EB 2016/023

Resolución 042/2016, de 5 de abril de 2016, 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 BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. frente a la adjudicación del contrato de "Servicio de mantenimiento, control de acceso a instalaciones deportivas de Palatu y Frontón Jai Alai, impartición de cursos deportivos y fomento del empleo", tramitado por el Ayuntamiento de Zuia.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 18 de febrero de 2016, la empresa BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. (en adelante, BPPXPORT) interpuso recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del contrato de "Servicio de mantenimiento, control de acceso a instalaciones deportivas de Palatu y Frontón Jai Alai, impartición de cursos deportivos y fomento del empleo", tramitado por el Ayuntamiento de Zuia.

SEGUNDO: El mismo día de su entrada se solicitó al órgano de contratación el expediente del contrato y el informe al que hace referencia el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales tuvieron entrada en el registro del 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 4 de marzo.

TERCERO: El día 15 de marzo se trasladó el recurso a los interesados para que formularan alegaciones, recibiéndose las de la empresa AITEKOMANAGEMENT, S.L (en adelante, AITEKO), adjudicataria impugnada, con fecha 18 de marzo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don B. B.P. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de dicha Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

CUARTO: El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma. No es aceptable la alegación de AITEKO de que el recurso está fuera de plazo por haberse interpuesto superado el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado (artículo 44.2 TRLCSP). Este Órgano ha venido entendiendo (ver, por ejemplo, la Resolución 137/2015) que la remisión que marca el inicio del cómputo solo se produce cuando la documentación ha iniciado su traslado efectivo hacia el destinatario y no con el alta en el registro de la salida del documento, pues, de otro modo, el plazo de interposición del recurso quedaría íntegramente en manos del poder adjudicador, que tendría en su mano, por un lado, iniciar el plazo simplemente con dicha alta y por otro, demorar su entrega real retrasando las actuaciones necesarias para su envío efectivo; ello perjudicaría ilegítimamente al interesado, que vería mermado el tiempo del que dispone para preparar e interponer el recurso. Por ello, la interpretación más consecuente con el efecto útil del recurso (ver, por ejemplo, la sentencia del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28/1/2010, asunto C-406/08, “Uniplex**”,**ECLI:EU:C:2010:45) es considerar que la remisión se efectuó el 2 de febrero de 2016, fecha en la que la documentación se encontraba ya en poder del operador postal que iba a ejecutar su entrega, según consulta del código del envío (CD0107089652) en la web del operador postal. Consecuentemente, la interposición del recurso el día 18 de febrero de 2016 debe considerarse en plazo.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Zuia tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La redacción de los criterios de adjudicación relativos a la oferta económica y la contratación de personal empadronado (apartado 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) asigna la máxima puntuación a la oferta más baja y 0 puntos a las que no ofrecen ninguna baja de licitación, asignándose al resto de las proposiciones una puntuación proporcional en base a una ley lineal. Sin embargo, la fórmula prevista no cumple con la función proporcional y lineal; es más, es una regla de tres inversa cuyos tramos de puntos en ningún caso pueden ser linealmente proporcionales. En concreto, la fórmula establecida, y que fue aplicada por la Mesa de Contratación, es la siguiente:

> «POX=(POMB/PrOX)*Z
> POX=Puntuación Ofertada X
> POMB=Precio Oferta Más Baja
> PrOX=Precio Oferta X
> Z=ponderación, puntos (30, 10 y 10 según el criterio).»

Por el contrario, la fórmula que debió aplicarse por ser la acorde con los pliegos es la siguiente:

«Vi= Z*[(PBL-Pi)/(PBL-Pmin)]

Vi= Valoración de la oferta “i”

Z= Ponderación, puntos (30, 10 y 10, según el criterio)

PBL= Precio Base Licitación

Pi= Precio de la oferta a valorar

Pmin= Precio de la oferta más económica presentada.»

b) La anterior interpretación es la que se deriva de un análisis conjunto de los pliegos (artículo 1.285 del Código Civil), debiendo dar prioridad a al criterio expresado literalmente, frente al recogido aisladamente en la fórmula, y es asimismo conforme con el principio de transparencia.

c) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad de la adjudicación y la rectificación de la valoración de las propuestas presentadas.

SÉPTIMO: AITEKO se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) La contradicción entre la literalidad de los pliegos y la fórmula, que fundamenta el recurso, debió haber sido puesta de manifiesto en su momento mediante la impugnación de los pliegos y no ahora, cuando el recurrente ya sabe que no ha resultado adjudicatario.

b) La fórmula contenida en el apartado 12 del PCAP no contradice la literatura anterior, pues se dice que se aplicará el criterio de puntuación según ley lineal, que otorgará la puntuación máxima (30 puntos) a la oferta cuya baja sea la mayor de las proposiciones presentadas 0 puntos a la que no baje nada; por lo tanto, la aplicación proporcional de la fórmula lo es únicamente para las restantes ofertas, no entrando en dicho cálculo ni la oferta que haya obtenido la puntuación máxima de 30 puntos ni la de 0 puntos, pues dichas ofertas ya son valoradas con criterio lineal.

c) El recurrente no solo pretende una contradicción en los pliegos que no existe, sino que pretende sustituir la fórmula aplicable por otra distinta, lo que es inaceptable.

d) Se considera que no es aceptable considerar la aplicación de la fórmula establecida en el PCAP como un error material que puede subsanarse; tal subsanación sería una alteración sustancial de un acto administrativo ya perfeccionado.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador solicita la estimación del recurso y la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la valoración de la documentación referente a los criterios cuantificables mediante fórmulas. En este sentido, entiende que se trata de un error material, pues no se ha aplicado correctamente la cláusula 12 del PCAP, porque aunque se ha otorgado la máxima puntuación a las mejores ofertas, el resto de ofertas no se ha valorado en proporción directa a la baja de cada una sobre el presupuesto base de adjudicación. De hecho, la práctica habitual del Ayuntamiento es establecer solo la parte literaria, y el error se produce al añadir una fórmula incorrecta.

NOVENO: El recurrente discute la aplicación de los siguientes criterios automáticos:

«Criterios cuantificables por fórmulas: hasta 50 puntos

- Oferta económica: hasta 40 puntos, desglosado de la siguiente forma:

1. Se valorará hasta un máximo de **30** puntos la cantidad ofertada a la baja respecto al tipo señalado para el servicio de mantenimientos, gestión y control de acceso de las instalaciones y fomento del empleo. Se aplicará el criterio de puntuación según ley lineal, que otorgará la puntuación máxima (30 puntos) a la oferta cuya baja sea la mayor de las proposiciones presentadas (IVA excluido) y 0 puntos a la que no baje nada, asignándose a las demás ofertas los puntos de forma proporcional.

2. Se valorará hasta un máximo de **10** puntos la cantidad ofertada a la baja respecto al tipo señalado como precio unitario para los cursos de actividades deportivas; se aplicará el criterio de puntuación según la ley lineal, que otorgará la puntuación máxima (10 puntos) a la oferta cuya baja sea la mayor de las proposiciones presentadas (IVA excluido) y 0 puntos a la que no baje nada, asignándose a las demás ofertas los puntos de forma proporcional.

– Contratación de personal empadronado en el municipio; en función de la jornada laboral contratada (Nº de horas) un máximo de **10** puntos, se asignará la máxima puntuación a quien más jornada contrate (Nº de horas contratadas), 0 a quien no se comprometa a contratar a nadie, asignándose a las demás ofertas los puntos de forma proporcional.

La fórmula utilizada para la valoración de ambos criterios es la siguiente:

POX=(POMB/PrOX)*Z
POX=Puntuación Ofertada X
POMB=Precio Oferta Más Baja
PrOX=Precio Oferta X
Z=ponderación, puntos (30, 10 y 10 según el criterio).»

En síntesis, el recurrente sostiene que existe una contradicción entre la descripción “literaria” de los criterios de adjudicación y la fórmula establecida en los pliegos que debe resolverse aplicando una fórmula distinta de esta última, la cual sí sería, en su opinión, respetuosa con la citada literalidad, lo que resolvería la contradicción. Es oportuno recordar que los criterios sujetos a fórmulas a los que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP son criterios referidos a características mensurables que se caracterizan por aplicarse mediante la operación automática de una fórmula previamente definida, careciendo el poder adjudicador de discrecionalidad alguna, pues estos criterios no están sujetos a apreciación. Por ello, su descripción consecuente y precisa es la expresada mediante una fórmula en el lenguaje simbólico formal propio de las matemáticas, al que no le afectan las ambigüedades de sentido consustanciales al lenguaje literario. No obstante, la descripción literaria es

también válida si la redacción es tan certera que permite la aplicación unívoca del criterio sin subjetividad alguna (ver, por ejemplo, la Resolución 120/2015 del OARC / KEAO). En el presente caso, el órgano de contratación ha optado por la utilización combinada de ambos sistemas y, a juicio de este OARC / KEAO, esa decisión ha generado una contradicción e incertidumbre sobre el auténtico alcance de los criterios de adjudicación.

Por lo que se refiere a los criterios de valoración del precio, se ha establecido un baremo “según ley lineal” que otorga la máxima puntuación a la mejor oferta y 0 puntos a la que licita al tipo. Esa mención a una “ley lineal” implica que tales puntuaciones no son una asignación discrecional, sino el resultado de aplicar una fórmula de la que se sigue una función lineal, siendo la puntuación máxima y mínima los dos valores extremos de dicha función; además, se señala que, para los demás valores (las demás ofertas), la puntuación se asignará “de forma proporcional”, término que debe entenderse en el sentido de que las alteraciones del precio ofertado y las correlativas alteraciones de las puntuaciones varían en una proporción constante. Sin embargo, la fórmula plasmada en el apartado 12 de los pliegos no tiene el mismo significado, pues no representa una función lineal en la que el precio igual al tipo de licitación reciba “0” puntos. Análogo reproche se le puede hacer al criterio relativo a la contratación de personal, con la matización de que, en este caso, la descripción literaria omite la referencia a una ley lineal; sin embargo, en este caso tampoco se cumple que la aplicación de la fórmula dé como resultado que la oferta que no mejore el pliego reciba “0” puntos.

Llegados a este punto, es claro que los criterios no puedes ser calificados como automáticos y no sujeto a apreciación, pues su correcta aplicación requiere que el órgano de contratación elija previamente interpretarlo de uno de los varios modos posibles que, contradictoriamente, se desprenden de la documentación contractual; ello implica la ilegalidad del criterio, por no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 150.2 TRLCSP. Interesa resaltar que la ilegalidad deriva de la propia configuración del criterio, y no de la concreta aplicación que de él ha hecho en este caso el órgano de contratación, pues,

precisamente, es el hecho de que permita varias aplicaciones distintas entre las que hay que elegir lo que lo descalifica como criterio automático; dicho de otra forma, la interpretación seguida en la valoración efectuada es tan incorrecta como cualquier otra, pues lo que no es aceptable es la ambigüedad de un criterio formalmente calificado de automático. Por esta razón, tampoco es aceptable la pretensión del recurrente de que se aplique otra fórmula distinta de la utilizada en el procedimiento, supuestamente más acorde con el sentido de los pliegos, ni es necesario que este Órgano se pronuncie sobre cuál es la más adecuada.

DÉCIMO: Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los pliegos en los que se insertan los criterios debatidos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Los pliegos de la licitación son objeto de un trámite y un plazo diferenciados para la impugnación (artículo 44.2 a) del TRLCSP); la regla general, según una reiteradísima doctrina, es que dicho plazo es preclusivo, de tal modo que los pliegos pasan a ser firmes una vez que ha transcurrido sin que se haya planteado recurso contra ellos, y sin que quepa, con motivo de la adjudicación, alegar los vicios de legalidad de pliegos no impugnados en su momento. De acuerdo con la jurisprudencia europea, esta preclusividad no solo es compatible con el sistema de recursos establecido por la Directiva 89/665, de la que deriva el recurso especial del TRLCSP, sino que necesaria para la completa consecución de los objetivos pretendidos por dicho sistema (ver el apartado 51 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, ECLI:EU:C:2015:166, asunto C-538/13, “eVigilo Ltd”, así como las sentencias que en él se citan). No obstante, este OARC / KEAO ha venido entendiendo (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015) que, con ocasión de la impugnación de la adjudicación, puede declararse la nulidad de una estipulación de los pliegos que no haya sido objeto de recurso en tiempo y forma cuando en dicha estipulación concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho por posibilitar una actuación arbitraria (no solo ilegal, sino arbitraria) contraria al

principio de igualdad (artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común) del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado el poder adjudicador sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad. Debe tenerse en cuenta que, una vez reconocido que la cláusula es en sí misma arbitraria y que cualquier ejecución de la misma lo será igualmente, no tiene sentido que el OARC / KEAO elija una de las posibles interpretaciones de la cláusula para estimar o desestimar la pretensión, pues tal interpretación sería, necesariamente, otra arbitrariedad. Ese es el caso analizado, pues es un criterio supuestamente matemático en el que se introducen apreciaciones subjetivas que permiten al poder adjudicador una libertad adicional para adjudicar el contrato. La sentencia “eVigilo Ltd” antes citada apoya este criterio cuando señala, como excepción a la preclusividad del plazo de interposición del recurso, el caso de las condiciones de licitación cuya ilegalidad solo puede percibirse una vez que se analiza la motivación de la adjudicación, como sucede los criterios excesivamente abstractos.

UNDÉCIMO: La declaración de nulidad es congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP, aunque el recurso únicamente solicite la rectificación de la valoración de las ofertas sosteniendo una interpretación de la cláusula nula alternativa a la aplicada por el poder adjudicador; téngase en cuenta que la declaración de nulidad de pleno derecho y la subsiguiente cancelación y reinicio de la licitación mejoran la posición jurídica individual del recurrente, que pasa de ser licitador excluido o no adjudicatario a operador económico que puede presentar una oferta en el nuevo procedimiento que previsiblemente vaya a iniciarse en sustitución del cancelado, por lo que no hay “reformatio in peius” y la resolución se percibe por él como una estimación parcial.

DUODÉCIMO: La declaración de nulidad de los criterios de adjudicación conlleva la de todo el proceso de licitación (Resolución 92/2013 del

OARC/KEAO). 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.» Todo ello conlleva a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre los criterios declarados nulos.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L.U. frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento, control de acceso a instalaciones deportivas de Palatu y Frontón Jai Alai, impartición de cursos deportivos y fomento del empleo”, tramitado por el

Ayuntamiento de Zuia, anulando el acto impugnado, declarando la nulidad de los criterios de adjudicación señalados en el fundamento jurídico noveno y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto 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.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko apirilaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de abril de 2016