

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 193/2014

ORDINARIO

SENTENCIA NUMERO 147/2015

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

En Bilbao, a treinta y uno de marzo de dos mil quince.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 193/2014 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución 7/2.014, de 20 de Enero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la C.A.E, que desestimó, con imposición de multa por temeridad, el recurso de esa clase interpuesto contra los pliegos de condiciones administrativas particulares del denominado "servicio de transporte de productos hemoterápicos, tejidos biológicos y productos análogos, personal, documentación de gestión, refrigerio para donantes y pequeño aparataje del Centro Vasco de Transfusión y Tejidos Humanos", integrado en el SVS/ Osakidetza; quedando registrado dicho recurso con el número 193/2014.

Son partes en dicho recurso:

- DEMANDANTE : AGENCIA DE TRANSPORTES TRANSFERBI S.A., representada por la Procuradora Doña ISABEL APALATEGUI ARRESE y dirigida por el Letrado Don DIEGO ALEJANDRO ESPINOSA MONES.

- DEMANDADA : OSAKIDETZA, representada por el Procurador Don GERMÁN ORS SIMÓN y dirigida por la Letrada Doña SUSANA RODRÍGUEZ CARBALLEIRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El día 25 de marzo de 2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña

ISABEL APALATEGUI ARRESE actuando en nombre y representación de AGENCIA DE TRANSPORTES TRANSFERBI S.A., interpuso recurso contencioso- administrativo contra la Resolución 7/2.014, de 20 de Enero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la C.A.E, que desestimó, con imposición de multa por temeridad, el recurso de esa clase interpuesto contra los pliegos de condiciones administrativas particulares del denominado "servicio de transporte de productos hemoterápicos, tejidos biológicos y productos análogos, personal, documentación de gestión, refrigerio para donantes y pequeño aparataje del Centro Vasco de Transfusión y Tejidos Humanos", integrado en el SVS/Osakidetza; quedando registrado dicho recurso con el número 193/2014.

SEGUNDO

En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO

En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO

Por [Decreto de 6 de octubre de 2014](#) se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO

Por resolución de fecha 10 de marzo de 2015 se señaló el pasado día 12 de marzo de 2015 para la votación y fallo del presente recurso.

SEXTO

En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

I

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

Se dirigen las pretensiones del presente proceso contra la Resolución 7/2.014, de 20 de Enero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la C.A.E, -en acrónimo, OARC, que desestimó, con imposición de multa por temeridad, el recurso de esa clase interpuesto por la sociedad mercantil ahora recurrente contra los pliegos de condiciones administrativas particulares del denominado "servicio de transporte de productos hemoterápicos, tejidos biológicos y productos análogos, personal, documentación de gestión, refrigerio para donantes y pequeño aparataje del Centro Vasco de Transfusión y Tejidos Humanos", integrado en el SVS/Osakidetza.

El recurso jurisdiccional promueve pedimentos escalonados, el primero de los cuales aspira a la declaración de nulidad de los pliegos del servicio en cuestión, limitándose el de carácter subsidiario a que se declare la improcedencia de la sanción impuesta.

En torno a la pretensión principal se recuerda que el concurso para contratar dicho servicio mediante procedimiento abierto, se había de regir por cláusulas y bases técnicas publicadas el 14 de noviembre de

2.013, y el servicio tenía por destino todos los hospitales públicos de la CAPV y algunos privados, con un presupuesto estimado en dos ejercicios de 488.319,88 # (a razón de 244.159 # anuales), con eventuales prórrogas que duplicaban el mismo.

Se prosigue indicando que, pese a la política de ahorro de los últimos años, se establecieron criterios de adjudicación basados en parámetros sujetos a juicios de valor, que suponían un 80 por 100 del total, frente a tan solo un 20% según fórmulas objetivas, del que un 18% es atribuido al precio de la proposición, primando así criterios subjetivos contrarios a los principios de la legislación contractual e inusualmente desproporcionados en el sector público de la salud que, como empresa transportista conocería la actora, a cuyo fin aporta documentos 1 a 5 relativos a pliegos de concursos similares en que los criterios basados en precio o fórmulas objetivas se situaban entre el 55 y el 80 por 100. Planteada la cuestión ante el órgano competente de manera sencilla y legítima, dio lugar a que, más allá de su desestimación, se le impusiese una multa por una actuación que en caso alguno podría tacharse de temeraria o de mala fe, que no ha paralizado el procedimiento, ni ha causado perjuicio a tercero.

En la fundamentación en derecho se hace cita y transcripción de diversos preceptos y principios de la [LCSP](#) 30/2.007, de 30 de Octubre, -arts. 1^º, 194 y 195 -, junto a alusión a las directivas

europneas, (2004/18/CE y 2004/17/CE), sus principios y evolución, destacando que deriva la necesidad de que la entidad contratante adecúe la modalidad de licitación sin que quepa la ausencia parcial o total de la misma, contraria a los arts. 43 o

49 TCE, o a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, que se trasladan al [TRLCS](#), todo lo cual sería pertinente a la vista de la línea de actuación anterior de la Administración convocante, en que primaban sobremanera los criterios objetivos basados en fórmulas sobre los subjetivos que ha sido alterada sustancialmente en este caso.

La representación procesal de Osakidetza centra su oposición en lo que dispone el [artículo 150](#) del [TRLCS](#), que transcribe en sus dos primeros párrafos, y en la existencia en el caso de la intervención del Comité de Expertos que en ellos se previene, con citas del TJUE respecto a la inexigencia de que tan solo los factores económicos determinen la adjudicación -STPICE de 25 de Febrero de 2.003-, mencionando igualmente la Sentencia de la Sala de este orden de Canarias nº 883/2.004, de 12 de Noviembre.

SEGUNDO

Hay que destacar que el fundamento de la pretensión adolece de una notable genericidad que le falta asimismo la precisión normativa que permitiese perfilar inequívocamente la cuestión suscitada. La convocatoria o los pliegos de condiciones o bases técnicas de un concurso no infringirán todos y cada uno de los principios en la materia, capítulos legales o disposiciones que la disciplinen de manera plena, si no se ofrece una perspectiva selectiva y razonada de cuáles y en qué medida quedan aquellos afectados en su aspiración y finalidad.

Ahora bien, si no puede decirse por ello que la recurrente haga un análisis jurídico-administrativo concluyente, si se extrapola al menos de entre los planteamientos de cierta vaguedad que formula, que lo que se cuestiona es que la entidad contratante base su decisión con una tan escasa incidencia de la proposición económica frente a otros criterios de apreciación mediante juicios de valor que, además de inusual y contradicha por numerosos precedentes de su ámbito, conduzca a una falta de objetividad y transparencia en la adjudicación en riesgo de la igualdad de todos los concurrentes.

Ante esto, la respuesta de la parte demandada va en línea con lo que, también de forma muy esquemática, argumentaba el Fundamento Séptimo de la Resolución del OARC, entendiéndose que el artículo 150.2 TR, pese a la preferencia legal por los criterios automáticos y su necesaria mayor ponderación, permite la otra posibilidad de que se base en apreciaciones subjetivas si es que la valoración se encomienda a un comité independiente .

Siendo así, y quedando de este modo circunscrito el objeto de debate entre partes, por más que la reacción de rechazo y sancionadora del órgano de resolución de recurso pudiera venir propiciada por el tono "puramente retórico" que atribuye al recurso en dicha vía, la impugnación de los pliegos no deja de contar con pleno fundamento a criterio de esta Sala.

En efecto, el [artículo 150.2](#) del Texto Refundido de la [LCSP](#) aprobado por [Real Decreto Legislativo 3/2.011, de 14 de Noviembre](#), dice al respecto, con subrayados nuestros, que;

" Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos . Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos."

Sin embargo, esa formulación legal no puede entenderse -y así lo hace la parte demandada y el propio OARC-, como un mera disyuntiva a adoptar según libre opción del poder adjudicador convocante, de manera que sea mera facultad suya sustituir el predominio de los criterios matemáticos por los que no lo son con solo establecer que la valoración la realizarán expertos externos al órgano proponente del contrato.

El sentido de la disposición es muy diferente y hasta antagónico a lo que la Resolución recurrida interpreta, pues antes de que entre en juego esa medida complementaria de garantía externa, deberá ya contar con fundamento propio el que la clara decantación legal por los criterios de valoración mediante fórmulas sea dejada de lado, sobre todo si lo hace del modo particularmente llamativo con que en este caso se produce. Se afirma por ello que la Administración ignora el referido precepto si se aparta de la preponderancia que el mismo establece sin una justificación específica y razonable, y ese fundamento tendrá que ser tanto más estricto en la medida en que, como en este caso ocurre, ese apartamiento llegue hasta límites que prácticamente dejan enteramente a la decisión de un comité la adjudicación del contrato sin verdadera incidencia de los factores cuantitativos de las proposiciones.

De ahí que sea el propio artículo 150.3 el que, con indudable aportación sistemática, ofrezca ya pautas legales para lo que es simplemente, "la valoración de más de un criterio", y que dice que procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos: "

- a. Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.
- b. Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.
- c. Aquéllos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

- d. Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.
- e. Contratos de gestión de servicios públicos.
- f. Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- g) Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- h. Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos."

En este caso, nos remitimos a la criterios de valoración de las ofertas que indicaba la Carátula del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, en que la valoración económica -por cada 1% de rebaja del precio máximo del concurso- alcanzaba un máximo de 18 puntos, con 2 puntos más por sistema de gestión medioambiental. mientras que se atribuyen 70 puntos al criterio de "calidad", y 10 a "otras mejoras", -folios 38 y 39 del expediente-, y a la vista de estos criterios básicos resplandece cuán lejos está de posibilitar el artículo 150, en su diversos apartados, tal estructura de criterios de valoración.

Se trata precisamente de un contrato de servicios que tiene por objeto el transporte de pequeños objetos y aparatos en unos recorridos fijos, predeterminados y de precio cierto que se especifican en las Prescripciones Técnicas de los folios 21 a 31, y que se sujeta a unas condiciones inmodificables por el contratista, a la vez que es el personal del Centro Vasco de Transfusiones el que dirige, prepara los contenedores y da instrucciones sobre tiempos, traslados y posibles derramamientos, sin manipulación alguna por el transportista y con neveras camping, contenedores, etc... que también pone a diaria disposición el referido Centro Vasco, y es ajeno a toda previsión normativa, -se reitera lo que señala el artículo 150.3.g)-, que pueda ser excepcional materia de valoración predominante por un denominado comité de expertos, marginándose en cambio los criterios de valoración económica de cara a su adjudicación.

Aunque no sea determinante en esta caso, no puede dejarse tampoco de aludir a que ese Comité de Expertos que se menciona en el apartado 32 de la carátula, -folio 40-, incluye a tres personas cuya cualificación o cargo no consta, pero una al menos de las cuales, -Don José María Sánchez Pagalday-, coincide con quien aparece como autora de las Prescripciones Técnicas. -Folio 31-, siendo las otras dos, vocales de la propia Mesa de Contratación del Centro Vasco de Transfusión y Tejidos Humanos que promueve y

gestiona el contrato. -Folio 14-.

Por tanto, más allá de cual fuera incluso la mayor o menor adecuación de los otros contratos tomados como referencia y modelo por la parte recurrente, de que se aporta documentación a los folios 49 a 84 de estos autos, y de los que se separa notablemente el ahora combatido, los pliegos impugnados infringen dicha previsión legal y han de ser jurisdiccionalmente anulados.

TERCERO

La estimación del recurso en lo principal comporta la preceptiva imposición de costas a la parte demandada, - artículo 139.1-, si bien, atendidas las características fundamentadoras del recurso antes expuestas, se considera procedente reducirlas al 50 por 100 de las que procedan de acuerdo con el artículo [242, apartados 4 y 5 LEC](#), tal y como faculta el apartado 3 del referido [artículo 139 LJCA](#) . A efectos de eventuales recurso contra la presente sentencia se precisa que la cuantía del presente proceso resulta plenamente determinable de acuerdo con los artículos 41.1 y 42.1.a) de la LJ, y debe cifrarse en la suma o tipo económico máximo del contrato de 488.319,88 #.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso del pleito, la Sala, (Sección Primera), emite el siguiente,

FALLO

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA ISABEL APALATEGUI ARRESE EN REPRESENTACIÓN DE "AGENCIA DE TRANSPORTES TRANSFERBI, S.A" FRENTE A LA RESOLUCIÓN 7/2.014, DE 20 DE ENERO, DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI, RECAIDA EN EXPEDIENTE DE REFERENCIA EB 2013/116, SEGUIDO CONTRA LOS PLEIGOS DEL CONTRATO DE SERVICIO DE TRANSPORTE DE PRODUCTOS HEMOTERÁPICOS -Y OTROS ARRIBA ESPECIFICADOS- DEL CENTRO VASCO DE TRANSFUSIÓN Y TEJIDOS HUMANOS DE OSAKIDETZA/SERVICIO VASCO DE SALUD, Y DECLARAMOS DISCONFOME A DERECHO Y ANULAMOS DICHA RESOLUCIÓN, Y ANULAMOS IGUALMENTE LOS REFERIDOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES EN EL EXTREMO AFECTANTE A LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN IMPUGNADOS, CON PRECEPTIVA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA, EN LA PROPORCIÓN DEL 50 POR 100 A QUE SE REFIERE EL F.J. TERCERO DE LA PRESENTE.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno, sin perjuicio de lo cual, las partes podrán interponer los que estimen pertinentes. Conforme dispone [artículo 104](#) de la [LJCA](#), en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en

el fallo. Hágase saber a la Administración que en el plazo de DIEZ DÍAS deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se dejará testimonio completo en estos autos nº 193/2.014, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe en Bilbao, a 31 de marzo de 2015.