

ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI

RESOLUCIÓN 51/2016

EB 2016/029

Resolución 051/2016, de 19 de abril de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por HOSTELCO, S.L. contra el desistimiento del procedimiento de contratación respecto de los lotes 1 a 5 del contrato que tiene por objeto “El suministro, entrega e instalación de cocinas integrales, maquinaria y complementos de cocina para centros públicos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia dependientes del Departamento de Educación, Política lingüística y Cultura”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 22 de febrero de 2016 tuvo entrada en el registro del el recurso especial en materia de contratación interpuesto por HOSTELCO, S.L. contra el desistimiento del procedimiento de contratación respecto de los lotes 1 a 5 del contrato que tiene por objeto “El suministro, entrega e instalación de cocinas integrales, maquinaria y complementos de cocina para centros públicos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia dependientes del Departamento de Educación, Política lingüística y Cultura”.

SEGUNDO: El expediente junto con el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) fue remitido a este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el día 29 de febrero de 2016.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados el día 10 de marzo de 2016, no se ha recibido ninguna.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación de HOSTELCO, por haber participado en la licitación de los lotes 1 a 5, y la representación de Doña M.G.R. que actúa su nombre.

SEGUNDO: Son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: En cuanto al objeto del recurso, el acuerdo de desistimiento del procedimiento de adjudicación de los lotes 1 a 5 del contrato que tiene por objeto el suministro, entrega e instalación de cocinas integrales, maquinaria y complementos de cocina para centros públicos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia dependientes del Departamento de Educación, Política lingüística y Cultura, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (Resolución 20/2014) que «El artículo 40.2 TRLCSP no menciona expresamente este acto entre los susceptibles de recurso especial. Sin embargo, este Órgano entiende que una interpretación coherente y finalista de la norma, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia, conduce a entender que se trata de un acto incluido en el ámbito de este recurso. 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 ellos, 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.»

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

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

SEXTO: En síntesis, la impugnación se fundamenta en los siguientes argumentos:

a) Inexistencia de causa justificativa del desistimiento pues no se produce la infracción insubsanable de las normas de preparación del contrato que exige el artículo 155 del TRLCSP, pues la Mesa de contratación puede solicitar los informes técnicos que estime precisos para realizar la valoración, tal y como expresamente contempla los artículos 160 TRLCSP y 25.2 del Real Decreto 817/2009, y la Mesa de contratación asumió el contenido de dicho informe técnico al proceder, inmediatamente después de dar a conocer su contenido a las licitadores concurrentes, a la apertura de las ofertas económicas (sobre B). Si uno cualquiera de los miembros de la Mesa de contratación hubiera tenido un criterio dispar al expresado en el informe o si hubiera estimado insuficiente el tiempo del que dispuso para examinar las ofertas técnicas, debiera haberlo puesto de manifiesto en la sesión convocada y retrasado la apertura de las ofertas económicas. Por tanto, no existe infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento en que basar el desistimiento.

b) Examinadas las actuaciones desarrolladas en el expediente, no puede adivinarse el motivo por el cual las integrantes de la Mesa de contratación habrían mostrado disconformidad con la puntuación otorgada en el informe técnico de fecha 13 de noviembre de 2016.

c) El desistimiento regulado en el art. 155.4 del TRLCSP se refiere a la concurrencia de infracciones procedimentales que puedan producir indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de los licitadores, pero no puede ser utilizado para alcanzar el objetivo frontalmente opuesto al perseguido por la Ley, invocando una infracción inexistente para, una vez conocido el resultado del procedimiento de licitación, desistir del mismo. De aceptarse esta decisión, se estaría admitiendo la posibilidad de que la Administración desista del procedimiento de licitación una vez hechas públicas todas las ofertas y conocida la puntuación obtenida por cada una de las empresas licitadoras, alegando no haber dispuesto del tiempo suficiente para valorar las ofertas, para a continuación volver a someter el contrato a licitación, con beneficio de unas empresas frente al correlativo perjuicio de las que habrían resultado adjudicatarias. Se quiebran, por tanto, los principios de igualdad de trato, transparencia y objetividad y no discriminación.

SÉPTIMO: El poder adjudicador, por su parte, solicita la desestimación del recurso sobre la siguiente base:

a) El poder que acompaña al recurso especial (general para pleitos) ha sido otorgado por el representante de una persona jurídica, no constando el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones según los estatutos que les sean de aplicación y resultando de aplicación analógica el art. 45 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que habrá que solicitar la acreditación de este requisito para admitir a trámite el recurso.

b) La emisión de un informe técnico no supone vinculación de la Mesa de contratación al criterio o valoración que pueda emitirse en dicho informe. En el presente caso, asistieron a la sesión celebrada el 16 de noviembre de 2015 tres miembros de la Mesa de contratación, todos ellos con derecho a voto, por lo que en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 25 del RD 817/2009, hubiera sido necesario una votación al respecto.

c) Hay un hecho indubitado y que queda claramente acreditado en el expediente administrativo y es que la apertura del sobre B se realizó sin que dos de los tres miembros de la Mesa de contratación hubieran podido analizar el informe de valoración del sobre C junto con la documentación presentada por los licitadores en estos sobres. De haber dispuesto de la documentación de los sobres C y del informe de valoración con suficiente antelación, se hubiera procedido a la petición de un nuevo informe pero, al no haber acontecido así los hechos, nos encontramos ante una infracción no subsanable y el desistimiento es la única solución jurídica que permite conservar aquellas actuaciones no afectadas por la infracción, sin quebrantar el principio de igualdad de trato y no discriminación entre empresas.

d) El rechazo al contenido del informe técnico se fundamenta en la no conformidad con la valoración y puntuación que se otorgan a las tres licitadoras, tal y como se plasma en el acta de la sesión en la que se acuerda el desistimiento parcial. Las razones de ello son que, debiendo presentarse una memoria técnica con el desglose de subcriterios que se contempla en la página 13 de la carátula, el índice utilizado por HOSTELCO, al no coincidir con el de la carátula, no permite localizar y valorar de forma clara la mayoría de los subcriterios del apartado 2, mientras que las otras dos licitadoras se habían ajustado perfectamente a los subcriterios contemplados en la carátula. La segunda razón es que, en el subcriterio referido a la formación de los trabajadores de las cocinas, se asignan dos puntos a la oferta de HOSTELCO y otros dos puntos a la de ETXELAN, cuando la oferta de ésta última es claramente más completa y se ajusta de un mejor modo a lo exigido. Al comprobar por parte de los integrantes de la mesa de contratación que se quiebran los márgenes de la discrecionalidad técnica, la única actuación conforme a derecho y sujeta al principio de legalidad es la de desistir parcialmente de la adjudicación. Esta motivación se ha notificado transcribiendo parcialmente las actas y, en todo caso, se halla expresada en las actas que obran en el expediente.

e) Resulta intrascendente que en el momento en que se acuerda el desistimiento se haya procedido a la apertura de las ofertas económicas pues se debe estar a la finalidad de esta figura que es el beneficio de la eficacia de la actuación administrativa, pues no tiene sentido continuar un procedimiento de licitación que infrinja la Ley ni tampoco demorar en exceso la revisión de la actuación ilegal.

f) La decisión fue adoptada tras sopesar si existía algún modo de continuar con el procedimiento garantizando el principio de igualdad, concluyéndose que:

(i) la infracción no afecta a los lotes 6 a 11 (ii) no hay un acto administrativo firme que permita acudir a la revisión de oficio (iii) la convalidación de la infracción cometida es contraria al art. 67.4 de la LRJPAC (iv) la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su informe 45/12, de 21 de marzo de 2014 y en relación a un supuesto similar se pronuncia a favor del desistimiento (vi) se descartó la posibilidad de pedir un segundo informe técnico.

OCTAVO: El poder adjudicador plantea una cuestión de índole procedimental consistente en supeditar la admisibilidad a trámite del recurso a la acreditación por parte del recurrente del documento exigido en el art. 45.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, consistente en el acuerdo del órgano competente de la persona jurídica en el que se refleje la concreta decisión de interponer el recurso.

El art. 44.4 TRLCSP establece los documentos que deben acompañar al recurso y, entre ellos, figura el documento que acredite 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 tanto el TRLCSP como el reglamento que desarrolla el procedimiento de revisión de decisiones en materia de contratación sobre el documento al que se refiere el art. 45.2.d) de la Ley 29/1998, unido a que, de conformidad con el art. 46.1 del TRLCSP, el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá también por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, norma que tampoco exige este requisito, permite concluir que la presentación del referido documento no es preceptiva para la interposición del recurso especial.

NOVENO: En relación con el desistimiento este OARC/KEAO en su Resolución 31/2013 ha manifestado que el desistimiento es una potestad reglada y, por ello, ha de estar fundado en razones objetivas basadas en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. En consecuencia, procede analizar si nos hallamos ante una infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato que únicamente pueda ser obviada a través del desistimiento del contrato y, para ello, se expone la relación de hechos en los que se basa el desistimiento:

a) Sesión de la Mesa de contratación del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura de 16 de noviembre de 2015.

En esta sesión, documentada por el correspondiente acta, suscrita por la Presidenta y por la Secretaria del órgano colegiado y cuyo orden del día, por lo que a esta Resolución interesa, consistía en la apertura de los sobres B (oferta económica y criterios de valoración automática) de las licitadoras que, concurrentes a los cinco primeros lotes no sean objeto de exclusión conforme al informe emitido por el servicio promotor, y que, por tanto, continúan en el expediente de contratación. Dicha acta manifiesta que «Las exclusiones acordadas y el resultado de la evaluación de los criterios dependientes de un juicio de valor, se contemplan en el informe que con fecha 13 de noviembre de 2015 ha sido emitido por el responsable de régimen interior del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura y cuyo contenido hace suyo la Mesa de Contratación.

(...)» y, a continuación se consigna el resultado del informe técnico de valoración y la apertura del sobre B de todas las empresas, a excepción de las excluidas.

b) Sesión de la Mesa de contratación del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura de 14 de diciembre de 2015.

En esta fecha se reúne nuevamente la Mesa de contratación figurando como uno de los puntos del orden del día de dicha sesión «proceder a la rectificación del acta de apertura de los sobre B, proponer el desistimiento parcial del procedimiento de licitación que se sigue bajo el nº de expediente SU/31/15, en concreto, desistir de la licitación respecto a los lotes referidos a cocinas integrales (lotes 1 a 5) (...)» En el acta la Secretaria de la mesa de contratación expone los hechos, consistentes, resumidamente, en que el día 16 de noviembre de 2015, con dos horas de antelación a la sesión de apertura del sobre B, se pone a disposición de los miembros del órgano colegiado el contenido de los sobres C

“Criterios cuya aplicación requiere de un juicio de valor”, no dando tiempo a analizar ni cotejar las memorias presentadas en el sobre C con las puntuaciones otorgadas en el informe. Con posterioridad, la Presidenta y la Secretaria del órgano colegiado proceden a analizar el contenido de las memorias con el informe técnico y concluyen que, de haber podido realizar el análisis con anterioridad, ambas hubieran rechazado la puntuación otorgada en el informe. Es por ello que el acta de la sesión de apertura del sobre B de 16 de noviembre de 2015 debe ser rectificada o aclarada en el sentido de contemplar que la Mesa hace suyo el informe de valoración de 13 de noviembre de 2015 en cuanto a las exclusiones, no habiéndose analizado por todos los integrantes de la mesa de contratación las propuestas presentadas en el sobre C. Asimismo, la Mesa de contratación, por unanimidad propone al órgano de contratación el desistimiento del procedimiento de adjudicación de los lotes 1 a 5 por considerar que concurre una infracción consistente en no valorar en su debido momento, y por todos los integrantes de la Mesa de contratación, las memorias presentadas en el Sobre C, mostrando su conformidad o no con la puntuación contenida en el informe de 13 de noviembre de 2015, tal y como exige el art. 25.2 del RD 817/2009, siendo evidente que una nueva valoración, a posteriori, infringiría claramente lo dispuesto en el artículo 30.2 del RD 817/2009.

Del acta mencionada en la letra a) anterior no se deduce la supuesta infracción legal a la que se refiere la segunda sesión de la Mesa; en particular, no consta incidencia sobre el momento en el que se dispuso del informe técnico, ni observación o voto discrepante alguno sobre su alcance y contenido. Por el contrario, sí se aprobó el citado informe (la Mesa lo “hace suyo”, sin matización alguna), de cuyo resultado (incluyendo las puntuaciones de cada oferta) se dio cuenta y aclaración a los asistentes. Es decir, se trata de las actuaciones habituales y legalmente previstas en esta fase del procedimiento de adjudicación y, desde luego, no aparece ninguna irregularidad procesal o formal que vicie de invalidez dicho procedimiento, mucho menos que sea insubsanable. Llegado este punto, la rectificación operada en la sesión de 14 de diciembre de 2015 no es una nueva evaluación de la validez de un acto administrativo, sino una contradicción de hechos que ya figuran en un acta anterior y que tienen la relevancia que les concede haber sido difundidos en sesión pública. Consecuentemente, por imperativo del principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP), no es posible continuar el procedimiento ignorando dichos hechos, o pretendiendo contradecirlos. Asimismo, la seguridad jurídica se vería afectada si el valor probatorio de un documento público como es el acta de la sesión de un

órgano colegiado (artículos 1.216 y 1.218 del Código Civil) pudiera desmentirse posteriormente por otro emitido por el mismo órgano administrativo.

A diferencia de lo que alega el poder adjudicador, este OARC/KEAO considera que no son aplicables al supuesto que nos ocupa la sentencias, resoluciones de tribunales administrativos de resolución de recursos contractuales e informes de juntas consultivas de contratación administrativa aportados, pues en todos ellos concurre una infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato que, en el supuesto que nos ocupa, este Órgano considera que no concurre.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por HOSTELCO, S.L. contra el desistimiento del procedimiento de contratación respecto de los lotes 1 a 5 del contrato que tiene por objeto el suministro, entrega e instalación de cocinas integrales, maquinaria y complementos de cocina para centros públicos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia dependientes del Departamento de Educación, Política lingüística y Cultura y ordenar la retroacción hasta el momento anterior a la propuesta de desistimiento de dichos lotes efectuada por la mesa de contratación en sesión de fecha 14 de diciembre de 2015, debiendo retomarse el procedimiento con la evaluación de los criterios de adjudicación sujetos a fórmulas.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

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.