



EB 2014/006

Resolución 22/2014, de 3 de marzo 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, que resuelve el recurso especial interpuesto por la empresa Clece, S.A., frente a la Resolución de 13 de diciembre de 2013, de la Directora de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, de adjudicación del contrato de servicio de limpieza para la Academia Vasca de Policía y Emergencias.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Mediante Resolución de 8 de abril de 2013 la Directora de la Academia Vasca de Policía y Emergencias resolvió aprobar el expediente, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), así como el gasto, y se dispone la apertura de la licitación mediante procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.

El anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 25 de abril de 2013. Asimismo, el anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 107 de fecha 4 de mayo de 2013 y en el perfil del contratante de 25 de abril de 2013.

El 17 de junio de 2013 la mesa de contratación procede a la apertura y lectura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor y acuerda solicitar al servicio interesado en la contratación un informe que examine, valore y pondere dicha documentación.

En sesión celebrada el día 2 de julio 2013 se da lectura a la puntuación relativa a criterios de juicio de valor, y también se lectura a las proposiciones económicas ofertadas por los licitadores admitidos.

Por resolución de 13 de diciembre 2013 se dicta el acto de adjudicación del contrato que, según el recurrente, le es notificado el 7 de enero de 2014.

SEGUNDO: El 9 de enero 2014 (entrada con nº registro 16198), D. J.V. O.R., en representación de la empresa Clece, S.A. (en adelante, Clece), presentó ante el Órgano Administrativo de Recursos del País Vasco / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen Inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 40 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de



noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) frente al acto de adjudicación.

A solicitud de este órgano resolutorio, el día 14 de enero de 2014 tiene entrada en OARC/KEAO el expediente administrativo acompañado del informe al que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP.

El recurso se trasladó a los interesados el día 21 de enero 2014, habiéndose recibido dentro del plazo establecido por el artículo 46.3 TRLCSP alegaciones de Unión Internacional de Limpieza, S.A. (en adelante, Uni2) y de Proyectos Integrales de Limpieza, S.A. (en adelante, Pilsa).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la legitimación del operador económico recurrente, y la representación de la compareciente D. J.V. O.R. para la interposición del recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 42 y 44.4 a) del TRLCSP.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación los siguientes tipos de contratos:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

Se trata de un contrato administrativo de servicios que tiene un valor estimado, de 4.271.074,20 euros, IVA excluido. En consecuencia, el contrato es objeto de recurso especial en materia de contratación.

TERCERO: El acto contra el que se interpone el recurso especial es la Resolución de 13 de diciembre de 2014 de la Directora de la Academia de Policía y Emergencias de adjudicación del contrato.

Según lo dispuesto en el artículo 40.2.c) del TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los siguientes actos:

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

CUARTO: En virtud de lo dispuesto en el artículo 44.2 del TRLCSP:

«2.- El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.»



En el presente caso, la resolución de adjudicación se envía el 20 de diciembre de 2013 y el recurso tuvo entrada en el registro del OARC/KEAO el día 9 de enero del mismo mes, dentro del plazo de los 15 días hábiles que prevé el artículo citado.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Academia Vasca de Policía y Emergencias es un Organismo Autónomo del Gobierno Vasco tiene la condición de poder adjudicador (Artículo 3.3 del TRLCSP), el contrato es administrativo y su régimen jurídico es el previsto en el artículo 19.2 del TRLCSP y en la cláusula 3 del PCAP.

SEXTO: Brevemente expuesto, Clece fundamenta su recurso en:

Incumplimiento de lo establecido por el Pliego rector de la licitación. Afirma que en la valoración y asignación de puntuación a las proposiciones económicas no se han respetado los criterios establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) «(...), pues se ha aplicado una fórmula o criterio que se aparta de lo que el propio pliego establece y se introducen, ex novo, sin haberse conocido previamente por los operadores económicos en el momento de presentar sus proposiciones, unos elementos que no se contienen en la meritada fórmula, ni por tanto, en los tan mencionados Pliegos.» Apoya su denuncia en el contenido de los artículos 150 y 151 del TRLCSP y en diversas Sentencias del Tribunal Supremo y en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de noviembre de 2008 (asunto Alexandroupolis), así como en la Resoluciones 92/2013 y 301/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) y en las Resoluciones 89/2013 y 90/2013 del OARC/KEAO.

Reproduce, a continuación la fórmula prevista en el apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP:

«Menor precio: 70% Ponderación: 70 puntos. Fórmula: Teniendo en cuenta que se ofertarán para los años 2013, 2014 y 2015, se obtendrán precios medios ponderados que servirán para la valoración de este criterio de la siguiente forma:

Valoración = PM- [(PV-PMV) / PMV] x PM

Siendo: -PM la puntuación máxima (70) puntos.

-PV el precio medio ponderado a valorar

- PMV el precio medio ponderado más ventajoso»

En opinión de la recurrente, «Para la aplicación de la fórmula, deberá obtenerse, primero, el precio medio ponderado más ventajoso, que será el resultado de dividir entre tres la suma de los precios ofertados por los licitadores para 2013, 2014 y 2015», e identificar el más bajo, y segundo, deberá aplicarse la fórmula a cada precio medio ponderado de cada operador económico, que será el resultado de dividir entre tres la suma de los precios propuestos para 2013, 2014 y 2015.»



Denuncia que, por el contrario, la fórmula empleada por la Administración ha sido la siguiente:

$$\text{Valoración} = \text{PM} - [(\text{PV} - \text{PMV}) / \text{PMV}] \times \text{PM}$$

Siendo: -PM la puntuación máxima (70) puntos.

-PV la suma del precio ofertado por cada licitador de 1 mes de 2013, de 12 meses de 2014 y de 11 meses de 2015, dividido en 24 meses.

-PMV el precio más ventajoso obtenido de la suma del precio ofertado por cada licitador de 1 mes de 2013, de 12 meses de 2014 y de 11 meses de 2015, dividido entre 24 meses.»

A su parecer, «Esta aplicación de la fórmula que ha realizado la Administración, contraviene lo establecido por el Pliego, y no es conforme a Derecho, pues (i) la Administración calcula los puntos atribuibles a cada licitadora introduciendo elementos no contenidos en los pliegos y que no pudieran ser conocidos por las licitadoras en el momento de presentar las ofertas, cual es introducir en la aplicación de la fórmula la duración del contrato en meses (24 meses), y la relativa al precio mensual por los meses previsibles de cumplimiento del contrato de cada anualidad, y (ii) se aparta de la aplicación de la fórmula tal y como se estableció, por la propia Administración, en el momento de aprobar los Pliegos, lo que le está vedado, pues, una vez aprobados éstos, la Administración deber respetar absolutamente las normas que en los mismos se establecieron, y no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.»

En su defensa, y a efectos dialécticos y para salir del paso de los posibles argumentos que pueda dar la Administración en el trámite de informe del recurso, añade que la demora en la adjudicación -desde el 2 de julio de 2013, fecha en que tuvo lugar la apertura de las proposiciones económicas, hasta la adjudicación el 13 de diciembre de 2013- «(...) es por causa únicamente imputable a la Administración, quién no puede, como se ha expuesto, desconocer ni dejar de aplicar la fórmula contenida en los pliegos bajo el pretexto de que el expediente se ha demorado y no cabe ejecutar el contrato durante el año 2013, pues esta circunstancia ha sido provocada por la Administración y era del todo desconocida para todos los licitadores en el momento de presentar sus ofertas, quienes, de buena fe, esperaban que el contrato estuviera adjudicado y formalizado en el mes de agosto, (...)» A este respecto, afirma que siendo posible haber ejecutado 5 meses durante el año 2013 (desde agosto hasta diciembre), el resultado de la aplicación de la fórmula sería distinto al que consta en el acto de adjudicación, pues la adjudicataria resultaría ser Clece.

Solicita la revocación de la adjudicación del contrato y la retroacción al momento de valoración de las proposiciones, y ordenando a la Administración a proceder a puntuar el precio ofertado por cada licitadora y valorar cada proposición económica conforme a los términos establecidos en la fórmula contenida en el apartado 30.2.1 a) de la carátula del Pliego, según se explicita en el propio recurso y en el informe adjunto que aporta como documento probatorio nº 4.

SÉPTIMO: El órgano de contratación, en el informe que acompaña con la remisión del expediente, centra el objeto del debate en el tenor literal del apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP, que establece los criterios evaluables automáticamente mediante aplicación de fórmulas, reproducido en el Fundamento de Derecho anterior.



Frente a la acusación del recurrente de que se apartó del criterio de valoración al ponderar la oferta económicamente más ventajosa, expone el significado de “media ponderada” que establece la Real Academia Española. Atendiendo a la redacción del apartado 30.2.1 a) la carátula, en su opinión, «(...) no todos los precios ofertados para las distintas anualidades pueden tener el mismo peso en la valoración, sino que debe tenerse en cuenta, a efectos de lo dispuesto en los artículos 150 y 151 del TRLCSP, el período efectivo de vigencia del contrato en cada una de las anualidades, pues éste y no otro es el sentido literal de la expresión precio ponderado.» A su parecer, el elemento temporal implícito en el citado punto de la carátula «(...) no sólo es conocido por el recurrente, sino que lo utiliza en su favor en su oferta económica, al presentar en su proposición un precio tan anormal y desproporcionalmente bajo para el ejercicio 2013 (79.500,00 euros) que resulta incongruente no sólo con el resto de ofertas presentadas por los demás licitadores, sino incluso con sus propias ofertas para las anualidades 2014 y 2015 (91.260,00 euros y 92.950,00 euros respectivamente) y que considerado individualmente entraría de lleno en los supuestos de baja temeraria del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.» Estima que Clece era consciente de que, con los plazos habituales de los procedimientos de contratación centralizada, «(...) era totalmente imposible que el contrato tuviera una vigencia durante el año 2013 equivalente al peso que en su interpretación de la ponderación pretende otorgarle.» Prosigue manifestando que «(...) dado el significado literal del término “ponderación” es precisamente la Administración la que procede a una estimación más correcta y ajustada de la realidad del coste económico real del contrato y, por tanto, de la selección de la oferta más ventajosa.» Finaliza su exposición en este apartado diciendo que la petición del recurrente de que la media ponderada se transforme en una simple media aritmética supondría la modificación unilateral del contenido de los Pliegos conforme a sus intereses que vulnerarían los artículos 1, 139 y 145 del TRLCSP.

A su juicio, si el recurrente consideró que la fórmula empleada para la valoración del criterio del precio era incompleta, confusa o adolecía de cualquier defecto «(...) debió observarlo en el momento de preparar su oferta, procediendo en ese momento a recurrir los pliegos, no realizar una interpretación unilateral de la misma, la cual, al parecer ha sido la que ha guiado su proceder en todo el procedimiento (...).»

Denuncia de Clece que «(...) tanto de su comportamiento durante el procedimiento como del sentido de los argumentos utilizados en su recurso, se infiere que la misma confiaba en su experiencia y conocimiento de los plazos habituales en este tipo de procedimientos para jugar con ventaja respecto de las demás licitadoras en su oferta económica y tratar de asegurarse la adjudicación a su favor del expediente. (...).»

Concluye afirmando que lo que el recurso pretende es modificar el contenido del apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP sobre criterios evaluables automáticamente, mediante interpretación unilateral de la fórmula que valora el precio medio ponderado convirtiéndolo en una media aritmética, y que la media ponderada que ha sido utilizada por la Administración se corresponde con una estimación más correcta y adecuada al espíritu de la Ley que la utilización de la simple media aritmética que pretende el recurrente.

En consecuencia, entiende que debe desestimarse el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Clece.



OCTAVO: La mercantil Uni2 comienza sus alegaciones al recurso especial exponiendo lo que, a su juicio, son contradicciones en el PCAP del contrato, que considera son relevantes para comprender los criterios de adjudicación establecidos en relación con el precio. Así, los apartados 3. y 4.1 de la carátula del PCAP establecen que la forma de determinación del precio será mediante precios unitarios, cuestión que el apartado 5.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas parece desmentir cuando fija las horas semanales de limpieza en 850,5 para toda la vigencia del contrato, que son abonadas a tanto alzado en sumas iguales para todos los meses del año que se trate (2013, 2014 ó 2015).

Enlaza el argumento precedente con el Anexo VI-A del PCAP, que contiene el modelo de proposición económica, según el cual lo que se pide es que los licitadores oferten un precio mensual para cada uno de los tres años durante los cuales podrá tener vigencia el contrato (2013, 2014 y 2015). Modelo que, a su vez, fija el precio máximo mensual establecido para cada uno de esos años, que los licitadores no podrán superar: 106.000 €/mes en 2013, 108.000 €/mes en 2014 y 110.000 €/mes en 2015. Relaciona lo anterior con el presupuesto global por anualidades del apartado 3. de la carátula del PCAP: año 2013: 848.000 €, año 2014: 1.296.000 € y año 2015 440.000 €, de donde concluye que el cálculo que se ha hecho para realizar el desglose del presupuesto es de 8 meses para el año 2013, 12 meses para el año 2014 y 4 meses para el año 2015. Considera que este cálculo es estimativo y que trata de hacer cuadrar las cifras derivadas de la existencia de un presupuesto global para todo el contrato (24 meses) y de un presupuesto máximo de licitación para cada uno de los años en los que podrá estar vigente el contrato (2013, 2014 y 2015). En su opinión, las discordancias en los pliegos se deben a que «(...) mezclan indebidamente magnitudes diversas, pues en ocasiones utilizan la magnitud precio/año (para fijar el precio máximo global del contrato) y en otras la magnitud precio/mes (para que los licitadores confeccionen sus ofertas), lo que, teniendo el contrato una vigencia de 2 años y estableciéndose la obligación de fijar los precios mensuales correspondientes a 3 años distintos, produce distorsiones de manera irremediable.» Prosigue afirmando que «Esta mezcla de magnitudes (precio/año – precio/mes) incorrectamente realizada por los pliegos tiene su reflejo en los criterios de adjudicación (...).»

En su opinión, el criterio del precio del apartado 30.2.1 a) de la carátula adolece de un defecto esencial, pues no dice sobre qué elemento han de calcularse los precios medios ponderados que servirán de base para la aplicación de la fórmula. Frente a esta indefinición, considera que son posibles dos interpretaciones. La primera, que es la que defiende Clece, consiste en calcular el precio medio ponderado de los tres precios mensuales ofertados. Esta interpretación presenta el inconveniente de que el número de meses es diferente cada año, y se estaría dando un peso relativo idéntico a los precios mensuales de tres años, siendo incontestable que se estaría primando aquellas ofertas que presentaron precios más bajos para el año 2013 y más alto para años sucesivos. La segunda, que es la que ha aplicado la Administración, atiende al precio total que habrá que pagarse durante la vigencia del contrato. En su opinión, esta segunda interpretación equivale a admitir que la Administración goza de un margen de discrecionalidad al depender de la decisión de cuándo comenzará a ejecutarse el contrato, lo que implica que al confeccionar el contrato los licitadores no tendrían modo alguno



de saber cuál va a ser la fórmula de valoración, puesto que uno de sus elementos estaría aún sin determinar. Traslada esta situación al contrato en cuestión, que adjudica el contrato a Proyectos Integrales de Limpieza, S.A. (en adelante, Pilsa), con una ejecución de 1 mes para 2013, 12 meses para 2014 y 11 meses para 2015, cuando la adjudicación se dictó el 13 de diciembre de 2013 con lo que era imposible que el contrato se hubiera comenzado a ejecutarse el 1 de diciembre de 2013.

Considera Uni2 que se están vulnerando los artículos 1, 139 y 150 del TRLCSP y el artículo 14 de la Constitución. En su opinión, el artículo 150.2 del TRLCSP es claro cuando afirma que en la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a «(...) aquellos (...) que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.» Continúa diciendo que la labor de interpretación e integración que hay que realizar para la aplicación de la fórmula contenida en el apartado 30.2.1 a) de la carátula admite diversas soluciones, que impide su consideración como una “mera aplicación” de aquella. Afirma, por otra parte, que el artículo 150.1 del TRLCSP indica que los criterios de adjudicación deben garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia en los procedimientos, así como la no discriminación e igualdad de trato de los candidatos que proclaman los artículos 1 y 139 del propio TRLCSP, que son una manifestación del derecho fundamental de la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

Concluye que al estar el criterio defectuosamente definido, sucede que la Administración podrá interpretarlo arbitrariamente a la hora de adjudicar el contrato, infringiéndose los principios de igualdad de trato y no discriminación, lo cual supone un vicio de nulidad de pleno derecho que obliga a anular el procedimiento. Apoya su parecer en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-48/01, EVN AG y Wiestrom GmbH contra la República de Austria), en la Resolución 5/2014, de 20 de enero, de este OARC/KEAO y en diversas resoluciones del TACRC como la Resolución 65/2013, de 6 de febrero.

Aprueba que el hecho de que los pliegos no hayan sido recurridos no es impedimento para que puedan anularse un criterio de adjudicación. A este respecto, vuelve a referirse al contenido de la Resolución 5/2014 de 20 de enero anteriormente citada, así como a la posibilidad de que la nulidad de pleno derecho sea apreciada por el órgano de resolución de recursos, para lo cual cita la Resolución 249/2012, de 7 de noviembre, del TACRC.

Finaliza solicitando la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución de 13 de diciembre de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, y la anulación de la totalidad del proceso de licitación en que aquella ha sido dictada.

NOVENO: Pilsa, adjudicataria del contrato, presenta igualmente alegaciones al recurso especial. Frente al supuesto incumplimiento de lo establecido en los Pliegos, estima que «(...) la Administración en ningún momento se ha alejado de la fórmula



previamente determinada en los pliegos para valorar las ofertas relativas al precio, no ha establecido otras reglas de ponderación o subcriterios diferentes a los contenidos en los pliegos, ni tampoco ha introducido ningún juicio de valor en el cálculo aritmético efectuado para la valoración de las ofertas económicas, (...).» A su entender, la Administración ha aplicado estrictamente la fórmula prevista «(...) y lo ha hecho de la única manera lógica posible, que es teniendo en cuenta la duración efectiva del contrato, tal y como contemplan los pliegos al describir la propia fórmula aritmética en la Cláusula 30.2.1 a) de la carátula del Pliego.» Considera que teniendo en cuenta que se permite ofertar precios para cada uno de los años incluidos en los 24 meses de duración del contrato, «(...) resulta evidente que el factor ponderación a aplicar para el cálculo del precio medio ponderado más ajustado a la redacción de los pliegos debe ser el número de meses a los que debe aplicarse el precio ofertado para cada año.» Alude al contenido del informe pericial que presentan como documento probatorio, donde se pone de relevancia el absurdo al que conduciría la interpretación de la fórmula aritmética propuesta por Clece que consiste en calcular el coste medio simple de los precios ofertados por cada año, «(...) que es tanto como decir que la interpretación correcta del precio medio ponderado es el precio medio no ponderado.» Afirma que no es «(...) muy congruente que el recurrente sí haya tenido en cuenta la duración en meses para cada uno de los tres años que abarca la duración del servicio contratado y que en consecuencia haya ofertado un precio mucho más bajo para el 2013 que para los años 2014 y 2015, y en cambio pretender que dicho criterio no sea tenido en cuenta a la hora de calcular el precio medio ponderado de dichas ofertas.» Denuncia que aplicar el precio medio simple (no ponderado), «(...) llevaría a adjudicar el servicio licitado a la oferta de Clece, que es una oferta económicamente menos ventajosa que la que resulta adjudicatario (Pilsa) cuando se calcula el precio medio ponderado de los tres años en función de número de meses de cada año (...).» Justifica lo dicho en la obligación que tiene la Administración de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, tal y como establecen los artículos 150 y 151 del TRLCSP, hecho que aparece expresamente recogido en el apartado 30.2.1 a) de la carátula que atribuye el 70% de la ponderación (70 puntos) al “Menor precio”.

Solicita la desestimación del recurso especial, manteniendo la adjudicación del contrato a su favor.

DÉCIMO: Las partes personadas en el recurso especial centran el debate en el contenido del criterio de adjudicación evaluable de forma automática mediante la aplicación de fórmulas previsto en el apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP, reproducido en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente resolución. El criterio contiene una descripción según la cual los licitadores ofertarán precios para los años 2013, 2014 y 2015 y con éstos se obtendrá el “precio medio ponderado” de cada licitador que servirá para la aplicación de la fórmula. El criterio prevé, por tanto, un elemento variable como es el de la previa obtención del “precio medio ponderado” de las ofertas, que se materializa en la fórmula mediante “PV el precio medio ponderado a valorar” y “PMV el precio medio ponderado más ventajoso”.

Tanto Clece como Pilsa aportan documentos probatorios donde dan a conocer su concepto de “media ponderada”. Incluso, el órgano de contratación aporta en su informe la definición que da la Real Academia de la Lengua Española. De lo anterior se infiere que las partes no discrepan sobre el



concepto del “precio medio ponderado”, sino que la diferencia versa sobre cómo debe aplicarse dicho concepto a la vista de la descripción y fórmula fijadas en el apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP.

Así, Clece estima que al no establecer la carátula de manera expresa la ponderación de cada año (2013, 2014 y 2015), el “PV precio medio ponderado a valorar” de cada empresa será el resultado de dividir entre tres la suma de los precios ofertados en el modelo de proposición económica (precio/mes) por cada licitador para cada año, de donde se obtendrá también el “PMV precio medio ponderado más ventajoso”. Esta propuesta implica que el “precio medio ponderado” es la media aritmética de los precios mensuales ofertados para cada uno de los tres años. Afirma también el recurrente que de no ser así se debería de tomar como ponderación anual los meses en que la Administración debió ejecutar el contrato si la adjudicación se hubiera realizado en tiempo correcto, a saber: 5 meses 2013, 12 meses 2014 y 7 meses 2015.

Por su parte, el órgano de contratación y Pilsa, denuncian como interesada la interpretación del recurrente, y estiman correcta la que contiene la resolución de adjudicación, esto es: 1 mes 2013, 12 meses 2014 y 11 meses 2015, por ser la más correcta y adecuada a la vista del desarrollo del expediente y su resultado el más ventajoso para la Administración contratante.

Vistas las alegaciones de las partes, lo cierto es que el concepto de “precio medio ponderado” del apartado 30.2.1 a) de la carátula admite distintas formas de aplicación. Si se acude al tenor literal del criterio, se observa que la descripción previa a la fórmula advierte que «Formula: teniendo en cuenta que se ofertaran para los años 2013, 2014 y 2015, se obtendrán precios medios ponderados que servirán para la valoración de este criterio, de la siguiente forma:», para a continuación fijar la fórmula ya conocida. Con esta dicción parece darse por hecho que los precios ofertados para cada año tendrán un peso distinto en función de los meses que se ejecuten en cada una de las tres anualidades, pero la cuestión es que el criterio no fija la ponderación concreta para cada ejercicio. Tampoco una interpretación sistemática de la carátula del PCAP nos aporta luz a la resolución del problema. Más bien, como afirma Uni2 en su escrito de alegaciones, en el PCAP se mezclan magnitudes diversas que lejos de fijar su contexto han podido producir de manera irremediable distorsiones en su interpretación. Así, el Anexo VI-A del PCAP de modelo de proposición económica, que deben cumplimentar los licitadores, establece precios máximos por mes/año (106.000,00 € en 2013, 108.000,00 € en 2014 y 110.000,00 € en 2015) y deja a los licitadores que oferten un precio/mes para cada año. En función de estos precios máximos el apartado 3. de la carátula fija el presupuesto máximo global por anualidades (848.000,00 € en 2013, 1.296.000,00 € en 2014 y 440.000,00 € en 2015), dando a entender que el plazo de ejecución previsto inicialmente era de 8 meses en 2013, 12 meses en 2014 y 4 meses en 2015, cosa a todas luces imposible porque el contrato se publicó en el DOUE el 25 de abril de 2013 y el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 3 de junio de 2013.



Por tanto, la primera conclusión que debe extraerse es que el criterio en su descripción y fórmula no fija el peso que se otorga a cada anualidad para la obtención de los precios medios ponderados ofertados por las empresa, y que tampoco del contexto de la carátula del PCAP puede obtenerse una conclusión indubitada sobre el valor otorgado a cada anualidad.

UNDÉCIMO: El recurrente denuncia que el órgano de contratación incumple lo establecido en el PCAP, pues introduce, ex novo, unos elementos que no estaban establecidos en la fórmula como es que el plazo de ejecución, que recordemos era de 24 meses, se dividiera en 1 mes en 2013, 12 meses en 2014 y 11 meses en 2015, sin que los licitadores lo conocieran previamente en el momento de presentar sus proposiciones.

Desde el órgano de contratación, en el informe que acompaña al expediente administrativo, se justifica ese proceder afirmando que «(...), no todos los precios ofertados para las distintas anualidades pueden tener el mismo peso en la valoración, sino que debe tenerse en cuenta, a efectos de los dispuesto en los artículos 150 y 151 del TRLCSP el período efectivo de vigencia del contrato en cada una de las anualidades, pues éste y no otro es el sentido literal de la expresión precio medio ponderado.» y que «La utilización de la media ponderada, que ha sido aplicada por la Administración en la valoración de las ofertas económicas presentadas por las diferentes empresas, a la vista del desarrollo del expediente, ha devenido en una simple estimación más correcta y adecuada al espíritu de la Ley (...).»

Pilsa defiende la actuación del poder adjudicador afirmando que su resultado es más ventajoso para la administración puesto que la oferta adjudicada era con esa distribución por años mejor económicamente que la de Clece.

Tal y como denuncia el recurrente, el poder adjudicador introduce un nuevo elemento que no estaba previsto en el apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP como es la de establecer el peso de cada anualidad (1/24 en 2013, 12/24 en 2014 y 11/24 en 2015), necesario para el cálculo de los precios medios ponderados de las ofertas, y lo hace por primera y única vez en el informe de 4 de noviembre de 2013, de valoración de los criterios evaluables automáticamente mediante aplicación de fórmulas, donde se estima que el contrato se formalizará el día 1 de diciembre de 2014. Posteriormente, la resolución de adjudicación reproduce las puntuaciones del informe sin aludir a la distribución por anualidades.

Según el párrafo segundo del artículo 150.2 del TRLCSP «En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. (...).»

Mientras que el párrafo tercero determina 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. (...).» El contenido de los párrafos reproducidos pretenden, por un lado, dar preferencia a los criterios de adjudicación que se valoran automáticamente mediante la mera aplicación de fórmulas, sobre los criterios que requieren un juicio de valor; por otro lado, se busca que la evaluación de los criterios automáticos se efectúe siempre con posterioridad, de manera que su



conocimiento no condicione el resultado de los que requieren un juicio de valor, circunstancia que sí podría suceder de si se hiciera de otra manera.

El criterio de adjudicación sobre el “Menor precio” adolece desde su origen de un elemento indeterminado como es el peso que se va a otorgar a cada anualidad para el cálculo de los precios medios ponderados. De esta forma, el órgano de contratación tiene la facultad de determinar en el momento preciso (adjudicación del contrato) la importancia de cada anualidad. No es cierto, como se afirma, que la fórmula no se modifica, pues la introducción de un elemento que depende de la voluntad exclusiva del órgano de contratación que, además, implica un uso discrecional en su aplicación no puede juzgarse sino como una modificación, y no es posible dar otra calificación al hecho que el peso otorgado a la anualidad de 2013 haya podido oscilar entre 1 y 5 meses y la anualidad de 2015 entre 7 y 11, dependiendo del momento de aplicación de la fórmula, sin que en ningún momento los licitadores fueran conocedores de tales modificaciones. Es más, en el informe que acompaña a la remisión del expediente administrativo se admite que «(...) dado el significado del “ponderación, es precisamente la Administración la que procede a una estimación más correcta y ajustada a la realidad del coste económico real del contrato y, por tanto, de la selección de la oferta económicamente más ventajosa.», reconociendo como un hecho normal el uso discrecional por la Administración de lo que es la realidad temporal y económica del contrato. A mayor abundamiento, en ningún momento se da razón del motivo de la demora de la adjudicación, no siendo suficiente autoculparse afirmando que de lo único que está viciada la Resolución de 13 de diciembre de 2013 del órgano de contratación es de “inadjudicación”, cuando del contenido del expediente se observan contradicciones entre el informe sobre el criterio del precio y el acuerdo de la mesa de contratación que fija el orden de adjudicación del contrato. Así, el primero, de 4 de noviembre de 2013 (folios 75 y 76), expresamente establece unos precios medios ponderados sobre la base de un período de vigencia del contrato de 1 mes para 2013, 12 meses para 2014 y 11 meses para 2015; mientras que el segundo, de 2 de julio de 2014 (folios 77 y 78), refleja unos precios medios ponderados distintos sin referencia alguna a los meses de vigencia del contrato. El hecho de que ambos actos no concuerden cronológicamente es reflejo de un uso interesado del procedimiento que no puede ser aceptado. Incluso el contenido de la resolución de adjudicación es contradictorio porque estando firmada el 13 de diciembre de 2013 prevé un mes de ejecución en dicho ejercicio, cuando los 15 días hábiles de vacancia entre la adjudicación y la formalización del contrato impiden de por sí ejecución alguna en el año 2013.

Tampoco puede admitirse el argumento de Pilsa de que su oferta es más ventajosa económicamente que la de Clece, porque si es así ha podido ser porque el poder adjudicador ha obrado de manera discrecional al ponderar el peso de cada anualidad, dando lugar a que el resultado del criterio del precio pudiera modularse.



El recurrente en su escrito incide en los principios de transparencia e igualdad de trato e invoca diversas sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como resoluciones del TACRC y de este órgano resolutorio. Sobre los principios citados, debe hacerse referencia en este momento al contenido de la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06) que en su apartado 67 afirma que «(...), el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, apartado 38, y Comisión/Chipre, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di fruta, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, apartado 49 y la jurisprudencia allí citada). 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 puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Fruta, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de las Directivas (véase la sentencia Michaniki, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada).»

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008 (asunto C-532/06), que cita el recurrente, finaliza su apartado 38 afirmando que «(...), una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.»

La conclusión es que bajo el manto de un criterio “evaluado automáticamente mediante la aplicación de una fórmula”, nos encontramos con unas reglas de ponderación que al no estar precisadas han podido permitir al poder adjudicador modular su aplicación dando lugar a que se obtuvieran resultados diversos en función del peso otorgado a cada anualidad, de manera que cualquier aplicación de las normas de ponderación hubiera sido igualmente arbitraria. En consecuencia, debe determinarse la nulidad del criterio por ser contraria a los principios de transparencia e igualdad de trato de los artículos 1 y 139 del TRLCSP y del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

DUODÉCIMO: En el informe de la Academia Vasca de Policía y Emergencias se afirma que si el recurrente consideró que la fórmula empleada para la valoración de los criterios del apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP era incompleta, confusa o adolecía de cualquier defecto debió observarlo en el momento de preparar su oferta y recurrir en ese momento los pliegos y no realizar posteriormente una interpretación unilateral de los mismos, dando a entender con ello que el recurso es extemporáneo.

Sobre la repercusión que tiene el hecho de que los pliegos fueran aprobados por el órgano de contratación y aceptados por el recurrente, que no impugnó la



nulidad del criterio de adjudicación en el momento procesal oportuno, este órgano resolutorio ha tenido ocasión de manifestarse al respecto en varias ocasiones, por última vez en la Resolución 5/2014 de 20 de enero de 2014, afirmando que: «Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición en tiempo y forma del correspondiente recurso. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a Administración y licitadores a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso que se analiza o nos ocupa, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución al tratarse de un criterio que otorga al poder adjudicador la posibilidad de una atribución de puntuaciones discriminatoria (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013). La posibilidad de arbitrariedad se extendería a todo el procedimiento si se permitiera que la estipulación inválida ganara firmeza por beneficiarse del principio de acto consentido al no haber sido recurrida en su momento.»

En el Fundamento de Derecho anterior se ha considerado que la indefinición del criterio automático y la injerencia de la Administración en la aplicación de la fórmula ha permitido que los resultados pudieran ser distintos en función del valor o peso otorgado a cada anualidad, siendo la consecuencia que el criterio haya sido declarado nulo de pleno derecho por ser contrario a los principios de transparencia e igualdad de trato. Además, debe recordarse que el acto impugnado es la resolución de adjudicación de 13 de diciembre de 2013, como consecuencia de la aplicación que desde el órgano de contratación se hace del criterio de adjudicación. Por tanto, la determinación de la nulidad de pleno de derecho del criterio y el resultado que se deriva de su aplicación impiden estimar la alegación de la Academia Vasca de Policía y Emergencias acerca de la extemporaneidad del recurso por no haberse impugnado los pliegos en el momento procesal adecuado.

DECIMOTERCERO: La última cuestión que debe examinarse es qué repercusión tiene en el procedimiento la declaración de nulidad de pleno de derecho de la cláusula 30.2.1 a) de la carátula del PCAP. Sobre esta cuestión, debemos referirnos de nuevo a la Resolución 5/2014 anteriormente citada, donde se alude a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), que afirma que «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.»

No se puede, en consecuencia, admitir la pretensión de Clece de revocación de la Resolución de 13 de diciembre de 2013 de adjudicación del contrato y la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas conforme a su interpretación de la fórmula de valoración del precio que, ante la falta de definición del peso en cada anualidad de la media ponderada, propone su transformación en media aritmética al dividir entre tres la suma de los precios propuestos para 2013, 2014 y 2015.

Por el contrario, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria expuesta, debe otorgarse la razón a Uni2 que solicita la anulación de la totalidad del proceso de licitación por ser un criterio de adjudicación nulo de pleno derecho y también los actos posteriores que son consecuencia de su aplicación como es la resolución de adjudicación.

Por todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 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 de 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE:

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por CLECE, S.A., frente a la Resolución de 13 de diciembre de 2013, de la Directora de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, de adjudicación del contrato de servicio de limpieza para la Academia Vasca de Policía y Emergencias.

SEGUNDO: Declarar nulos el apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP y la Resolución de adjudicación de 13 de diciembre de 2013 y, en consecuencia, la totalidad del procedimiento de licitación.

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 martxoaren 3a
Vitoria-Gasteiz, 3 de marzo de 2014