



Recurso nº 379/2019 C.A. Valenciana 70/2019

Resolución nº 861/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 25 de julio de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D.J.B.M. en representación de KONE ELEVADORES, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 del procedimiento “*Servicio de mantenimiento de los elevadores de diversos centros del Departamento de Salud Valencia Hospital General*”, Expediente L-SE-08-2019, convocado por el Consorcio Hospital General Universitario de Valencia, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 20 de diciembre de 2018 se procedió a la difusión del anuncio de licitación y publicación de Pliegos y Anexos, a través del perfil de contratante en la Plataforma del Sector, para la contratación de Servicio de Mantenimiento de Los Aparatos Elevadores de Diversos Centros del Departamento de Salud Valencia Hospital General, Lote1: Servicio de Mantenimiento de Los Aparatos Elevadores de Diversos Centros Dependientes, Lote 2: Servicio de Mantenimiento de Los Aparatos Elevadores del Hospital General (Expediente L-SE-08-2019). Las informaciones complementarias fueron asimismo objeto de difusión a través del perfil de contratante en dicha fecha.

Segundo. Dentro del plazo establecido en la convocatoria presentaron ofertas las siguientes empresas ASCENSORES PERTOR S.L., EULEN S.A, JOSE ALAPONT BONET S.L., ORONA S. COOP y KONE ELEVADORES S.A.



En 16 de enero de 2019 tuvo lugar el acto restringido de apertura de los sobres que contienen la documentación general, comprobándose por la mesa de contratación designada al efecto, mediante Resoluciones de fechas 20 de diciembre de 2018, el cumplimiento de los requisitos previos extendiéndose la correspondiente acta.

En 23 de enero de 2019 tiene lugar el acto público de apertura de los sobres CONTENIENDO la documentación de los criterios evaluables automáticamente, procediéndose a la valoración con el siguiente resultado para el Lote 2, único al que se refiere el recurso:

LOTE	Empresa	Oferta económica (48,916,80 euros sin IVA)	Valoración oferta económica (máx. 70 ptos)	oferta subsanación defectos de OCA	Valoración oferta subsanación defectos de OCA (máximo 20 ptos)	Tiempo de presencia semanales	Valoración Tiempo de presencia semanales (máx. 10 ptos)	TOTAL
2	ALAPONT	40.218	70,00	10.200	0,0408	8,1	3,24	73,28
2	EULEN	42.336	69,75	5000.000	20	20	8	97,75
2	KONE	41.236,8	69,99	20.000	0,08	25	10	80,07
2	ORONA	48.184,8	20,75	4.000	0,016	11,2	4,48	25,25

Tercero. Por resolución de fecha 7 de marzo de 2019 se adjudica el LOTE 2 del expediente según artículos 150 y 151 de la LCSP, a la proposición económicamente más ventajosa correspondiente a la presentada por EULEN S.A.

Disconforme la recurrente con la adjudicación interpone contra la misma el 26 de marzo de 2019 recurso especial.

Cuarto. Recibido el escrito de impugnación en el Tribunal, se comunicó éste al órgano de contratación para que emitiera el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP), trámite que cumplimentó emitiendo el correspondiente informe, que se incorporó al expediente.



Quinto. De acuerdo con el artículo 56.3 LCSP, la Secretaría del Tribunal dio traslado, el día 3 de abril de 2019, de la reclamación al resto de las licitadoras para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiendo hecho uso del trámite EULEN, S.A.

Sexto. La Secretaria del Tribunal por delegación de éste dictó resolución de 15 de abril de 2019 acordando el mantenimiento de la suspensión del expediente de contratación de conformidad con el artículo 53 LCSP, dado que los perjuicios que podían derivarse de continuarse el procedimiento son de difícil o imposible reparación.

Séptimo. Por acuerdo del Tribunal de fecha 13 de junio de 2019, se requirió a KONE ELVADORES, S.A. la subsanación de su escrito de recurso, al apreciar que éste adolecía de algunas incongruencias en relación con las argumentaciones y el suplico del escrito. La recurrente procedió a presentar la subsanación requerida el día 19 de junio de 2019, dándose traslado del escrito de recurso subsanado tanto al órgano de contratación para la emisión de informe, como al resto de licitadores que han participado en el procedimiento para la presentación de alegaciones. Se recibió en este Tribunal, nuevo informe del órgano de contratación, de fecha 19 de junio de 2019, así como alegaciones de la empresa EULEN, S.A, presentadas el día 21 de junio de 2019, solicitando de nuevo la desestimación íntegra del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De acuerdo con lo dicho este Tribunal es competente para resolver el recurso interpuesto de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46 LCSP y en virtud del Convenio de Colaboración Suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat de Valencia el 10 de abril de 2013 (BOE núm. 92 de 17 de abril de 2013).

Segundo. El recurso se dirige contra el acuerdo de adjudicación, que de acuerdo con el art. 44.2, c) LCSP, es acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Tercero. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1 LCSP.



Cuarto. La sociedad recurrente, como licitador concurrente cuyos intereses se ven afectados por la adjudicación, ostenta, en principio, legitimación para interponer el recurso (art. 48 LCSP).

Quinto. Considera la recurrente que la propuesta de la adjudicataria es inviable ya que no se puede admitir que la partida dedicada para subsanar deficiencias de un organismo de control, sea superior en más de 9 veces a la partida dedicada a la prestación del servicio de mantenimiento. La valoración inadecuada de las ofertas presentadas deriva de la aplicación de las previsiones de la cláusula 2.1 del Pliego, según la cual:

Criterio 2.1 SUBSANACIÓN DEFECTOS DE OCA

Se puntuará la creación de una bolsa económica para la subsanación de posibles defectos en la Inspección por O.C.A. Otorgando 20 puntos al licitador que mayor bolsa económica aporte, y el resto de forma proporcional a éste. Esta bolsa se destinará a la subsanación de los posibles defectos según inspección por Organismo de Control Organizado y que se pactará previamente con los técnicos del Departamento de Salud.

Se aplicará la siguiente fórmula:

$$P3=20*(Bn/Bmax)$$

Donde: P3 = Puntuación obtenida en el criterio 2.1 SUBSANACIÓN DEFECTOS DE OCA

20= Puntuación máxima para criterio 2.1 SUBSANACIÓN DEFECTOS DE OCA

Bn = Bolsa económica de la oferta de cada licitador

Bmax = Bolsa económica de la mayor oferta

La fórmula a su juicio presenta un error ya que no establece una limitación máxima, lo que permite adulterar el resultado del concurso, pues si uno de los ofertantes estableciese que la bolsa económica de su oferta es ilimitada, estaría consiguiendo 20 puntos frente a los del resto de participantes.



Y esto es lo que habría ocurrido en el caso, en el que, en términos del informe del órgano de contratación, *“La valoración del Criterio 2.1 SUBSANACIÓN DEFECTOS DE OCA no se establece la posibilidad de oferta desproporcionada en los pliegos de cláusulas administrativas por lo que la aplicación de la fórmula da como resultado 20 puntos para el licitador EULEN SA y 0,08 para el licitador KONE ELEVADORES SA en el lote 2, por tanto no se excluye a ninguna oferta.”*

Insiste adicionalmente el informe del órgano de contratación en que trascurrido el periodo de licitación no se había interpuesto recurso alguno contra los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establecían las condiciones que debían regir la contratación, reflejándose en ellos los criterios de adjudicación y la forma de cálculo de la valoración, por lo que el recurso debería haberse interpuesto a los pliegos que sirven de base a la adjudicación, que fueron publicados el 20 de diciembre de 2018.

Sexto. El recurso se basa pues en que, por aplicación de la fórmula establecida en los Pliegos respecto de la oferta de subsanación de los defectos de la OCA en el lote 2, con hasta 20 puntos sobre 100 totales posibles, aspecto para el que la adjudicataria ha ofrecido una cantidad desmesuradamente elevada de 5.000.000 de euros, muy superior a las ofertadas por las restantes licitadoras (10.200, 20.000 y 4.000) y muy superior también a la cantidad ofertada por la propia recurrente para el servicio de mantenimiento, con lo que se habría producido una distorsión total de las puntuaciones al asignarse a la adjudicataria el total de los 20 puntos y una minoración exagerada de los asignados a otros licitadores. Por su parte, el órgano de contratación, aunque admite que la redacción de la cláusula citada, sin establecerse límite alguno para el número de horas ofertadas, puede producir una desfiguración desproporcionada de los efectos perseguidos, considera que, al no tratarse de un supuesto de nulidad de pleno derecho y no haberse recurrido los Pliegos en su momento oportuno, no cabe tampoco admitir ahora, con ocasión de la adjudicación, una impugnación indirecta y extemporánea de los Pliegos, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieran firmeza. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 y otras resoluciones de este Tribunal -178/2013, 17/2013, 45/2013 y



613/2018, entre otras- al señalar que *“el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo ,especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía”*.

El artículo 50 LCSP contempla la posibilidad de impugnar los pliegos, de forma excepcional, al disponer que *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, **sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho**”*.

Pues bien, en el presente caso la cuestión a resolver es precisamente la de decidir si nos encontramos ante un supuesto de nulidad radical que permitiera la anulación de la adjudicación teniendo en cuenta que la oferta presentada por la adjudicataria de cinco millones de euros para solventar o subsanar los defectos que pudieran detectarse tras la revisión de un organismo de control como la OCA, que no deja de ser una prestación accesoria respecto de las principales del contrato, puede considerarse una oferta real y cumplible o, por el contrario, debe entenderse que se trata más bien de una oferta imposible presentada con el único objeto de acaparar los 20 puntos asignados a este criterio de adjudicación e imposibilitar al mismo tiempo la obtención de ningún punto por los restantes licitadores que han ofertado un número de horas muy inferior (10.200, 20.000 y 4.000 euros respectivamente), siendo asimismo también la bolsa ofertada por este concepto diez veces superior a la ofertada por la propia adjudicataria para la prestación principal de mantenimiento.

Y a este respecto creemos que hay pocas dudas en cuanto a la imposibilidad total de que el importe de la bolsa ofertado por la subsanación de las posibles deficiencias detectadas tras la inspección pueda nunca ser realmente empleado ni exigido por la Administración,



encontrándonos por tanto ante un evidente **fraude de ley** con el que, al amparo de una norma o cláusula contractual, se persigue un fin claramente contrario al ordenamiento jurídico que, en el caso de los contratos públicos, es siempre la selección de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración (art. 1,1 Ley 9/2017 CSP). Entendemos por ello que, al ser la oferta presentada en este aspecto un acto fraudulento e imposible de cumplir, la aceptación por la Administración de la oferta presentada y la consiguiente adjudicación del contrato, implica un supuesto de nulidad de pleno derecho encuadrable dentro del art. 47,1 c) de la Ley 39/2015 como acto de “**contenido imposible**”, e incurso en causa de nulidad de Derecho Civil en cuanto servicio imposible que no puede ser objeto de contrato (artículo 1.262 del CC en relación con el artículo 43 de la LCSP), ni por ello aceptada dicha oferta, que debe determinar su anulación con independencia de que el Pliego no haya sido previamente impugnado, pues la imposibilidad de cumplimiento de la oferta debe determinar por sí sola la anulación de la adjudicación efectuada.

Pero es que, además, entendemos también que, al venir determinada la resolución de adjudicación del contrato por la dicción literal de la cláusula controvertida, se debe considerar dicha cláusula nula de pleno derecho al propiciar con su falta de topes máximos de saciedad, que puedan presentarse, como así ha ocurrido en el supuesto analizado, ofertas desmesuradas e imposibles que desvirtúen por completo los fines perseguidos por la contratación pública, en especial el de selección de la oferta económicamente más beneficiosa para la Administración, lo que conlleva la anulación de dicha cláusula y de todo el procedimiento de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D.J.B.M. en representación de KONE ELEVADORES, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 del procedimiento “*Servicio de mantenimiento de los elevadores de diversos centros del Departamento de Salud Valencia Hospital General*”, Expediente L-SE-08-2019, convocado por el Consorcio Hospital General Universitario de Valencia, anulando el acto recurrido y el criterio 2.1, “Subsanación de defectos



OCA”, del apartado LL1 del Cuadro de Características del PCAP, contenido en el Anexo I del pliego, lo que determina la anulación de todo el procedimiento de adjudicación.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.