



Recurso nº 004/2013 C.A Islas Baleares 002/2013

Resolución nº 065/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, 6 de febrero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. V.J.P.S., en representación de EULEN, S.A. y de EULEN SEGURIDAD, S.A., contra la adjudicación del contrato, al que concurren en compromiso de UTE, del servicio de vigilancia y control de accesos del Hospital Son Llàtzer (expediente FHSLL 69/2012), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Fundación Hospital Son Llàtzer, convocó, mediante anuncio publicado en el perfil de contratante y en el Boletín Oficial de Illes Balears, licitación por procedimiento abierto para la contratación del "*Servicio de vigilancia y control de accesos del Hospital Son Llàtzer*", con un valor estimado de 3.830.122,89 euros, a la que presentó oferta, entre otras, la empresa ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo dispuesto en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), en las demás normas de desarrollo aplicables en materia de contratación y

en las instrucciones internas en materia de contratación de la Fundación Hospital Son Llàtzer.

Tercero. El Director Gerente de la Fundación Hospital Son Llàtzer, acordó el día 18 de diciembre de 2012, la adjudicación del servicio a la UTE MEVISA / USM (en adelante, *UTE adjudicataria*). La oferta de esta empresa tuvo 94,61 puntos, de los que 40,33 corresponden a los criterios no valorables mediante fórmula. La recurrente quedó en segundo lugar con 89,16 puntos, de los que 34,16 corresponden a esos criterios. El acuerdo de adjudicación fue notificado el 19 de diciembre de 2012.

Cuarto. Contra el indicado acuerdo de adjudicación interpuso recurso especial en materia de contratación EULEN, S.A., mediante escrito recibido en este Tribunal el 4 de enero de 2013. Manifiesta la recurrente que la notificación de adjudicación y la información complementaria facilitada, carece de motivación suficiente y, además, la valoración de los criterios subjetivos, relativos a la oferta técnica y mejoras propuestas, se ha hecho de forma arbitraria y contraria a lo establecido en el Pliego de cláusulas administrativas (PCAP). Solicita que se revoque el acuerdo de adjudicación, se reconozca su mejor derecho a resultar adjudicataria y, subsidiariamente, se anule el procedimiento de adjudicación.

Quinto. El 14 de enero de 2013 se remite el expediente a este Tribunal, acompañado del informe del Director Gerente del Hospital Son Llàtzer, donde estima que *“no procede entrar en la cuestión de fondo del recurso y decidir sobre las cuestiones sobre las actuaciones planteadas en el procedimiento dado que..., el órgano de contratación se extinguió día 1/1/2013”*.

Sexto El 17 de enero de 2013 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las otras licitadoras para formular alegaciones. Así lo ha hecho, en el plazo habilitado, MEVISA, empresa que forma parte de la UTE propuesta como adjudicataria.

Séptimo. El Tribunal, mediante acuerdo de 10 de enero de 2013, decidió el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de contratación, conforme a lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP, lo que notificó a la recurrente y al órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación en la licitación de un contrato de servicios comprendido en la categoría 23 del anexo II del TRLCSP. Aunque no sujeto a regulación armonizada, su valor estimado es superior a 200.000 euros por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40.1.b) del TRLCSP.

Segundo. La competencia para resolver el recurso, corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 5 del artículo 41 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a la competencia de este Tribunal respecto de la pretensión de la recurrente de que se reconozca la adjudicación del contrato a su favor. Como hemos señalado en resoluciones anteriores (como referencia la 191/2012, de 12 de septiembre), la función del Tribunal es *“exclusivamente una función revisora de los actos recurridos..., pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, es decir, del órgano de contratación al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical...”*. Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente deriva de su condición de licitadora. En la interposición del recurso se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP citado.

Cuarto. La pretensión de EULEN, S.A. se fundamenta en que la notificación de adjudicación y la documentación complementaria facilitada, no motivan el acuerdo ni resumen las características y ventajas de la proposición del adjudicatario.

Considera también que al ser su oferta la más económica debió recibir, de acuerdo con lo establecido en el PCAP, 60 puntos y no los 55 asignados.

Argumenta, por último, que la valoración de las “mejoras” se ha hecho de forma arbitraria: se emplean tramos de valoración sin fundamento y no previstos en el pliego; se incluye entre las mejoras la “*conexión de alarma*” que no estaba considerada en el pliego; establece un límite de 300 horas para la “*bolsa de horas*”, que no figura en el pliego; en la “*bolsa de horas*” se dan 5 puntos por una oferta de 1.000 horas de vigilantes, mientras que la adjudicataria recibe 3 por una bolsa de 150 horas; en los “*elementos de seguridad*”, a la oferta de EULEN, S.A. valorada en 6.798,22 euros se le otorgan 0 puntos, mientras la oferta de la adjudicataria se valora con el máximo de 10 puntos, “*sin que hasta la fecha sepamos a qué obedece esa diferencia*”; por último, la “*conexión de alarma*” de la adjudicataria recibe 10 puntos y la de EULEN, S.A. 7, “*sin ofrecer explicación alguna*”.

Quinto. En su informe, el órgano de contratación no argumenta nada sobre las cuestiones alegadas por la recurrente y se limita a considerar que, a partir de 1 de enero de 2013, la fundación pública hospitalaria “*Fundación Hospital Son Llatzer*” ha sido absorbida por el *Servicio de Salud de las Illes Balears*, como se advertía en la cláusula Y del PCAP. Propone “*desestimar el recurso interpuesto... por no corresponder la entidad jurídica actual del Hospital Son Llàtzer, con la entidad que lo licitó en su día y anular el expediente iniciado por la Fundació Hospital Son Llàtzer*” (sic).

Por su parte, MEVISA considera que el recurso debe ser inadmitido o, subsidiariamente, desestimado. Entiende que la notificación de adjudicación tiene motivación suficiente y que los criterios de valoración aplicados son los consignados en los pliegos por lo que, si no se impugnaron en su momento, ahora no puede la recurrente oponerse a su aplicación. Considera también que la puntuación está correctamente aplicada, dentro de la discrecionalidad técnica que tiene la mesa.

Sexto. La propuesta de desestimación que formula el órgano de contratación carece de fundamento. La licitación se realizó cuando la *Fundación Hospital Son Llàtzer* tenía personalidad propia. El hecho de que se haya extinguido e integrado en el Servicio de Salud de las Illes Balears, no afecta ni a la formulación del recurso ni, obviamente, a la resolución que se adopte puesto que este Servicio de Salud se ha subrogado en los derechos y obligaciones de la fundación pública. Así se recoge también en el propio

PCAP que en la *cláusula Y* de “Observaciones” señala, “*las fundaciones públicas hospitalarias son absorbidas por el Servicio de Salud de las Illes Balears. Dicha absorción surtirá efectos a partir de 1 de enero de 2013, y, como consecuencia, el Servicio de Salud de las Illes Balears se subrogará, a partir de dicha fecha, en todos los derechos y obligaciones de la fundación pública hospitalaria*”.

Séptimo. La notificación de adjudicación se limita a señalar que se ha adjudicado a la *oferta que resulta económicamente más ventajosa* lo que, desde luego, no responde al deber de motivación exigido por el artículo 151.4 del TRLCSP.

La información complementaria facilitada a la recurrente, recoge la puntuación otorgada a su oferta y a la de la UTE adjudicataria, los criterios donde radican las ventajas de la proposición del adjudicatario y, parcialmente, las características de ésta. Aun con las deficiencias que analizaremos más adelante, le permite a la recurrente conocer las razones por las que se ha preterido su oferta y, en conjunto, proporciona información suficiente para interponer, como así lo ha hecho, recurso suficientemente fundado. Podemos concluir, por tanto, que con esta información complementaria se cumplen las exigencias del artículo 151.4 del TRLCSP citado.

Octavo. Antes de analizar las restantes alegaciones de la recurrente, examinaremos las propias disposiciones del PCAP respecto a los criterios a valorar para determinar la oferta económicamente más ventajosa. De acuerdo con el “*Cuadro de criterios de adjudicación del contrato*”, los criterios, por orden decreciente según la ponderación, y las fórmulas o pautas para valorar son:

1. **Oferta económica: máximo 55 puntos.**

Se otorgarán **60 puntos** a la mejor oferta económica, al resto de licitadores se aplicará la siguiente fórmula, siempre que no superen el máximo de licitación:

$$\text{Puntuación: } 55 \times \frac{\text{Importe de la oferta más económica}}{\text{Importe de la oferta a valorar}}$$

2. **Adecuación técnica: hasta 20 puntos**

Programa de trabajo, plan de formación continua a los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales o cualquier otra relacionada con la vigilancia, disponer de centro de formación, posesión de certificados de calidad: ISO 9001, ISO 14001...

3. **Servicios complementarios y mejoras: hasta 25 puntos**

Se valorarán mejoras como: bolsa de horas, elementos de seguridad, mantenimiento de CCTV...

En la puntuación de la oferta económica es contradictorio que se otorguen 60 puntos a la mejor oferta con que el máximo se fije en 55 puntos, lo que coincide con la ponderación del criterio económico y con el valor máximo deducible de la aplicación de la fórmula: 55 en ambos casos. Parece evidente que hay una errata en el PCAP y que donde dice “*Se otorgarán 60 puntos...*”, debería decir “*Se otorgarán 55 puntos...*”.

Sobre la valoración de las ofertas técnicas, este Tribunal en numerosos casos (como referencia en la Resolución 80/2012, de 30 de marzo) ha expresado que a los criterios evaluables en función de juicios de valor les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, lo que implica que el análisis del Tribunal debe limitarse a los aspectos formales de la valoración o examinar si se ha incurrido en errores o aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios.

La impugnación de la recurrente se refiere a la aplicación de criterios arbitrarios que, junto las disposiciones de los pliegos relativas a las mejoras, examinamos en los fundamentos siguientes.

Noveno. El PCAP se limita a enumerar, sin carácter exhaustivo, el tipo de mejoras a tomar en consideración transcrito en el fundamento anterior, sin indicar nada sobre los criterios para valorarlas.

En la cláusula 15 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), en cambio, se precisa más el contenido y se dan algunas pautas para la valoración de las mejoras:

“15 Mejoras

Las empresas licitadoras pueden ofrecer mejoras o complementos no exigidos en este pliego. Para poder valorarlas y compararlas entre ellas, dichas mejoras deben estar valoradas económicamente. El Hospital se reserva el derecho de invertir el importe ofertado, en otra mejora que determine o considere más necesaria para el Hospital, en el momento de su ejecución. También se tendrá que especificar si dichas mejoras, al término de la relación laboral, quedan en propiedad del contratante.

En caso de que las empresas adjudicatarias hubieran ofertado alguna inversión como mejora, el adjudicatario tendrá tres meses para realizarla / entregarla. Estos tres

meses empezarán a contar desde el día de notificación por parte del contratante de que pueden proceder a su realización / entrega.

Se puntuará con 0 puntos todas aquellas mejoras que no aparezcan valoradas o con detalle explícito si al término de la relación laboral quedan en propiedad del contratante.

El Hospital valorará positivamente mejoras como:

Bolsa de horas: deberá especificarse la cantidad de horas, tanto para la vigencia del contrato, como para cada una de sus prórrogas. La gerencia del hospital se reserva el derecho de decidir donde y cuando se emplearán dichas horas, según las necesidades del momento.

Elementos de seguridad: equipos o instalaciones que se consideren necesarias para mejorar el servicio. Los equipos deben ser compatibles con los que hay instalados.

Mantenimiento de CCTV: mantenimiento preventivo y correctivo de sistema de CCTV instalado actualmente en el Hospital o inversión de mejora del mismo”.

Las cláusulas transcritas del PCAP y del PPT, no especifican los criterios para la asignación de la puntuación atribuible a las mejoras: sólo indican la puntuación máxima (25 puntos), pero no su reparto entre los distintos tipos de mejoras que -sin carácter exhaustivo- , se indican. Estas carencias facilitan que, como alega la recurrente, en los criterios aplicados en la valoración se hayan seguido pautas no justificadas:

- El informe de valoración opta por repartir la puntuación máxima entre los distintos tipos de mejoras de manera arbitraria. Le da el doble de puntuación a los *elementos de seguridad* y a la *conexión de alarma* que a la *bolsa de horas* o el *mantenimiento de CCTV*, sin tener en cuenta que, como señala la cláusula transcrita del PPT, las mejoras, “*para poder valorarlas y compararlas entre ellas,... deben estar valoradas económicamente*”
- Limita a 300 horas el máximo a valorar en la bolsa de horas, sin tener en cuenta lo que señala también el PPT relativo a que “*el Hospital se reserva el derecho de invertir el importe ofertado, en otra mejora que determine o considere más necesaria para el Hospital*”. Esta cláusula permitiría que el

importe de las horas no necesarias se destinaran a otra finalidad, sin justificarse, por tanto, una limitación no establecida en los pliegos.

- Incluye como mejora a valorar la *conexión de alarma*, no mencionada en los pliegos, no valorada económicamente y sin justificar tampoco los criterios de puntuación seguidos.
- En los elementos de seguridad se indica que se puntúan según la autovaloración presentada por cada licitador, de forma proporcional, otorgando el máximo de puntuación a la mejor oferta. La oferta de la recurrente recibe 0 puntos, aunque en su oferta incluyó mejoras por importe significativo en este apartado.

Todo ello pone de manifiesto que en la valoración de las mejoras se ha incurrido en arbitrariedad. Corresponde analizar a continuación si esa arbitrariedad tiene su origen en una insuficiente concreción en los pliegos de los criterios a aplicar y en la no fijación de reglas de ponderación o subcriterios, en cuyo caso hemos de considerar si los pliegos incurren en un vicio de nulidad.

Décimo. Ante supuestos similares, en numerosas resoluciones de este Tribunal se ha declarado la improcedencia de la aplicación de ese tipo de cláusulas. Como referencia, en la Resolución 69/2012, con apoyo doctrinal detallado -Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis-, se concluía que en un procedimiento de licitación, no se pueden fijar *a posteriori* reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación no establecidos en el pliego y que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho “... *porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta*”.

Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente los subcriterios y pautas a aplicar para la valoración de las mejoras, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los

principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

Al declarar la nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, es obligado declarar también la nulidad del proceso de licitación, puesto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria), *“los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”*. Y concluye que *“La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”*.

Todo ello conlleva a la estimación del recurso con expresa declaración de nulidad de la adjudicación y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre la plasmación en los pliegos de los criterios y subcriterios para una correcta apreciación de las mejoras que presenten las empresas licitadoras.

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. V.J.P.S., en representación de EULEN, S.A. y de EULEN SEGURIDAD, S.A., contra la adjudicación del contrato, al

que concurrieron en compromiso de UTE, del servicio de vigilancia y control de accesos del Hospital Son Llàtzer y anular el proceso de licitación.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo art. 45 del TRLCSP.

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 47.5 del TRLCSP.

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 Autónoma de Illes Balears, en el plazo 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.