesto
- Suplente: Subdirectora Económico Financiera/ Elena Bravo Suárez

Vocal 1º:

- Titular: Directora Médico del Hospital / Edurne Omaetxebarria Legarra
- Suplente: Subdirectora Servicios Quirúrgicos/ Ainhoa Epalza Bueno

Vocal 2º:

- Titular: Adjunta Dirección Enfermería / Esther Cuesta de la Cal
- Suplente: Subdirectora Evaluación Económica /Teresa Acaiturri Ayesta

Vocal 3º:

- Titular: Jefe de Servicio Suministros-Compras/ Carmen León Araujo
- Suplente: Subdirector Servicios Generales/ Eduardo Resines Galaz

Vocal Secretario-Asesor:

- Titular: Jefe Sección Contratación Administrativa / Serafín Vigiola Larriñaga
- Suplente: Técnico Grupo de Gestión Suministros/ M^a Natividad Pastor Sanz

Nos encontramos ante un procedimiento abierto en el que la intervención de la mesa de contratación es preceptiva. Se trata éste de un órgano de asistencia técnica especializada del órgano de contratación compuesto por personas que reúnen las garantías de objetividad, imparcialidad y posesión de determinados conocimientos técnicos (ver, en este sentido, la Resolución 8/2020 del OARC / KEAO) y cuyas funciones figuran enumeradas en el artículo 326.2 de la LCSP, entre las que se encuentran, en lo que aquí nos interesa, las de la valoración de las proposiciones de los licitadores (letra b) y la propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 (letra d). Se trata, en suma, de un órgano diferente al de contratación, cuya finalidad última es la de contribuir al acierto en la selección de la oferta con la mejor relación calidad / coste y garantía de legalidad, razón por la que la LCSP sujeta su composición y actuación a ciertos deberes de transparencia, como la obligación de publicar en el perfil de contratante su composición (artículo 326.3 de la LCSP) y las actas de sus sesiones (artículo 63.3.d de la LCSP). Por su



parte, el órgano de contratación es quien ostenta en materia contractual la representación de, en este caso, Osakidetza.

En el procedimiento de adjudicación que nos ocupa, las resoluciones de inicio y aprobación del expediente de contratación las firma el Director Gerente de la OSI, pero la Resolución de adjudicación del contrato la adopta, por sustitución, la Directora Médica, quien delega la firma en el Jefe de la Sección de Contratación. La Directora médica es vocal de la mesa de contratación, pero, habida cuenta de que no ha participado en ninguna de las sesiones celebradas a lo largo del procedimiento de adjudicación, esta irregularidad formal no es invalidante, pues no se ha manifestado en una irregularidad material. No obstante, este OARC / KEAO sí que considera que es una irregularidad relevante que quien ha ejercido las funciones de secretario del órgano colegiado en todas sus sesiones sea la persona física que ha suscrito el acuerdo de adjudicación por delegación de firma. A excepción de la no constancia del ejercicio de la competencia de órgano de contratación por sustitución, en el expediente se ha dado cumplimiento a las normas de suplencia (artículo 13 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) y de delegación de la firma (artículo 12 de la LRJSP), pero este cumplimiento de la formalidad no puede amparar una actuación que obvia la diferenciación que debe existir entre ambos órganos, ya que el ejercicio por cada uno de ellos en el seno del procedimiento de adjudicación de una determinada función exige que no exista contaminación o confusión entre ambos, que es lo que ocurre cuando la misma persona física participa en cada uno de ellos. Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa, quien firma por delegación de firma como órgano de contratación (únicamente el acto de adjudicación) es un vocal nato de la mesa de contratación con funciones de secretario del órgano colegiado, de lo que se desprende que las decisiones de la Mesa de contratación no han sido contaminadas por la influencia del órgano de contratación, por lo que no nos hallamos ante una irregularidad susceptible de una nulidad de pleno derecho, sino ante un acto anulable que, en su caso, puede ser subsanable mediante su convalidación (artículo 52 de la LPACAP).



Si bien cabe la estimación parcial del recurso por este motivo, no obstante, se hace preciso el análisis del resto de motivos impugnatorios.

b 2) Sobre el comité de expertos

Esta alegación carece de fundamento, ya que la cláusula específica 19.2.7 del PCAP es clara al expresar que no procede la designación de un comité de expertos o de un órgano técnico especializado y la ponderación relativa de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (45 puntos sobre 100) frente a la ponderación relativa de los evaluables mediante fórmula (55 sobre 100), no lo exige (artículo 146.2.a) de la LCSP).

b 3) Sobre el informe técnico y la cualificación de quienes lo han emitido

La recurrente alega que inicialmente únicamente se le facilitó el cuadro resumen de las puntuaciones, si bien ella misma reconoce que, una vez solicitada, se le remitió la motivación de la puntuación, si bien en ésta no figura ni la firma de quien lo suscribe ni la fecha de su emisión. Según consta en el acta de la Mesa de contratación correspondiente a su sesión de fecha 30 de julio de 2020 que obra en el expediente, el órgano colegiado acordó “(...) remitir la documentación técnica referida a los criterios de juicios de valor a la Unidad Promotora a efectos de un informe técnico”. Asimismo, consta en el expediente remitido (páginas 109 a 114) un Informe en cuyas dos primera páginas, suscritas por los autores, figuran dos cuadros de valoración, el primero con la puntuación asignada a cada una de las licitadoras por cada uno de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor y el segundo con la puntuación total de cada una de las licitadoras y, en documento aparte, otro cuadro con la motivación de la puntuación asignada a cada una de las licitadoras en cada uno de los criterios de adjudicación. Lo fundamental es que el poder adjudicador, una vez solicitado, puso en conocimiento de la recurrente la motivación de la puntuación, lo que ha permitido interponer un recurso fundado en derecho. Resulta irrelevante que dicha motivación, que según la afirmación del poder adjudicador es un documento anexo y justificativo de los cuadros resúmenes firmados por los autores, no se



halle ni firmada ni datada porque lo importante es que el poder adjudicador la reconoce como propia. Por otra parte, en lo que aquí nos interesa, no resulta relevante la cualificación profesional de su autor, porque la Mesa de contratación es el órgano de asistencia técnica especializada (artículo 326.2 de la LCSP) y quien debe realizar la valoración de las proposiciones de los licitadores (artículo 326.2.b) de la LCSP), siendo una decisión facultativa, no obligatoria, la de solicitar el auxilio de un informe técnico para la adopción de su decisión (artículo 146.2.b) de la LCSP) y, en este sentido, la recurrente no ha puesto en duda la cualificación técnica de sus miembros.

c) Sobre la motivación del informe técnico

La recurrente discute (i) el baremo de puntuaciones debido al umbral fijado en los pliegos para considerar que una oferta se halla en presunción de anormalidad y que las tres empresas han presentado exactamente el mismo precio y han obtenido la máxima puntuación, eliminando este criterio de adjudicación y (ii) los criterios de puntuación.

c 1) Sobre el baremo de puntuaciones

Las observaciones sobre el umbral de temeridad y las puntuaciones asignadas a las ofertas deben ser desestimadas, ya que la recurrente ha presentado oferta al contrato conforme a unas bases admitidas y consentidas por lo que la impugnación de estos extremos en esta fase del procedimiento de adjudicación es extemporánea (artículo 50.1 b) de la LCSP). A este respecto, es constante y uniforme la doctrina que considera que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser inatacables una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso. Esta doctrina se ha visto confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ), que considera necesario para el efecto útil del recurso especial la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores (ver, en este



sentido la Resolución 9/2017 del OARC / KEAO). La excepción a esta preclusividad, el llamado “recurso indirecto” contra los pliegos con ocasión de la impugnación del acuerdo de exclusión o adjudicación del contrato, exige que concurran unas determinadas circunstancias que no se observan en el supuesto analizado (ver, en este sentido, la Resolución 219/2019 del OARC / KEAO). En concreto, las cláusulas alegadas por la recurrente son claras y precisas y su comportamiento nada sorpresivo para un operador económico acostumbrado a presentar ofertas en procedimientos de compra pública, por el contrario, es la propia aplicación en sus términos de estas cláusulas con lo que muestra su disconformidad la recurrente.

c 2) Sobre los criterios de puntuación

La recurrente plantea una indebida aplicación por el poder adjudicador de la potestad discrecional que le asiste en la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor. El análisis de esta cuestión debe partir de las cláusulas del PCAP que desarrollan estos criterios:

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

22.1.- Existe un único criterio de adjudicación: No

22.2.- Existe una pluralidad de criterios de adjudicación: Si

(...)

Criterio control de calidad de las instalaciones de rayos x: 15 puntos

En este criterio se valorarán los aspectos siguientes:

- Proyecto control de calidad.
- Proyecto de informes y documentación del control de calidad, altas de equipos, certificados, etc.
- Proyecto de verificación tras las intervenciones o reparaciones de los equipos.
- Verificación de niveles de radiación en puestos de trabajo y lugares accesibles al público.

Criterio de proyecto de seguimiento del programa de protección radiológica y de garantía de calidad: 15 puntos.

En este criterio se valorarán los aspectos siguientes:

- Proyecto del Programa de Protección Radiológica y su implantación.



- Proyecto de Desarrollo y Seguimiento del Programa de Garantía de Calidad en Radiodiagnóstico.

Criterio de proyecto de vigilancia dosimétrica. 15 puntos

Se valorará los aspectos siguientes:

- Proyecto de Vigilancia Dosimétrica de los trabajadores de los Ambulatorios dependientes de la OSI EEC.

Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, la Resolución 161/2020) en la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019).

En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración



que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.

Una vez delimitado así el alcance del control que este Órgano puede ejercer, y contrastados los citados principios con el caso analizado, se considera que:

- 1) La recurrente pretende que se siga su propio método de valoración en la asignación de puntuación en alguno de los criterios de adjudicación, como cuando afirma que en el criterio secundario “Control de calidad” se debería asignar la puntuación conforme a la oferta medible cuantitativamente (dos controles anuales frente a uno que oferta el adjudicatario) o cuando sostiene que la afirmación contenida en el informe en relación a varios de los criterios secundarios de que “No presenta proyecto” debería conllevar la no valoración en dicho criterio. Este Órgano no comparte estas afirmaciones, pues no nos hallamos ante criterios de adjudicación automáticos o que se deba aplicar una fórmula prevista de antemano en los pliegos para su valoración por lo que el evaluador no está obligado a seguir una regla de proporcionalidad ni ningún otro baremo matemático, si bien sí debe justificar, como lo ha hecho en este caso, la razón a la que obedece la diferencia en la puntuación (ver, en este sentido la Resolución 24/2020 del OARC / KEAO). Por el contrario, nos hallamos ante criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, respecto de los cuales ha manifestado con anterioridad este OARC / KEAO (ver, por todas, la Resolución 53/2020) que los órganos encargados de su evaluación deben disponer de cierta libertad para llevar a cabo su misión y, por ello, sin modificar lo 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 ya que el poder adjudicador debe poder adoptar 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).

- 2) En el criterio secundario “Verificación de los niveles de radiación en puestos de trabajo y lugares accesibles al público” se afirma que la oferta de la recurrente no contiene que todos los certificados de conformidad de la instalación se deben entregar en el Servicio de Ingeniería Electrónica. En este apartado debe darse la razón a la recurrente, ya que su oferta contiene un acceso a la documentación vía web que estará a “disposición de las personas y departamentos que la OSI ECC Cruces designe”, y la motivación aportada por el evaluador de que este sistema pudiera conllevar un trabajo administrativo adicional debe ser desestimada, ya que se trata de una carga de trabajo equivalente a la que pudiera conllevar el archivo de la documentación que se entregue en papel. Consecuentemente, este motivo debe ser admitido.
- 3) En lo referente al criterio secundario “Proyecto de verificación tras intervenciones o reparaciones” la recurrente efectúa una serie de observaciones sobre uno de los aspectos de la motivación sin contenido impugnatorio real.
- 4) En el criterio secundario “Proyecto de programa de protección radiológica y su implantación” la puntuación asignada (3 puntos sobre 8) se debe, entre otras razones, a que “Presenta un modelo tipo de programa de protección radiológica y garantía de calidad. Elaboración de un único PGC y PR”, mientras que a la empresa PRM en el criterio secundario “Proyecto de desarrollo y seguimiento del programa de garantía de calidad en radiodiagnóstico”, ambos criterios secundarios del criterio principal “Criterio de proyecto de seguimiento del programa de protección radiológica y de garantía de calidad”, se le da el máximo de puntos (7 sobre 7) porque, entre otras cuestiones, “propone unificar el PGC y PPR” para evitar duplicidades de documentación”. Es evidente la desigualdad de trato que han recibido las dos ofertas en la valoración de este documento, pues mientras que a una (la recurrente) se le penaliza por presentar los dos programas en un documento único a la otra (PRM) se le valora positivamente su



oferta de unificar ambos programas. Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de ser estimado.

- 5) En lo que respecta al criterio secundario “Proyecto de Vigilancia dosimétrica”, la alegación de que el evaluador ha cometido un error al no valorar la formación del personal ha de ser desestimada. La motivación no ha de ser exhaustiva sino suficiente (ver, en este sentido, la Resolución 60/2019 del OARC / KEAO) y la facilitada en este concreto punto por el poder adjudicador cumple con este requisito ya que se manifiesta que “No prevé la planificación con la OSI ECC” y que “los datos personales de los trabajadores no pueden estar alojados en servidores que no sean de Osakidetza”, todo lo cual no ha sido rebatido por la recurrente y es suficiente para justificar la puntuación asignada (10 puntos sobre 14). Por otro lado, no nos encontramos ante una base fáctica errónea, pues no se exige de la motivación que describa todos los aspectos de la oferta sino aquellos en los que se basa el juicio positivo o negativo de la valoración.

d) Conclusión.

La estimación del recurso en lo referente a la motivación de tres de los criterios secundarios de adjudicación valorables conforme a juicios de valor y analizados en la letra c) de este Fundamento Jurídico Octavo no conlleva la anulación de la adjudicación pues ésta permanece inalterable en todo caso. Téngase en cuenta que, de asignarse la máxima puntuación a la recurrente en cada uno de los tres criterios secundarios referidos, obtendría un total de 10 puntos más, insuficientes para resultar clasificada en primer lugar, habida cuenta que la diferencia entre la oferta de la recurrente (78,5 puntos) y la de la adjudicataria PRM (97,5 puntos) es de 19 puntos y que, además, no ha solicitado que se rebaje la puntuación asignada a la adjudicataria impugnada. En este sentido, este OARC / KEAO en sus Resoluciones ha manifestado con anterioridad (ver, por todas, la Resolución 7/2019) que en estos casos no procede anular la valoración pues el resultado último permanecería siendo el mismo, pues como dice el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm. 740/2009, de 23 de noviembre



(JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso nº 8952-97 «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiéndose que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado». No obstante, la adjudicación ha de ser anulada debido a las razones y con los efectos que se especifican en la letra b 1) del Fundamento Jurídico noveno.

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: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por XPERT UNIDAD TÉCNICA DE PROTECCIÓN RADIOLÓGICA, S.L contra la adjudicación del contrato “Servicio de la Unidad Técnica de Protección Radiológica. Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por Osakidetza, anulando la Resolución de adjudicación por las razones que se especifican en la letra b 1) del Fundamento Jurídico noveno de esta Resolución, si bien la irregularidad apreciada puede ser subsanada mediante su convalidación.

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



TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, se requiere al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para el cumplimiento de la presente Resolución.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko urtarrilaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de enero de 2021