



EB 2014/023

Resolución 038/2015, de 26 de marzo de 2015, 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 BILUR 2000, S.L., frente a la adjudicación del contrato de “Control de accesos a los aparcamientos para camiones de ZAISA I y ZAISA II”, tramitados por la SOCIEDAD PROMOTORA DE LA ZONA ADUANERA DE IRUN, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 27 de febrero de 2015 BILUR 2000, S.L. (en adelante, BILUR) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del contrato de “Control de accesos a los aparcamientos para camiones de ZAISA I y ZAISA II”, tramitados por la SOCIEDAD PROMOTORA DE LA ZONA ADUANERA DE IRUN, S.A. (en adelante, ZAISA)

El mismo día de la interposición del recurso se solicitó el expediente de contratación a ZAISA. El 5 marzo de 2015 tuvo entrada el expediente junto con el informe al recurso que menciona el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

SEGUNDO: El día 9 de marzo de 2015 se trasladó el recurso a los interesados, sin que en el plazo otorgado se haya recibido alegación alguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de Don J.L. S. de P. E. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros (...)

ZAISA califica el contrato dentro de la categoría 23 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 835.680,00 €. No se trata, por tanto, de un contrato sujeto a regulación armonizada, pero si puede ser objeto de revisión por parte del OARC / KEAO.

TERCERO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso:

«c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes públicos.»

El acto recurrido es el Acuerdo adoptado el 11 de febrero de 2015 por el Consejo de Administración de ZAISA de adjudicación del contrato.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, ZAISA tiene la condición de poder adjudicador, aunque no es una administración pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.3 b) TRLCSP, y el contrato de servicios cuya adjudicación se impugna no se halla sujeto a regulación armonizada. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 TRLCSP, la adjudicación del contrato estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y con sujeción a las instrucciones internas, de obligado cumplimiento, aprobadas por los órganos competentes, en las que se regularán los procedimientos de contratación de forma que garanticen la efectividad de



los principios anteriormente enunciados y que el contrato sea adjudicado a quien presenta la oferta económicamente más ventajosa.

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

a) Denuncia el recurrente que en el procedimiento se ha contravenido lo establecido en el propio pliego, por cuanto que el 12 de diciembre de 2014 se realizó la apertura del sobre “C”, que contenía la documentación relativa a criterios no evaluables mediante fórmulas (subjetivos), y el día 19 de diciembre de 2014 se realizó la apertura del sobre “B”, que contenía la documentación relativa a los criterios evaluables mediante fórmula (objetivos), aunque lo cierto es que en esta última se comunicó y puso de manifiesto que todavía estaban pendientes de leerse la documentación relativa al sobre “C”. De este modo se vulneró lo prevenido en los artículos 150 y 160 del TRLCSP y el pliego, en su apartado XIV.2.- referente a la apertura pública de la oferta.

b) Nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo al “Plan de Trabajo”. Reproduce la letra N y el apartado XV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) donde se describe el criterio de adjudicación dependiente de un juicio de valor denominado “Plan de trabajo y relación de personal”. Afirma que el PCAP hace referencia al Plan de seguridad específico y adecuado a las necesidades en el que se contemplan los aspectos del servicio, pero no establece ningún criterio de valoración de tales aspectos, lo que provoca que el criterio haya quedado totalmente al arbitrio del órgano de contratación, al no haberse determinado la ponderación de cada uno de los aspectos sobre el total de 20 puntos, lo que supone una arbitrariedad que incide en el principio de igualdad. Cita las Resoluciones 52/2013 y 33/2014 de este Órgano Resolutorio. Analiza el sentido de la doctrina de las resoluciones citadas, que examinan asuntos relacionados con criterios de mejoras. Concluye que ante la falta de motivación tanto del acuerdo de adjudicación como de la valoración facilitada por el “Plan de trabajo y relación de personal”, procede que se declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación y, con ello, del Acuerdo del Consejo de Administración de ZAISA de 11 de febrero de 2015.



A continuación, insiste en que cada licitador puede obtener un máximo de 20 puntos, pero que los 7 aspectos a valorar no tienen atribuida una puntuación determinada, que no permite conocer al licitador el peso de cada uno de los diferentes subcriterios que se van a puntuar, de forma que se desconoce si tienen el mismo peso o se puntúan de distinta forma. En su apoyo cita y reproduce la Resolución 575/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC).

c) Falta de información en la explicación de las puntuaciones obtenidas por los licitadores y en el propio acuerdo de adjudicación. Afirma el recurrente que no se expresa en ninguna parte en base a qué criterios y con qué motivación se han otorgado las distintas puntuaciones, lo que causa una absoluta indefensión. Reproduce el artículo 151.4 del TRLCSP, y deduce que la ausencia de motivación le impide interponer un recurso mínimamente fundado. Cita las Resoluciones 92/2012 y 67/2013 del TACRC y las Resoluciones 45/2014 y 30/2013 de este OARC / KEAO.

d) Solicita la anulación del Acuerdo de 11 de febrero de 2015 de Consejo de Administración de ZAISA, así como de todo el procedimiento de licitación, por nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo al “Plan de trabajo”, dado que la mera retroacción de las actuaciones no podría subsanar el vicio absoluto cometido, toda vez que de procederse a una nueva valoración del sobre “C”, ello no impediría que la mesa ya conociese las ofertas económicas.

e) Pide, también, la apertura de prueba testifical en las personas del resto de licitadores para que manifiesten si es cierto que la mesa manifestó el día 19 de diciembre de 2014 que todavía estaba pendiente de leerse la documentación relativa al sobre “C”. Subsidiariamente solicita que en el traslado del recurso a los interesados y se les requiera para que se manifiesten en ese sentido.

SÉPTIMO: ZAISA en el informe al recurso opone los siguientes argumentos:



a) Frente a la pretendida manifestación por parte de la Mesa de contratación de que en el acto de apertura de los sobres “B” todavía estaba pendiente de leerse la documentación relativa al sobre “C”, afirma que no deja de ser una manifestación de parte que no coincide con la realidad.

b) Entiende el poder adjudicador que la declaración de nulidad del criterio de adjudicación relativo al “Plan de trabajo” implica necesariamente la declaración de nulidad de los apartados N y XV de PCAP, nulidad que hubiera precisado la interposición en plazo de un recurso contra los pliegos, cosa que no hizo la recurrente. La falta de impugnación conlleva que los pliegos sean ley del contrato, convalidándose los vicios de invalidez y obligando a las partes del contrato a acatar su contenido. A continuación describe una serie de hechos de la recurrente, de los que deduce que queda vinculada por sus propios actos.

Frente a la pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación, ZAISA defiende que la impugnación del recurrente no tiene encaje en ninguno de los supuestos de los artículos 31 y 32 del TRLCSP y 62.1 de la LRJ-PAC, y que no es de aplicación al caso su tesis de que la ausencia de interposición de recurso contra el pliego no es óbice para apreciar una nulidad radical, pues no se trata de un contrato ante una administración pública, ni un contrato sujeto a regulación armonizada ni un contrato subvencionado.

c) Solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: El recurrente reprocha, en primer lugar, que en la apertura del sobre “B” de criterios evaluables mediante fórmula se puso de manifiesto que todavía estaba pendiente de leerse la documentación relativa al sobre “C” y que, de este modo, se vulneró lo previsto en los artículos 150 y 160 del TRLCSP.

El poder adjudicador responde diciendo que dicha afirmación no deja de ser una mera manifestación de parte no coincidente con la realidad.



Para la resolución de la cuestión planteada es preciso examinar conjuntamente el régimen jurídico aplicable a la selección y adjudicación del contrato objeto de recurso y la secuencia de los hechos acaecidos.

De acuerdo con el apartado VII del PCAP que rigen el contrato, éste se adjudicará por el procedimiento abierto con sujeción a lo previsto en los artículos 157 y siguientes de la LCSP. Asimismo, las instrucciones internas de ZAISA para la contratación no sujeta a regulación armonizada¹, en el apartado 10.3. c) “Contratos del Nivel 3: Procedimientos abiertos, restringidos, negociados o diálogo competitivo” prevé que:

«En aquellos supuestos en que se aplique el procedimiento abierto o el restringido, serán de aplicación las previsiones de los artículos 141 a 152 de la LCSP con las siguientes adaptaciones:

1) No resultarán de aplicación los plazos relativos a la información que deba proporcionarse a los licitadores, ni los plazos relativos a la presentación de proposiciones o solicitudes de participación, que se sustituirán por los plazos que se determinen en el anuncio o, en su caso, en el pliego. Los plazos que se determinen serán, en todo caso, adecuados para permitir a todo posible licitador, incluyendo empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea, proceder a una evaluación adecuada y presentar una oferta.

2) El órgano de contratación podrá optar por la constitución de un órgano de valoración cuando lo considere necesario como consecuencia de la complejidad técnica o de las especiales circunstancias o características del contrato, indicándolo así en el pliego. Dicho órgano se encargará de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, sin que resulte de aplicación lo previsto en el artículo 134.2 de la LCSP con relación a la intervención del comité de expertos.»

El párrafo 3º del artículo 150.2 del TRLCSP, al que se remiten las instrucciones internas, señala que:

«La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de

¹ http://www.zaisa.com/presentacion/instrucciones-internas-contratacion_es.pdf



desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.»

El Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, RLCSP), aprobado por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, en su artículo 26 determina que «La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.» El artículo 27.2, de apertura de sobres, señala que «En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano de encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado.» El artículo 30.2, de práctica de la valoración, añade que «En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.» Finalmente, según el punto 3. del propio artículo «La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga de otra cosa en cuanto al acto en que debe hacerse pública.» Debe reseñarse, por último, que las instrucciones internas no recogen un procedimiento distinto al descrito.

En cuanto al PCAP que rige el contrato (documento 3), el apartado XIV.- MESA DE CONTRATACIÓN. APERTURA Y EXAMEN DE LAS PROPOSICIONES, en su punto 2.- de Apertura pública de ofertas, prevé que:

«(...).

La Mesa procederá en acto público y en las Oficinas de la Compañía, a la apertura del sobre "C" (Propuesta Técnica), a las 10:00 horas del viernes de la semana siguiente a aquélla en que finalice el plazo de presentación de proposiciones. En caso de que ese día resulte inhábil según el calendario de oficinas, la apertura se pospondrá al siguiente día hábil.

(...).



Una vez valorada la oferta relativa a los apartados recogidos en el sobre “C”, la Mesa de Contratación procederá también en acto público a la apertura del sobre “B” (Proposición Económica), de las ofertas. La convocatoria para este acto será asimismo objeto de publicidad en el perfil de contratante, sin perjuicio de cualquier otro medio de notificación que se estime oportuno.»

En el documento nº 4 del expediente, donde constan los datos publicados en el perfil de contratante de ZAISA, se puede observar que la apertura de los sobres “A” y “C” se fijó para el día 12 de diciembre de 2014 y el sobre “B” para el día 19 del mismo mes.

De lo expuesto hasta el momento, queda fuera de toda duda que en el contrato objeto de recurso la valoración del sobre “C” de Propuesta Técnica se debía realizar antes de la apertura del sobre “B” de Proposición Económica.

Sobre la secuencia de hechos, según consta en el expediente remitido por ZAISA:

.- En la reunión de 12 de diciembre de 2014 de la Mesa de contratación (documento 5) se procedió a la apertura de los sobres “A” –Documentación General– y “C” –Propuesta Técnica–

.- En la reunión de 19 de diciembre de 2014, también de la Mesa de contratación (documento 6), se abrieron los sobres “B” –Proposición Económica– y se leyeron los precios propuestos por los licitadores.

.- En la reunión de 11 de febrero de 2015, del Consejo de Administración (documento 7), quedan reflejados los siguientes hechos:

- En su punto II.-, se da a conocer el resultado de la valoración del contenido del sobre “B”², realizada el 18 de diciembre de 2014.

² En el Acta hay un error de identificación. El sobre al que se refiere es el “C” (Propuesta Técnica).



- En los puntos III.- y IV.-, se reproducen los precios ofertados y se hace pública la puntuación obtenida por las empresas en el criterio de “Propuesta Económica”, tras la aplicación de la formula contenida en el PCAP.
- Los puntos V.- y VI.- reflejan las puntuaciones obtenidas por los licitadores en la suma de las valoraciones de los dos criterios y se acuerda adjudicar el contrato a Delta Control y Servicios, S.L.

.- El día 17 de febrero de 2015 se comunica a los licitadores, mediante correo electrónico, la adjudicación del contrato.

De los hechos expuestos queda fuera de toda duda que los precios propuestos por los licitadores se leyeron el día 19 de diciembre de 2014, antes de darse a conocer el resultado de la valoración de las propuestas técnicas que tuvo lugar en la reunión el 11 de febrero de 2015 del Consejo de Administración. Sin embargo, en el Acta de la reunión de ese día queda reflejado que la valoración de la documentación de los sobres “C” se llevó a cabo el 18 de diciembre de 2014.

La primera cuestión que conviene dilucidar en este caso es si era suficiente con que la valoración de los sobres “C” se hiciera antes de la apertura de los sobres “B”, o si, además, era necesario que se leyera previamente el resultado de la valoración.

Tal y como se ha expuesto, el apartado 10.3 c) de las instrucciones internas de ZAISA prevé que en aquellos supuestos en que se aplique el procedimiento abierto o el restringido, serán de aplicación las previsiones de los artículos 141 a 152 de la LCSP, con determinadas limitaciones que no conciernen al presente caso. Esta previsión conlleva la aplicación de los artículos 27 y 30 del RLCSP que hacen efectivo el desarrollo reglamentario que menciona el artículo 150.2 en su párrafo 3º. Los artículos del RLCSP, además de establecer que la apertura de los sobres cuya ponderación dependa de un juicio de valor se realizará de forma separada del resto de la documentación, prescriben que la



ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, en este caso el sobre “B” de Propuesta Económica. El punto 3. del artículo 30 del RLCSP excepciona esta regla en el caso de los PCAP dispongan de otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública, excepción que no prevén los PCAP aplicables al contrato que nos ocupa.

En consecuencia, aplicando las instrucciones internas que se ha otorgado el poder adjudicador y el contenido de PCAP, no bastaba con que se abrieran y valoraran en primer lugar los sobres “C”, sino que era preciso que el resultado de la valoración se diera a conocer en el acto público de apertura del resto de la oferta.

En la Resolución 077/2014 del OARC / KEAO se afirma que «(...) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterios es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata.»

Además, aunque en el Acta de la reunión de 11 de febrero de 2015, del Consejo de Administración, se menciona que la valoración de las propuestas técnicas tuvo lugar el 18 de diciembre de 2014, en el expediente remitido por ZAISA, no consta ningún acta, informe o documento en el que pueda verificarse que la valoración tuvo lugar en esa fecha, tal como prescribe el artículo 150.2 del TRLCSP cuando advierte que se dejará constancia documental de la evaluación previa de los criterios sometidos a juicio de valor. Por el contrario, en el expediente del contrato sí queda reflejado que el resultado de las valoraciones de las propuestas técnicas se dio a conocer el 11



de febrero de 2015, después de que se hubieran abierto y leído las ofertas económicas el día 19 de diciembre de 2014. Cabe concluir, que en la apertura de los sobres “C” y B” no se siguió el procedimiento establecido y que es razonable pensar que hubo un desvelo del secreto de la oferta, de forma que la valoración del criterio que precisa la realización de un juicio de valor se realizó con conocimiento de las ofertas económicas valorables mediante fórmula, por lo que la objetividad en la emisión del juicio de valor que persigue la valoración separada de los sobres ha quedado comprometida.

En la Resolución 100/2014 de este Órgano Resolutorio se examinaba la infracción de un trámite esencial del procedimiento y sus consecuencias, que pueden perfectamente aplicarse a la infracción que se produce por el desvelo del secreto de las ofertas. Así, en la citada Resolución se propugnaba que «La sanción legal de la omisión objeto de análisis es la nulidad de pleno derecho del acto impugnado por haberse obviado un trámite esencial del procedimiento administrativo –artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en relación con el artículo 32 a) del TRLCSP–, establecido para garantizar de la mejor forma la imparcialidad de la valoración y, en suma, la igualdad de trato entre los licitadores y la no discriminación de ninguno de ellos (artículo 1 TRLCSP). La citada nulidad conlleva la de todo el procedimiento de adjudicación, puesto que la mera retroacción de actuaciones no asegura la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas hasta la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos, como pide el artículo 150.2 TRLCSP.»

En suma, debe estimarse la pretensión del recurrente y declarar la nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato, acordada en la reunión de 11 de febrero de 2015 del Consejo de Administración de ZAISA.

NOVENO: En segundo lugar, el recurrente denuncia también la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativa al Plan de Trabajo de la letra N y el apartado XV del PCAP, cuyo contenido es el siguiente:

«N.- CRITERIOS DE ADJUDICACION:

(...)



DEPENDIENTES DE UN JUICIO DE VALOR.-

- Plan de trabajo y relación de personal Hasta **20 puntos**

Se valorará el plan de trabajo, detallando las tareas a realizar por los controladores.

XV.- CRITERIOS DE ADJUDICACION:

La adjudicación se resolverá de acuerdo a los siguientes criterios:

(...)

DEPENDIENTES DE UN JUICIO DE VALOR.-

- Plan de trabajo..... **Hasta 20 puntos**

Plan de seguridad específico y adecuado a las necesidades de ZAISA, en el que se contemplan los aspectos del servicio

- Planificación del servicio.
- Control y supervisión de la ejecución del servicio de control y seguridad.
- Informes de actividad.
- Organigrama de funciones del servicio.
- Control de accesos, para usuarios, personal de la instalación y público.
- Gestión de actos de interferencia ilícita.
- Mejora continua.»

El recurrente denuncia que no se establece ningún criterio de valoración de los aspectos que señalan los apartados del PCAP reproducidos, lo que provoca que el criterio haya quedado totalmente al arbitrio del órgano de contratación, al no haberse determinado las puntuaciones que cada uno de los aspectos que se ponderan con un total de 20 puntos, lo que supone una arbitrariedad que incide en el principio de igualdad.

ZAISA en el informe al recurso rebate los argumentos del recurrente diciendo la declaración de nulidad de los apartados N y XIV del PCAP hubiera precisado la interposición en plazo de un recurso contra los propios pliegos.



En la Resolución 60/2014 del OARC / KEAO se analizó la preclusividad del plazo para impugnar un criterio de adjudicación, señalando que «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665/CEE (a cuya transposición obedece la regulación del recurso especial en materia de contratación en el TRLCSP), en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica y que la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si los candidatos y licitadores pudieran alegar en cualquier momento del procedimiento de adjudicación las infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos, obligando con ello a la entidad adjudicadora a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones (Caso Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe TJCE 2002\369, de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, apartados 75 y 76). Tal y como indica la citada sentencia en su apartado 78, el sancionar el plazo de los recursos con la caducidad puede garantizar que las decisiones ilícitas de las entidades adjudicadoras sean impugnadas y corregidas lo antes posible.

A juicio de este Órgano resolutorio el plazo de interposición del recurso contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales fijado en el artículo 44.2.a) TRLCSP debe ser considerado preclusivo, por lo que una vez transcurrido el plazo para la presentación del correspondiente recurso no cabe que aquellos que han participado en el procedimiento de adjudicación presentando su correspondiente oferta y prestando su consentimiento a las propias prescripciones de la licitación puedan atacar los citados documentos si el resultado de la adjudicación no les ha sido favorable, pues deben prevalecer otros principios en juego, como el de la seguridad jurídica y el de eficacia (art. 103.1 CE y 3.1 LRJPAC), considerándose que existe una única excepción a esta doctrina, la referida a si la cláusula o estipulación impugnada dota al órgano de contratación de una posibilidad de actuación arbitraria a lo largo del procedimiento de adjudicación.

La propia Resolución 60/2014 añade que «Los criterios de adjudicación operan como garantía efectiva del principio de igualdad y así lo ha expresado la jurisprudencia del TJUE al considerar que los criterios deben ser lo suficientemente concretos, pues sería incompatible con las Directivas atribuir a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de valoración de las ofertas para la adjudicación del contrato. Así lo declara la sentencia del TJUE (Sala Quinta) Caso SIAC Construction Ltd contra County Council of the County of Mayo (TJCE 2001\284 de 18 de octubre de 2001), que matiza que la mera circunstancia de que se reconozca un amplio margen de discrecionalidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede interpretarse en el sentido de que se confiere a la entidad adjudicadora una libertad incondicional.»



En definitiva, debe examinarse si el criterio impugnado permite al órgano de contratación una actuación arbitraria en el procedimiento de adjudicación. El criterio debatido se refiere al “Plan de trabajo” y se concreta en la elaboración de un “Plan de seguridad específico y adecuado a las necesidades de ZAISA”. Además el criterio se describe en siete “ítems” con los aspectos del servicio que debe contemplar el plan. Del análisis de su descripción se concluye que el criterio contiene elementos reglados suficientes para evitar su uso de forma discriminatoria. El hecho de que cada uno de los “ítems” del criterio no esté valorado, como si se tratara de un subcriterio o elemento secundario, no impide su conformidad con el principio de transparencia, siempre y cuando posteriormente no se introduzcan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación y no se adopten decisiones teniendo en cuenta factores que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04).

No puede acogerse como argumento la mención que hace el recurrente de la doctrina expresada en diversas Resoluciones de este Órgano relativas a criterios sobre mejoras, ya que los supuestos fácticos que se trataban en aquéllas no concuerdan con el criterio que ahora se analiza.

No puede, por tanto, estimarse la pretensión del recurrente sobre la declaración de nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación “Plan de trabajo”, por haber precluido el plazo para su impugnación; pero aunque ésta se hubiera realizado en el momento procesal oportuno, el resultado hubiera sido desestimatorio.

DÉCIMO: Sin perjuicio de lo anterior, debe añadirse que en la aplicación del criterio se observa la comisión de una infracción que no deriva directamente de la configuración del criterio en el PCAP que, como se ha dicho, no atribuye al órgano de contratación una libertad incondicional para aplicarlo, sino de su aplicación concreta en la valoración de las ofertas, ya que no hay



documentación alguna sobre el proceso lógico que ha llevado al poder adjudicador para la concesión de las puntuaciones del criterio “Plan de trabajo” que requiere la realización de un juicio de valor, proceso que tampoco queda reflejado ni en la adjudicación ni en su notificación; con lo que la conclusión es que se han transgredido los principios de transparencia y el de igualdad de trato, previstos en el artículo 1 del TRLCSP, por carecer el expediente del más mínimo elemento que permita el control de la discrecionalidad que acompaña a todo juicio de valor.

Anudado a lo anterior, está la tercera reclamación sobre la falta de motivación de las puntuaciones obtenidas por los licitadores. Debe señalarse que el artículo 151.4 TRLCSP establece los elementos que debe contener la notificación de la adjudicación, siendo su finalidad que los licitadores dispongan de la información necesaria que les permita interponer un recurso suficientemente fundado. A la vista del Acuerdo del Consejo de Administración de adjudicación del contrato y su notificación, debe otorgarse la razón al recurrente en lo referente a la falta de motivación.

A pesar de ello, las causas expuestas en el Fundamento de Derecho Octavo hacen que la apreciación de este motivo de impugnación carezca de efectos porque la licitación ha sido previamente declarada nula de pleno derecho. Además, una posible retroacción de las actuaciones hasta la elaboración de una nueva resolución de adjudicación correctamente motivada siempre se vería comprometida por el conocimiento previo de las ofertas económicas que tuvo el poder adjudicador.

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 sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente, el recurso especial interpuesto por BILUR, 2000, S.L., contra la adjudicación del contrato de “Control de accesos a los aparcamientos para camiones de ZAISA I y ZAISA II”, anulando la totalidad del procedimiento de licitación seguido.

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, 2015eko martxoaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de marzo de 2015