



EB 2019/114

Resolución 159/2019, de 2 de octubre, 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 ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI) contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios energéticos para el mantenimiento y conservación con garantía total, renovación, mejora y gestión energética de las instalaciones térmicas y eléctricas del Hospital Universitario Araba – Sede Txagorritxu”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de junio de 2019 se recibió en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI) contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios energéticos para el mantenimiento y conservación con garantía total, renovación, mejora y gestión energética de las instalaciones térmicas y eléctricas del Hospital Universitario Araba – Sede Txagorritxu”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 27 de junio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1SGN-TA1C bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1SGN-TA1C en la sede electronica <http://euskadi.eus/localizador>



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 los días 5 y 18 de julio.

TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos de la recurrente y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación de la recurrente y la representación de D.J.M.H.D.A., que actúa en su nombre. Debe desestimarse la alegación de Osakidetza, que estima que el recurso no puede admitirse porque no se ha acreditado que el acuerdo de impugnar el desistimiento haya sido adoptado por el órgano de la Asociación competente para ello. Hay que recordar que el artículo 51.1 de la LCSP establece los documentos que deben acompañar al recurso y que, entre ellos, figura el documento que acredita la representación del compareciente. Por su parte, el artículo 24.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto. El silencio que guardan ambos artículos sobre el documento al que se refiere el poder adjudicador (análogo al exigido por el artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso - administrativa), unido a que, de conformidad con el artículo 56.1 de la LCSP, el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá también por las disposiciones de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, la cual tampoco exige este requisito, permite concluir que no es preceptivo para la interposición del recurso especial (ver, por todas, la Resolución 129/2018 del OARC / KEAO).



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

De acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP, el contrato es susceptible de recurso especial.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El acto recurrido es la Resolución del Director General de Osakidetza, de 11 de junio de 2019, por el que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación, que no figura expresamente en el listado del artículo 44.2 de la LCSP de actuaciones que pueden ser objeto de recurso especial, al igual que tampoco lo estaba en el derogado TRLCSP, por lo que lo que resulta de aplicación lo manifestado a este respecto por este órgano con anterioridad. Así, en su Resolución 031/2017 este OARC/KEAO ya manifestó la posibilidad de que una decisión de esta índole pudiera ser objeto de recurso especial «(...) por una interpretación coherente y finalista de la regulación del recurso especial, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino a todos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (STJ de 18/6/2002, ECLI:EU:C:2002:379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).»

Consecuentemente, la decisión impugnada es susceptible de recurso especial.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los siguientes argumentos:

a) El desistimiento se fundamenta en la adopción del Decreto 23/2019, de 19 de febrero, por el que se declara de contratación centralizada el suministro de energía eléctrica para las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, siendo los pliegos que rigen la licitación incompatibles con él. Sin embargo, AMI estima que el contrato no está comprendido en el ámbito de dicho Decreto porque se trata de un contrato de servicios energéticos (definido en el Real Decreto – Ley 6/2010, de medidas para la recuperación económica y el empleo) que incluye, entre otras prestaciones, la adquisición de energía eléctrica pero que es distinto de los contratos de suministro eléctrico (artículo 16 de la LCSP), que son los únicos afectados por la centralización. Consecuentemente, no existe la infracción no subsanable a la que se refiere el artículo 152.4 de la LCSP que justifique el desistimiento.

b) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los argumentos que se resumen a continuación:



a) Del Decreto 23/2019 y del Decreto 116/2016, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, se deduce que la Viceconsejería competente en servicios multidepartamentales es competente para la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas para la contratación centralizada del suministro de energía eléctrica y que el ejercicio de las facultades inherentes al órgano de contratación corresponde al titular del departamento competente en materia de contratación. Dado que el 43,36% del presupuesto del contrato impugnado corresponde a la facturación de energía eléctrica, y de acuerdo con las normas sobre contratos mixtos, debe predominar el régimen jurídico de la prestación principal, que es el suministro de energía.

b) Existe una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, como pide el artículo 152.4 de la LCSP; la continuidad del procedimiento devendría nula de pleno derecho por ser incompetente el órgano de contratación de Osakidetza.

c) Sería necesario desistir del expediente de licitación e iniciar uno nuevo adecuado a la realidad del Decreto 23/2019.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC/KEAO

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión:

a) Sobre la sujeción del contrato a la declaración de contratación centralizada del Decreto 23/2019

El recurrente y el poder adjudicador discuten si el contrato impugnado está o no sujeto al régimen de contratación centralizada en virtud del Decreto 23/2019. A juicio de este Órgano, la respuesta es afirmativa. El artículo 1 de esta norma



declara de contratación centralizada “el suministro de energía eléctrica”, y dicho suministro está incluido dentro de las prestaciones del contrato. A estos efectos, es indiferente cuál sea el tipo contractual elegido para la adquisición de la energía, porque el objeto de la centralización no son dichos tipos, sino la adquisición de ciertos bienes o servicios. Una interpretación distinta vaciaría de contenido la propia figura de la centralización, que supone atribuir las competencias propias de múltiples órganos de contratación a un único órgano (en este caso, el Consejero de Hacienda y Economía, según el artículo 24 del Decreto 116/2016). Téngase en cuenta que, por un lado, una de dichas competencias es precisamente decidir cuál es la fórmula contractual más idónea para satisfacer el interés público y los principios generales de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 18/2015 del OARC / KEAO y el artículo 28.1 de la LCSP) y que, por otro lado, no tendría sentido que los órganos afectados por la centralización pudieran eludirla simplemente cambiando el tipo contractual utilizado o contratando la prestación cuya adquisición se centraliza conjuntamente con otras.

b) Sobre la consecuencia de la declaración de contratación centralizada en la competencia para acordar el desistimiento

Una vez determinada la sujeción del contrato al Decreto 23/2019 y al régimen previsto en los artículos 20 y siguientes del Decreto 116/2016, la principal consecuencia, sin perjuicio de otras, es el traslado de las competencias del órgano de contratación ordinariamente residenciadas en el Director General de Osakidetza en favor del Consejero de Hacienda y Economía. Dado que es al órgano de contratación a quien corresponde adoptar la resolución de desistimiento (artículos 61 y 152 de la LCSP), hay que concluir que el acto impugnado está dictado por órgano incompetente, por lo que debe ser anulado.

c) Conclusión



La anulación del acto por falta de competencia, y el consecuente traslado necesario de la decisión de desistir del contrato o adoptar cualquier otra resolución sobre el procedimiento de adjudicación al órgano competente (artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector público) hace innecesario que el OARC / KEAO se pronuncie sobre la existencia de infracciones insubsanables que, por otra parte, no han sido alegadas por el recurrente. No obstante, se observa que los actos dictados por el Director General de Osakidetza con anterioridad al 26 de febrero, fecha de entrada en vigor del Decreto 23/2019 (como la orden de inicio, de 21 de febrero o la aprobación de los pliegos y el expediente, de 22 de febrero) no están aquejados de vicio de incompetencia, pues la norma no tiene ninguna regla de transitoriedad, retroactividad o ultraactividad que matice el inicio de la vigencia.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI) contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios energéticos para el mantenimiento y conservación con garantía total, renovación, mejora y gestión energética de las instalaciones térmicas y eléctricas del Hospital Universitario Araba – Sede Txagorritxu”, tramitado por Osakidetza.



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

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir a Osakidetza para que informe a este órgano de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko urriaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de octubre de 2019