



EB 2019/086

Resolución 130/2019, de 8 de agosto, de la 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 BPXPORT XXI, S.L.U. frente los pliegos del contrato “Planificación, prestación, gestión, ejecución, control y evaluación de los programas deportivos en las instalaciones municipales del Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz durante 2019-2020 y 2020-2021”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de mayo de 2019 se recibió 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 recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BPXPORT XXI, S.L.U. (en adelante, BPXPORT) frente los pliegos del contrato “Planificación, prestación, gestión, ejecución, control y evaluación de los programas deportivos en las instalaciones municipales del Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz durante 2019-2020 y 2020-2021”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria Gasteiz.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación, este Órgano remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó la copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 23 de mayo.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1QWN-XHJF bilagailua erabiltza, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1QWN-XHJF en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 23/2019, de 29 de mayo, este OARC/KEAO acordó suspender el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

QUINTO: Con fecha 10 de julio de 2019, mediante la Resolución E-I 002/2019, la Titular del OARC / KEAO concedió a los interesados un trámite de audiencia por el plazo de cinco días hábiles para que alegaran lo que estimaran oportuno en relación con la cuestión apreciada por el OARC/KEAO, pero no alegada ni por la recurrente ni por la interesada, referida a que en la fórmula impugnada, que valora el criterio de adjudicación Precio del contrato, las ofertas que superan el 7% de porcentaje de baja obtienen puntos adicionales ilimitadamente, llegando a obtener más puntos de los que corresponden con la ponderación máxima nominal del criterio de adjudicación cifrado en 50 puntos. En respuesta a este trámite, con fecha 12 de julio, se recibieron las alegaciones del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y el 17 de julio las de la empresa recurrente BPXPORT XXI, S.L.U.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. B.B.P., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

De acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP, el contrato es susceptible de recurso especial.



TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al artículo 44.2.a) de la LCSP son impugnables los pliegos y los demás documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece una fórmula de valoración del precio como criterio de adjudicación que prevé que las bajas de licitación superiores al 7% no obtengan puntuación adicional, considerando todo lo que exceda de ese umbral como baja temeraria; el recurrente alega que ello es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa y que se está tratando de suplir el procedimiento que debe preverse para apreciar la anormalidad o desproporción de la oferta.
- b) La lista de personal con derecho a subrogación en la plantilla del nuevo contratista no aporta datos sobre el salario bruto de cada trabajador, lo que dificulta la preparación de la oferta y es contrario al artículo 130 de la LCSP.



c) Finalmente, se solicita la anulación de los pliegos y la publicación de unos nuevos pliegos, en los términos expresados en el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) No es cierto que los pliegos impugnados establezcan un umbral de temeridad para todas las bajas que superen el 7% de descuento respecto del precio de licitación; por el contrario, el punto 6º de la carátula del PCAP se remite a los criterios objetivos establecidos en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

b) La LCSP no se refiere, como alega el recurrente, a la oferta económicamente más ventajosa; se alega que el criterio precio no equivale necesariamente al precio más bajo y que pueden establecerse límites a las reducciones de precios para garantizar la calidad de la prestación y para desincentivar la presentación de ofertas mediocres o que, siendo teóricamente buenas, no puedan ejecutarse debidamente por haberse ofrecido precios muy bajos. Asimismo, se afirma que el Derecho europeo de la contratación pública no impide establecer un umbral de saciedad, de modo que, una vez superado, las sucesivas bajas de licitación no obtengan puntuación adicional (cuestión distinta es que se oponga a premiar las ofertas cuyos precios más se acercan a una media en lugar de a las más bajas); el hecho de que, según la Directiva 2014/24/UE, incluso pueda preverse que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de modo que los licitadores compitan únicamente en función de criterios de calidad implica que no puede ya afirmarse que sea inadmisibles establecer una fórmula de valoración del precio con umbral de saciedad.

c) Por lo que se refiere a la información sobre subrogación, se alega que el punto 1 de la carátula del PCAP establece que la información de los contratos del personal afectado por la subrogación a la que se refiere el artículo 130 de la



LCSP en el perfil del contratante del Ayuntamiento; en este sentido, en dicho perfil se ha publicado un archivo en el que se incluye el dato del salario bruto anual de cada trabajador.

OCTAVO: Alegaciones efectuadas por las partes en el trámite de audiencia del artículo 119.3 de la LPAC

Las alegaciones efectuadas por las partes en el trámite de audiencia del artículo 119.3 de la LPAC son las siguientes:

a) Alegaciones del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz

La fórmula de valoración del criterio de adjudicación Precio del contrato limita la puntuación máxima a alcanzar en este apartado a 50 puntos. Ello supone que, en los casos en los que el resultado que se obtiene con la fórmula da un valor superior a 50, su puntuación máxima será de 50 puntos.

b) Alegaciones de BPXPORT XXI, S.L.U.

La fórmula, en los términos expuestos por el OARC, otorga más puntos que la puntuación máxima (50 puntos), pero al establecer los pliegos que la puntuación máxima es de 50 puntos, se debe entender que, en ningún caso, se otorgarán más de 50 puntos. No obstante, se insiste en la nulidad de los pliegos pues, si la fórmula se aplica en los términos expuestos por el OARC, se otorgan más puntos que los que se recogen en los pliegos y, si no se aplica como dice el OARC, se aprecia umbral de saciedad.

NOVENO: Apreciaciones del OARC/KEAO

Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre las pretensiones del recurso son las siguientes:



a) Sobre la fórmula impugnada

El recurrente impugna la fórmula de valoración automática del precio como criterio de adjudicación, cuya literalidad (punto 4º de la carátula del PCAP) es la siguiente:

CRITERIO : PRECIO DEL CONTRATO.	Puntuación Máxima: 50 puntos
Para la valoración de este criterio de adjudicación, los licitadores deberán presentar cumplimentado, en el SOBRE 3, el ANEXO X (MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA) Las entidades licitadoras presentarán una propuesta económica al precio del contrato del LOTE 1. La mejora económica (menor precio del contrato) se valorará en función de la siguiente fórmula Valoración de las ofertas. La valoración de las ofertas económicas se realizará en función de los siguientes criterios, atendiendo a: Si el % de la máxima mejora económica es menor del 5% La fórmula a aplicar será: $\text{Puntuación Oferta} = \text{Puntuación máxima} \times (\% \text{ Baja oferta} / 5\%)$ Si el % de la máxima mejora económica es mayor o igual del 5%: La fórmula a aplicar será: $\text{Puntuación Oferta} = \text{Puntuación máxima} \times (\% \text{ Baja oferta} / \% \text{ Baja máxima})$ Siendo: <i>Puntuación oferta</i> = Puntuación de la oferta <i>Puntuación máxima</i> = Puntuación máxima posible a obtener <i>Baja oferta</i> = Porcentaje de baja de la oferta a valorar <i>Baja máxima</i> = Mayor porcentaje de baja de las ofertas presentadas. Cuando el mayor porcentaje de baja ofertado por las ofertas admitidas sea superior a un 7% el valor de este parámetro será 7%.	

Dos son las cuestiones que se la recurrente reprocha a la fórmula que valora la oferta económica: que fije en el 7% el umbral de temeridad y que no otorgue mayor puntuación a las ofertas que sobrepasen dicho umbral.



En lo que respecta a la primera de las cuestiones, de la mera lectura de la fórmula se deduce que no establece ningún umbral de temeridad o anormalidad. Por el contrario, los parámetros de anormalidad figuran expresados en el punto 6º de la carátula del PCAP, por lo que este motivo de impugnación debe ser rechazado.

En lo que concierne a la segunda de las cuestiones, en las alegaciones aportadas al expediente de recurso especial en el trámite otorgado mediante la Resolución E-I 02/2019, de 10 de julio, las partes coinciden, al igual que el OARC/KEAO, que la fórmula impugnada sigue otorgando puntos a medida que los porcentajes de baja aumentan, si bien el poder adjudicador considera que la ponderación máxima establecida en el PCAP para este criterio de adjudicación (50 puntos) opera como un límite máximo de tal manera que en los casos en los que el resultado de la fórmula arrojará un valor superior a 50 puntos, la valoración de la oferta en dicho criterio de adjudicación sería de 50 puntos. Es decir, las partes reconocen que la fórmula carece de umbral de saciedad, pues su aplicación no limita el número de puntos a partir de cierto porcentaje de baja, sino que la infracción denunciada en el recurso deriva de la interpretación que se efectúa del criterio de adjudicación debatido por considerar que la ponderación asignada a este criterio de adjudicación opera como un límite con independencia del resultado que arroje la fórmula.

b) Sobre la fórmula de valoración del precio como criterio de adjudicación

En repetidas ocasiones este OARC/KEAO ha manifestado (ver las Resoluciones 65/2014, 70/2014, 97/2014, 39/2015, 76/2015, 138/2015) que la característica principal de los criterios de adjudicación valorables mediante la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos.



Aplicados estos parámetros al criterio impugnado, a juicio de este OARC/KEAO el recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) El reconocimiento por el poder adjudicador de que (...) en los casos en los que el resultado que se obtiene [*de aplicar la fórmula*] da un valor superior a 50, su puntuación será la máxima: 50 puntos, imposibilita la aplicación automática de la fórmula sin margen de discrecionalidad o interpretación, propia de los criterios sujetos a evaluación mediante fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2015 del OARC / KEAO), pues el poder adjudicador reconoce que va a fijar un límite a su aplicación que no se deriva de la propia fórmula sino de su interpretación en relación con la ponderación máxima asignada al criterio de adjudicación.
- 2) Asimismo se observa que se vulnera la obligación de transparencia, que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate; obligación que (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (ver, en este sentido, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita). Téngase en cuenta que el criterio de adjudicación impugnado no permite a los potenciales licitadores conocer los parámetros con los que se van a evaluar sus ofertas, pues la



aplicación de la fórmula depende de una interpretación del poder adjudicador.

c) Sobre la información del personal a subrogar

La recurrente denuncia la infracción del artículo 130 LCSP por falta de aportación de la información referida al salario bruto del personal a subrogar.

En relación con la información sobre personal a subrogar, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 93/2019), que su finalidad es la de cumplir con el mandato de transparencia impuesto por el artículo 130 de la LCSP en beneficio de los operadores económicos potencialmente interesados en el contrato, que pueden conocer así el coste de la mano de obra con el que deben contar para la preparación de su oferta.

En relación con el alcance de la obligación de informar acerca de las condiciones laborales de la plantilla a subrogar que incumbe a los actuales adjudicatarios del contrato, el párrafo segundo del artículo 130.1 de la LCSP detalla que (...) Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

En el listado publicado como documento anexo al PCAP, que el poder adjudicador alega que contiene la información solicitada por la recurrente, se observa que los datos que figuran en la columna de Salario bruto anual consisten en, bien una remisión genérica al convenio (Lotes 2 y 3 y actividades de yoga y tai-chi), bien un importe/hora (Lotes 1 y 4 y actividades de running, triatlón). Esta información no satisface el contenido del artículo 130.1 de la LCSP que especifica que entre la información que se deberá facilitar en todo caso debe figurar la del salario bruto anual de cada trabajador. Téngase en cuenta que la



finalidad perseguida es la de proporcionar a los licitadores interesados información fehaciente sobre los costes laborales del personal a subrogar, o como especifica el mencionado artículo sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, lo cual únicamente se logrará facilitando la información relacionada en la norma, lo cual es incompatible con una remisión genérica a un convenio o con facilitar información sobre el salario de forma parcial. Estas objeciones no son aplicables al listado facilitado por la Federación Alavesa de Tenis de Mesa, que satisface la pretensión de la recurrente.

Finalmente, procede recordar que al objeto de satisfacer el principio de transparencia (artículo 1 de la LCSP) y la finalidad que persigue el artículo 130 de la LCSP, es obligación del poder adjudicador el verificar el contenido de la información que a este respecto le facilita la empresa que está ejecutando el servicio (ver, en este sentido la Resolución 44/2014).

d) Conclusión

La estimación del motivo de recurso implica la anulación del criterio de adjudicación (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01) y la del documento en el que figura la información relativa a las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, a excepción de la facilitada por la Federación Alavesa de Tenis de Mesa, lo cual supone la cancelación del procedimiento de adjudicación por anularse cláusulas que afectan a la presentación de la oferta y a su valoración.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por BPXPORT XXI, S.L.U. frente los pliegos del contrato “Planificación, prestación, gestión, ejecución, control y evaluación de los programas deportivos en las instalaciones municipales del Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz durante 2019-2020 y 2020-2021”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria Gasteiz, en los términos expresados en el apartado d) del Fundamento jurídico noveno.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé conocimiento a este OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO: 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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko abuztuaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de agosto de 2019