



EB 2014/60

Resolución 72/2014, de 15 de julio de 2014, del 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 empresa Leica Microsistemas, S.L.U. frente a la adjudicación del Acuerdo Marco “Selección de empresas suministradoras para la adquisición del equipamiento de investigación y docencia”, tramitado por la Universidad del País Vasco (UPV – EHU), lote 2”.

I: ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de junio de 2014 la empresa Leica Microsistemas, S.L.U. interpuso recurso especial frente a la adjudicación del Acuerdo Marco “Selección de empresas suministradoras para la adquisición del equipamiento de investigación y docencia”, tramitado por la Universidad del País Vasco (UPV – EHU).

El propio 13 de junio de 2014 se trasladó el recurso a la UPV – EHU. El expediente contratación tuvo entrada en este Órgano el 18 de junio de 2014. Consta en la documentación remitida el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCSP)

SEGUNDO: Con fecha 20 de junio de 2014 se solicitaron desde el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administración Organoa (en



adelante, OARC/KEAO) alegaciones a los interesados, no recibíéndose ninguna.

II: FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que:

«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

Mientras que el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

«a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.»

En el expediente se acredita la legitimación del recurrente y la representación de Don M. C.F. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Se trata de un acuerdo marco de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que está incluido en el ámbito del recurso especial en materia de contratación (artículo 40.1 a) del TRLCSP).

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.



QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la UPV tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración pública (artículos 3.1 c), 3.2 c) y 3.3 a) del TRLCSP).

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Se alega arbitrariedad en la aplicación del porcentaje de descuento, que figura como criterio de adjudicación, en el que el recurrente ha obtenido 16,67 puntos. En concreto, la Mesa no ha utilizado los parámetros recogidos en los Pliegos, y se desconoce la base sobre la que se ha calculado el descuento.

b) Se ha valorado incorrectamente el criterio de asistencia post – venta; a la recurrente se le asignaron 5 puntos cuando, de acuerdo con la fórmula prevista en los Pliegos, le correspondían 10.

c) Se ha valorado incorrectamente el criterio referido al plazo de garantía, pues no se ha tenido en cuenta dicho plazo, sino la extensión sobre el plazo de garantía obligatoria.

d) Todo lo anterior implica que vulnerado la igualdad entre los licitadores en la valoración de las proposiciones y que concurren causas de nulidad.

e) Finalmente, se solicita la nulidad del acto o que se proceda a la revisión de la aplicación de los criterios.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Los Pliegos especifican claramente que se debe ofertar un descuento genérico aplicable a todos los suministros que puedan solicitarse a las futuras empresas seleccionadas; ello es consecuente con la lógica de un acuerdo marco que selecciona empresas proveedoras y no equipamientos concretos.



Respecto al precio sobre el que debe calcularse el descuento, la propia literalidad del criterio establece que el descuento ha de ser genérico.

b) En cuanto a la valoración del plazo de garantía, se señala que la carátula establece una garantía mínima de dos años, la cual es requisito mínimo para la aceptación de las ofertas. Dicho plazo mínimo puede ampliarse por los licitadores; otorgar puntuación a un plazo marcado como requisito mínimo desvirtuaría el criterio y desincentivaría a las empresas que se esfuerzan en aumentarlo.

c) Se acepta que la valoración de la asistencia post – venta debió puntuarse con 10 puntos y no con 5 puntos, pero ello no altera el sentido de la adjudicación, puesto que la recurrente seguiría sin ser una de las ofertas económicamente más ventajosas.

d) No existe causa alguna de nulidad.

OCTAVO: El primer motivo de impugnación del recurso es la valoración del criterio “Porcentaje de descuento”, ponderado con 50 puntos. La descripción del criterio, clasificado como sujeto a evaluación mediante una fórmula, en el apartado 30 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) es la siguiente:

«las licitadoras podrán ofertar un porcentaje de descuento genérico aplicable a todas las compras, sin perjuicio de otras rebajas que pudieran negociarse en cada procedimiento individualizado de compra.

El mayor porcentaje de rebaja obtendrá la mayor puntuación. El resto de ofertas se valorarán atendiendo a la siguiente fórmula:

$$P = (RL * MAXP) / RA$$



Siendo:

P = puntos a obtener.

MAXP = máximo de puntos.

RL = rebaja ofertada por el licitador.

RA = rebaja ofertada más alta.»

Se observa que la fórmula no especifica cuál es la base sobre la que deben calcularse las rebajas expresadas en las magnitudes RL y RA, cuestión que tampoco aclara el informe técnico que fundamenta la adjudicación, que sólo señala el porcentaje de descuento considerado para cada oferta y la puntuación que le corresponde. El análisis de los pliegos tampoco sirve para conocer la citada base; el apartado 3 de la carátula del PCAP señala el “presupuesto base de licitación” distribuido por lotes (al lote 2 le corresponden 152.000 euros más IVA), puntualizando que “este presupuesto orientativo podrá verse disminuido o aumentado en función de las necesidades existentes.” Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), además de no contener una información mínimamente suficiente sobre las características de los equipos, carece de cualquier referencia al número estimado de unidades que se van a adquirir o al precio máximo de cada una de ellas (artículo 68.1 b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), por lo que no es posible saber a qué se refiere el modelo de oferta, que pide que los licitadores ofrezcan un descuento por lote. En resumen, no consta en toda la documentación contractual ningún dato que permita averiguar en base a qué precio se calcula el porcentaje de descuento al que se refiere la fórmula. El informe del órgano de contratación tampoco lo aporta: simplemente, se afirma en él que la propia literalidad del criterio indica “que el descuento ha de ser genérico, así como el objeto o la lógica del acuerdo marco”. No se entiende a qué se refiere dicho carácter genérico, pero desde luego no ayuda a encontrar la cifra sobre la que se calculan los porcentajes de descuento. Tampoco se entiende la mención al objeto y la lógica del acuerdo marco, cuyo procedimiento de adjudicación es el



generalmente aplicable a cualquier otro contrato (artículo 197.1 TRLCSP), con independencia de que, además, el acuerdo marco deba contener los criterios de adjudicación de los contratos de él derivados (198.4 e) TRLCSP), obligación que, por cierto, no se cumple en los pliegos analizados, que además permiten una negociación que el TRLCSP no contempla (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, “Comisión contra España”).

Por todo ello, hay que concluir que la citada indeterminación del precio contractual se extiende a la aplicación del criterio “Porcentaje de descuento”, pues, a pesar de figurar una fórmula matemática formalmente correcta para puntuar las propuestas en función de los porcentajes de descuentos ofertados, no consta la base sobre la que éstos se calculan. Ello impide que el criterio pueda aplicarse conforme a los principios de igualdad y transparencia (Artículos 1 y 139 TRLCSP), pues se permite que el poder adjudicador introduzca un elemento que los licitadores no tienen manera de conocer, como es la base sobre la que se calcula el porcentaje de descuento. Llegados a este punto, se advierte que la ilegalidad en la actuación administrativa no se deriva de una aplicación errónea del criterio tal y como se define éste en los Pliegos (porque tal definición no existe), sino de su propia configuración original, que facilita la actuación arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato del órgano de contratación.

NOVENO: A la vista del fundamento anterior, debe concluirse que el criterio “Porcentaje de descuento” incurre en nulidad de pleno derecho (artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). Si bien una reiteradísima doctrina legal y jurisprudencial sostiene que los pliegos son ley del contrato (en el sentido de que son la norma que rige la licitación) una vez que, como en este caso, sus cláusulas no han sido impugnadas en tiempo y forma, no es menos cierto que este principio cede en los casos de los vicios de nulidad de pleno derecho que provocan que los actos sucesivos basados en ellos incurran, necesariamente,



en arbitrariedad. Ése es precisamente el caso: no existe ninguna aplicación posible del criterio que no sea arbitraria porque el poder adjudicador siempre puede elegir libremente y sin sujeción a límites previamente marcados la base sobre la que se calcula el descuento, de modo que se posibilita la discriminación entre licitadores (ver, por ejemplo, la resolución 129/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Debe hacerse notar que la irregularidad no radica tanto en la cláusula que contiene el criterio (apartado 30.2 de la carátula del PCAP), en principio correcta considerada aisladamente, sino en su consideración conjunta con unos Pliegos que no describen suficientemente la prestación en aspectos relevantes para comprender el criterio, como el número de unidades estimado o el precio máximo por unidad, magnitudes de las podría haberse deducido la controvertida base del descuento (de hecho, ni siquiera se especifica cuáles son los bienes objeto del contrato).

DÉCIMO: La declaración de nulidad de un criterio conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, resolución 129/2013 del TACRC); según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «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.» Consecuentemente, la estimación del recurso y la declaración de nulidad deben acompañarse de la anulación de lo actuado y, en su caso, del reinicio del procedimiento de adjudicación excluyendo de los pliegos las estipulaciones nulas. En razón del principio de congruencia (artículo 47.2 TRLCSP), el pronunciamiento afecta únicamente al lote 2.



UNDÉCIMO: Debiendo reiniciarse el procedimiento por la causa señalada en los fundamentos jurídicos anteriores, no es preciso entrar en los otros motivos de impugnación, que como mucho llevarían a efectuar una nueva valoración. No obstante, debe observarse que el error en la valoración del servicio post – venta está admitido por la propia Administración en su informe y que la cuestión de la valoración del plazo de garantía ya fue objeto de la Resolución 65/2014 de este Órgano señalando que debe entenderse “que los parámetros GL y GA se refieren, respectivamente, a la garantía ofertada por el licitador y a la garantía ofertada más alta y no a las ampliaciones sobre la garantía mínima exigida.”

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Leica Microsistemas, S.L.U. frente a la adjudicación del lote 2 del Acuerdo Marco “Selección de empresas suministradoras para la adquisición del equipamiento de investigación y docencia”, tramitado por la Universidad del País Vasco (UPV – EHU)”, anulando todo el proceso de licitación y declarando la nulidad del criterio de adjudicación “Porcentaje de descuento”, apartado 30.2.1.1 de la carátula del PCAP, y del Pliego de Prescripciones Técnicas.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.



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.

Vitoria-Gasteiz, 2014ko uztailaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de julio de 2014