



EB 2020/014

Resolución 040/2020, de 24 de febrero, 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 la empresa BPXPORT XXI, SLU contra los pliegos del contrato de “Servicio de control de accesos, socorrismo, monitores de actividades físicas, mantenimiento, dirección técnica y asesoramiento de programas, actividades y servicios y administrativas en instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento Andoain

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de enero de 2020 se ha presentado 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 mercantil BPXPORT XXI, SLU (BPXport) contra los pliegos del contrato de “Servicio de control de accesos, socorrismo, monitores de actividades físicas, mantenimiento, dirección técnica y asesoramiento de programas, actividades y servicios y administrativas en instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento Andoain.

SEGUNDO: El mismo día 22 este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 enero.



TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 04/2020, de 14 de febrero, se acordó la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan interesados diferentes del recurrente y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

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

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los pliegos que hayan de regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los siguientes argumentos:

- a) La fórmula del criterio de adjudicación oferta económica no otorga diferente puntuación a las ofertas más económicas por lo que todos los licitadores van a obtener una puntuación muy similar.
- b) El criterio de adjudicación que valora la experiencia de los licitadores en gestión de servicios deportivos no puede ser considerado como un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación.
- c) La pretensión del recurso consiste en su estimación, la anulación del pliego recurrido ordenando la cancelación de la licitación y la aprobación de uno nuevo conforme a Ley.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) La fórmula económica establecida en el pliego se ajusta a derecho y a la doctrina del Tribunal Supremo y de los órganos administrativos contractuales, por cuanto que no contempla el efecto saciamiento, premia a la oferta de precio inferior y, en definitiva, no impide que los licitadores puedan presentar ofertas más competitivas al valorarse con la máxima puntuación a la oferta más baja.
- b) La experiencia profesional como criterio de adjudicación es posible conforme al artículo 145.2.2 de la LCSP, siempre que la calidad del personal pueda afectar significativamente a la mejor ejecución de la prestación. Es claro que los años de experiencia señalados en el pliego se refieren al personal técnico profesional que la empresa destine al servicio. En este sentido, el Ayuntamiento va a publicar una aclaración en el perfil de contratante con el fin de explicar en qué sentido debe interpretarse el concepto de experiencia, de tal forma que se refiere al personal técnico titulado adscrito por la empresa a los servicios a contratar.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso plantea la ilegalidad de la fórmula empleada para la valoración del criterio de adjudicación relativo a la oferta económica y la del criterio de adjudicación Experiencia en gestión de servicios deportivos. El análisis del recurso debe partir del contenido de la cláusula del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) impugnada:

“20. Criterios de adjudicación:

(...)

2. Criterios a valorar mediante la aplicación de fórmula: 60 puntos

a) OFERTA ECONÓMICA: hasta 30 puntos

$V = \frac{\text{Precio mejor oferta econ.}}{X \text{ Puntuación máx.}}$

Precio de la oferta a valorar

b) EXPERIENCIA EN GESTIÓN DE SERVICIOS DEPORTIVOS: años de experiencia en la gestión de servicios de instalaciones deportivas con piscina climatizada en municipios de más de 10.000 habitantes, hasta 12 puntos.

- *Entre 5 y 8 años: hasta 4 puntos*
- *Entre 8 años+1 día y 12 años: hasta 8 puntos.*
- *Entre 12 años+1 día y 16 años: hasta 12 puntos.”*

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre los fundamentos del recurso:

a) Sobre el ajuste de la fórmula de valoración de la oferta económica a los principios generales de la contratación pública

Como es bien sabido, la LCSP no contiene una regulación específica de cuáles son los requisitos que deben cumplir las fórmulas de valoración del precio para que su empleo como criterio de adjudicación sea legalmente admisible. A falta de esta regulación, los tribunales y órganos de recursos contractuales han venido considerando que, en síntesis, es aceptable cualquier fórmula que sea coherente con los principios generales de la LCSP, en especial, con el de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 de la LCSP), de modo que la fórmula conceda la puntuación máxima a la oferta más baja, no atribuya

puntuación a la oferta que no mejora el tipo de licitación y valore el resto de las ofertas guardando una cierta proporcionalidad entre ellas, de forma que las ofertas más baratas obtengan más puntuación que otras más caras (ver, en este sentido, por todas, la Resolución 84/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, así como las matizaciones a estos principios contenidas en la Resolución 108/2019 del OARC / KEAO).

A partir de dichas consideraciones, la alegación de la recurrente debe ser estimada ya que se observa que la fórmula impugnada incumple uno de los requisitos exigidos, concretamente, el relativo a no atribuir puntos a la oferta que no mejora el tipo de licitación. Este Órgano en su Resolución 117/2015 ya manifestó que (...) otorgar puntuación a una oferta que en nada mejora el precio de licitación (40 puntos, en este caso) es contrario al fundamento mismo de los criterios de adjudicación, que es identificar las ventajas aportadas por las proposiciones de los licitadores, ventaja que en este caso es inexistente, pues simplemente se satisface el requisito mínimo para que la oferta no sea excluida por inaceptable, por lo que inexistente debiera ser también la puntuación. Recientemente, en su Resolución 166/2019 ha afirmado que (...) en ningún caso cabe reproche a una fórmula que no atribuye puntuación a la oferta que se ajusta al presupuesto base de licitación, pues el principio de la oferta económicamente más ventajosa impide tal atribución a un licitador que en nada aventaja el presupuesto inicial, lo que es plenamente aplicable al presente caso *sensu contrario*, pues la fórmula impugnada otorga puntos a todo licitador por el mero hecho de presentar la oferta. Finalmente, procede señalar que la fórmula impugnada impide que la ponderación sea realmente de 30 puntos entre la oferta más baja y la que no mejora el tipo, lo que desvirtúa el peso del criterio oferta económica.

b) Sobre la experiencia como criterio de adjudicación.

Se impugna el criterio de adjudicación que valora de forma automática la experiencia en gestión de servicios deportivos anteriormente transcrito.

En relación a los criterios de valoración de las ofertas el artículo 145.5 de la LCSP dispone que, entre otros requisitos, deben cumplir con el de, en todo caso, estar vinculados al objeto del contrato. La doctrina de los órganos de recursos contractuales

(ver, por ejemplo, la Resolución 40/2017 del OARC / KEAO) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ver, por todas, la STJUE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, ECLI:EU:C:2008:40), positivizada en el artículo 58.1 de la Directiva 2014/24/UE, que obliga a utilizar la solvencia exclusivamente como requisito de admisión, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta. Esta diferenciación se ha utilizado, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto. Así, el criterio de adjudicación de la cláusula 20.2b) se denomina experiencia en gestión de servicios deportivos (que a falta de otra mención expresa solo puede entenderse referida al licitador) y puntúa los años de experiencia en dicha materia en otros municipios, lo que podría tener su encaje como requisito de solvencia, pues la experiencia en la ejecución de contratos similares está vinculado a la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato, pero no como criterio de adjudicación por no estar vinculado al objeto del contrato.

Por otro lado, es cierto, como alega el poder adjudicador, que el mismo artículo 145 en su apartado 2º dispone que Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes: (...) 2.º La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

Como puede observarse, dicho precepto se refiere a la experiencia del personal que vaya a ejecutar la prestación y cuando la calidad de dicho personal vaya a afectar significativamente a la mejor ejecución del contrato, no a la empresa licitadora en su conjunto. Al margen de las consideraciones jurídicas planteadas por el poder adjudicador sobre el alcance de la experiencia profesional más allá de los contratos de naturaleza intelectual, lo cierto es que la aclaración publicada

por el Ayuntamiento con fecha 31 de enero de 2020 (con posterioridad a la fecha de presentación del recurso) únicamente en el perfil del contratante, y referida al criterio de adjudicación sobre la experiencia en la que se indica que *"El apartado 20.2, 2.b de la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares debe interpretarse en el sentido que se refiere a la experiencia del personal técnico titulado adscrito por la empresa a los servicios a contratar identificados en el pliego de condiciones técnicas y siempre en relación con las funciones establecidas en el mismo en relación con los servicios 2.4.- SERVICIO DE IMPARTICION DE ACTIVIDADES FÍSICAS y 2.5.- DIRECCIÓN TÉCNICA Y ASESORAMIENTO DE PROGRAMAS, ACTIVIDADES Y SERVICIOS"*, no puede ser tenida en cuenta para la resolución del presente recurso por las siguientes razones:

- 1) De la simple lectura de la "aclaración" se desprende que su contenido establece unas reglas no reflejadas con anterioridad en el pliego. En concreto, señala, en primer lugar, cómo debe interpretarse un criterio automático que por definición no puede ser interpretado sino únicamente aplicado (ver, por todas, la Resolución 21/2020 del OARC). Y, en segundo lugar, modifica el sentido literal del criterio de adjudicación, pasando de la experiencia de los licitadores a la de determinado personal que se adscriba al contrato.
- 2) Se trata de una modificación de las bases de la licitación y no una simple interpretación o aclaración, lo que supone una infracción del principio 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 (sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, apartados 109 a 111, ECLI:EU:C:2004:236) 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 a lo largo de todo el procedimiento 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. Esta obligación de transparencia (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 (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO).

- 3) De acuerdo con todo ello, los artículos 122.1 y 124 de la LCSP exigen que las modificaciones de los pliegos posteriores a su aprobación por razones diferentes al mero error material, de hecho o aritmético, conlleven la retroacción de actuaciones. En el presente caso, se han modificado condiciones esenciales de la licitación (criterio de valoración) sin la debida publicidad (DOUE), conculcándose los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia a las licitaciones y de igualdad de trato, además de lo dispuesto en los artículos 122.1 y 124 de la LCSP, ya que debe tenerse en cuenta que una situación como la descrita, en la que se obvia la publicidad adecuada, es susceptible de crear desigualdad entre los licitadores a la hora de preparar sus ofertas y desigualdad de trato durante el proceso de valoración de las mismas. Finalmente debe indicarse que dichos principios de publicidad y transparencia (artículo 1.1 de la LCSP) permiten a los licitadores confiar en que cualquier alteración de las reglas de la adjudicación del contrato se va a sujetar al procedimiento legalmente establecido y al mismo grado de publicidad que se le ha dado al documento inicial (ver, por ejemplo, la Resolución 211/2019 del OARC / KEAO).

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, este motivo impugnatorio debe ser estimado.

c) Conclusión

Procede, por tanto, la anulación de la fórmula de valoración de la oferta económica y la del criterio de adjudicación experiencia en gestión de servicios, letras a) y b) del apartado 2 de la cláusula 20 de la carátula del PCAP.

La normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, 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 (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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil BPXPORT XXI, SLU contra los pliegos del contrato de “Servicio de control de accesos, socorrismo, monitores de actividades físicas, mantenimiento, dirección técnica y asesoramiento de programas, actividades y servicios y administrativas en instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento Andoain, anulando los apartados del PCAP de conformidad con lo establecido en la letra c) del Fundamento Jurídico octavo y cancelando la licitación.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko otsailaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de febrero de 2020