



EB 2019/112

Resolución 140/2019, de 28 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 a los pliegos del contrato “Servicio de socorrismo acuático y de botiquines en la campaña de verano en las instalaciones municipales del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, durante las temporadas 2019-2020 y 2020-2012”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de junio 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 a los pliegos del contrato “Servicio de socorrismo acuático y de botiquines en la campaña de verano en las instalaciones municipales del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, durante las temporadas 2019-2020 y 2020-2012”, 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 27 de junio.





TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 32/2019, de 5 de julio, este OARC/KEAO acordó suspender el procedimiento de adjudicación.

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 8,5% 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 pretensión del recurso consiste en la modificación 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 8,5% 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) BPXPORT es la actual prestataria del servicio y solicitado por el Ayuntamiento su conformidad a una prórroga del contrato ha adoptado la decisión de no aceptarla debido al desequilibrio económico del contrato que está padeciendo la empresa como consecuencia de la subida de las condiciones laborales, lo cual resulta contradictorio con la argumentación de que el contrato se va a adjudicar dependiendo exclusivamente de juicios de valor.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC/KEAO

Dos son las cuestiones que la recurrente reprocha a la fórmula que valora la oferta económica que figura en el punto 4º de la carátula del PCAP: que fije en el 8,5% el umbral de temeridad y que no otorgue mayor puntuación a las ofertas que sobrepasen dicho umbral. La literalidad de la cláusula impugnada, igual para los dos lotes en los que se divide el contrato, 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:	
Puntuación Oferta = Puntuación máxima x (% Baja oferta / 5%)	
Si el % de la máxima mejora económica es mayor o igual del 5%:	
La fórmula a aplicar será:	
Puntuación Oferta = Puntuación máxima x (% Baja oferta / % Baja máxima)	
Siendo:	
Puntuación oferta = Puntuación de la oferta	
Puntuación máxima = Puntuación máxima posible a obtener	
%Baja oferta = Porcentaje de baja de la oferta a valorar	
%Baja máxima = Mayor porcentaje de baja de las ofertas presentadas. Cuando el mayor porcentaje de baja ofertado por las ofertas admitidas sea superior a un 8,5% el valor de este parámetro será 8,5%.	

De la mera lectura de los elementos que componen la fórmula se desprende que ninguno de ellos establece un 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 la alegación de que el límite del 8,5 % opera como un umbral de temeridad de la oferta debe ser desestimada.

El recurso que nos ocupa es idéntico a otro (numerado como EB 2019/086) presentado con anterioridad por la ahora recurrente BPXPORT en relación con otro contrato del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en el que figuraba un criterio automático de valoración de la oferta económica igual en todos sus elementos al ahora recurrido, a excepción del valor del porcentaje de baja máxima en el supuesto que el porcentaje de baja máxima ofertada sea superior al 5 % (en el



pliego impugnado con anterioridad era de un 7% y en el que ahora nos ocupa del 8,5%). En la tramitación del procedimiento de dicho recurso EB 2019/086, observado por este OARC/KEAO, pero no alegada por la recurrente ni por la interesada, que la fórmula impugnada llegaba a conceder puntos adicionales ilimitadamente a las ofertas que superaban el 7% de porcentaje de baja, llegando a obtener más puntos de los que corresponden con la ponderación máxima nominal del criterio de adjudicación cifrado en 50 puntos, se dio trámite de audiencia a las partes, quienes reconocieron que la fórmula carecía de umbral de saciedad, pues su aplicación no limitaba el número de puntos a partir de cierto porcentaje de baja. En el Fundamento jurídico noveno b) de la Resolución 130/2019, por la que se resolvió el procedimiento de recurso especial numerado como EB 2019/086, se efectuaban las siguientes consideraciones al respecto:

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.

Pues bien, en ambos contratos, en el que ahora se examina y en el que fue impugnado en su día, la fórmula opera de igual manera, concediendo puntos adicionales ilimitadamente por encima de la ponderación máxima nominal del criterio de adjudicación impugnado, por lo que las conclusiones y argumentos utilizados en el Fundamento jurídico noveno b) de la Resolución 130/2019 son plenamente aplicables. Consecuentemente, el recurso debe ser estimado, lo cual supone la cancelación del procedimiento de adjudicación por anularse una cláusula que afecta a la valoración de las ofertas efectuadas por los licitadores (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).

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 “Servicio de socorrismo acuático y de botiquines en la campaña de verano en las instalaciones municipales del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, durante las temporadas 2019-2020 y 2020-2012”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria Gasteiz, anulando la fórmula que valora la oferta económica que figura en el punto 4º de la carátula del PCAP y cancelando la licitación.

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 acordada por la Resolución B-BN 32/2019, de 5 de julio.

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 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de agosto de 2019