



**EB 2023/225**

**Resolución 054/2024, de 22 de marzo, 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 ELAI SERBITZUAK, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes municipales, parques, zonas ajardinadas, arbustos y setos, jardineras, siega de caminos y arbolado” (Lote 1), tramitado por el Ayuntamiento de Basauri.**

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 10 de noviembre de 2023 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ELAI SERBITZUAK, S.L. (en lo sucesivo, ELAI) contra la adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes municipales, parques, zonas ajardinadas, arbustos y setos, jardineras, siega de caminos y arbolado” (Lote 1), tramitado por el Ayuntamiento de Basauri.

**SEGUNDO:** El mismo día 10 de noviembre 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 14 de noviembre.



**TERCERO:** Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 21 de noviembre se han presentado alegaciones por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. (INGESAN), adjudicataria impugnada.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Representación y legitimación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de S.A.A., que actúa en nombre y representación de ELAI

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

### **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 Basauri tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

## **SEXTO: Motivos del recurso**

El recurso se basa, resumidamente, en los siguientes motivos:

- a) En los pliegos rectores de la Licitación no se establece ningún precio mínimo para el criterio de adjudicación “Precio para servicio variable”, así como tampoco cómo valorar las ofertas a cero euros o cercanas a cero euros.
- b) El 12 de septiembre de 2023 se procedió a la apertura del sobre C “Proposición económica y resto de criterios automáticos”, con el siguiente resultado:

<b>CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS</b>				
	<b>Precio</b>	<b>Precio servicio variable</b>	<b>Formación jardinería sostenible</b>	<b>Formación igualdad</b>
OHL SERVICIOS INGESAN, SA	982.949,58 € (9,45 % baja)	0,01 €/m <sup>2</sup>	40 h/año	25 h/año
ELAI SERBITZUAK SL	1.009.963,93 € (6,97% de baja)	0,00 €/m <sup>2</sup>	40 h/año	25 h/año

- c) Tras constatar que los valores ofertados por los licitadores en relación con el criterio de precio variable “podía dar error” (la mejor oferta de 0,00 euros era puntuada con 7 puntos y la otra oferta, de 0,01 euros, con 0 puntos), para el cálculo de la puntuación de este apartado la Mesa decidió introducir en el caso de ELAI el precio de 0,001 euros/m<sup>2</sup>, considerándolo un valor próximo al ofertado y con el que la formula permitía asignar una puntuación al resto de ofertas presentadas, además de mantener la proporcionalidad entre los valores realmente ofertados por ambas licitadoras. Sobre la base de dicha mínima adaptación, finalmente, se comunicó el resultado de la valoración de las ofertas, resultando la oferta de ELAI la mejor puntuada, con el siguiente desglose:

<b>PUNTUACIONES</b>						
	<b>Criterios subjetivos</b>	<b>Precio</b>	<b>Precio servicio variable</b>	<b>Formación jardinería sostenible</b>	<b>Formación igualdad</b>	<b>TOTAL</b>
OHL SERVICIOS INGESAN, SA	44	4,35	0,7	4	5	<b><u>58,05</u></b>
ELAI SERBITZUAK SL	42,5	3,21	7	4	5	<b><u>61,71</u></b>

d) El día 19 de septiembre de 2023 se volvió a reunir la Mesa de Contratación y tras hacer público un informe en relación con la oferta de precio unitario 0,00 euros/m<sup>2</sup> ofertado por la recurrente, concluye en que para no desvirtuar la fórmula ha de modificarse el importe de 0,00 euros/m<sup>2</sup> por el de 0,01 euros /m<sup>2</sup>, provocando el empate entre las licitadoras en la asignación de puntos en este concreto criterio y decantando finalmente la adjudicación en favor de INGESAN:

Licitador	Precio	Servicio variable: Ampliación o disminución de zona verde	Formación en jardinería sostenible	Formación en materia de igualdad de género	Memoria	Suma de puntos
	35,00	7,00	4,00	5,00	49,00	100,00
ELAI SERBITZUAK	3,21	7,00	4,00	5,00	42,50	61,71
OHL SERVICIOS INGESAN	4,35	7,00	4,00	5,00	44,00	64,35
<b>MEJOR OFERTA:</b>						<b>64,35</b>

e) Esta decisión que se convalidó en el acuerdo de adjudicación del contrato es nula de pleno Derecho por apartarse completamente de los pliegos rectores de la licitación que no son sino la ley que vincula a las partes (tanto al órgano de contratación como al licitador). Al respecto, hay que señalar que la oferta tal y como fue efectuada por ELAI es válida y que la fórmula es plenamente aplicable, por lo que no procede que la Mesa de contratación sustituya el valor ofertado.

f) Por otro lado, debe anularse la adjudicación porque el órgano de contratación ha contravenido los actos propios, la buena fe y la confianza legítima.

g) Asimismo, debe anularse la adjudicación porque la actuación del poder adjudicador es arbitraria y, además, discriminatoria.

h) En todo caso, si se considerase que el precio de 0,00 euros/m<sup>2</sup> no hacía operativa la fórmula la Mesa debió de optar, como lo hizo en un primer momento, por un valor mínimo que la hiciera operativa (0,001) y el no el finalmente utilizado de 0,01.

i) La recurrente expresa la necesidad de acceder a la oferta técnica de INGESAN a la que el Ayuntamiento no le ha permitido acceder.

j) Finalmente, se solicita que se anule el acuerdo de adjudicación recurrido y se retrotraiga el procedimiento para que vuelva a valorarse el criterio debatido con el precio ofertado por ELAI. Subsidiariamente, y una vez anulado el acto impugnado, que se retrotraiga el procedimiento para que sea valorado el mismo criterio aplicando el valor de 0,001 euros/m<sup>2</sup>. Como petición subsidiaria segunda, que se anule el acuerdo de adjudicación por valoración defectuosa de las ofertas técnicas.

### **SEPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador**

El Ayuntamiento de Basauri, en síntesis, alega lo siguiente para oponerse al recurso:

a) La Mesa de Contratación y teniendo en cuenta los problemas de valoración y dudas de aplicar el precio unitario propuesto por ELAI para posibles ampliaciones o disminuciones, que es de 0,00 euros/m<sup>2</sup>, acordó someter a informe la cuestión sobre la aplicabilidad de dicho precio. En el informe emitido al efecto, se puso de manifiesto entre otros, que a la vista de la oferta realizada por ELAI la aplicabilidad de la fórmula que valoraba el precio unitario quedaba desvirtuada, ya que al comparar en la aplicación de la regla de tres inversa un precio de 0,00 euros el resultado es 0 puntos para la comparada, aunque, como es el caso, las ofertas sean muy parecidas (INGESAN ofrece 0,01 euros/m<sup>2</sup>). Ello permite otorgar más puntos a quien ha realizado la oferta económica menos ventajosa en la valoración conjunta y provoca que la aplicación de la fórmula de valoración de precios unitarios ofrezca unos resultados absurdos en la valoración global.

b) La Mesa sustituyó el precio ofertado por ELAI basándose en los criterios establecidos por diversas resoluciones del TACRC.

c) No ha existido contravención a los actos propios, la buena fe y el principio de confianza legítima, pues en ninguna de las reuniones de la Mesa se acordó que el precio válido fuera a ser el de 0,001 euros/m<sup>2</sup>, como afirma la recurrente.

d) Tampoco ha existido arbitrariedad en la actuación del poder adjudicador, pues siempre se ha actuado con el fin de obtener la oferta económicamente más ventajosa para el interés general.

e) Respecto al acceso a la oferta de la adjudicataria que solicita la recurrente, hay que señalar que ya se le permitió, teniendo, eso sí, en cuenta la declaración de confidencialidad efectuada por aquélla. En todo caso, se entiende que el informe técnico de valoración de las ofertas se encuentra debidamente fundado y que permite exteriorizar los fundamentos de la decisión administrativa.

#### **OCTAVO: Alegaciones de INGESAN**

Por su parte, el adjudicatario impugnado alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La unidad mínima monetaria correspondiente al precio para servicio variable susceptible de ser ofertada ha de ser el céntimo (0,01€); por ello, el proceder de la Mesa de permutar el precio de 0 euros en el criterio de adjudicación “Precio para servicio variable” de la oferta de la recurrente por 0,01€ fue certero.

b) Por otro lado, los Órganos y Tribunales de Recursos vienen admitiendo las ofertas económicas efectuadas a cero euros, en relación con algunas prestaciones o unidades, siempre y cuando, entre otros requisitos, la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas; y que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien en su conjunto ha realizado una oferta más cara. En el presente supuesto, la oferta de 0 euros provoca que la fórmula quede desvirtuada y que el resultado final suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara, lo que no es aceptable.

c) La “rectificación” de los decimales y de la puntuación por parte de la mesa de contratación es ajustada a derecho. Se trata de la corrección de un error material, aritmético o, de hecho. En puridad no hay acto que corregir, sino tan

solo una primera clasificación que hace la mesa, de forma oral, que no desemboca en una propuesta de adjudicación.

d) La valoración del órgano de contratación está amparada por el principio de discrecionalidad técnica, no siendo posible la sustitución del criterio del órgano de contratación por el de la recurrente. ELAI reconviene en su recurso que el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor “carece del detalle suficiente”, siendo la valoración “defectuosa”, sin esgrimir razonamiento alguno.

e) No ha lugar a una solicitud tan genérica de vista del expediente. ELAI no ha concretado en su petición la documentación que deseaba examinar y el interés o motivo que pudiera justificar el acceso solicitado. Además, la recurrente no puede solicitar el acceso a partes de la oferta que ella misma haya podido declarar como confidenciales

#### **NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

La cuestión principal que motiva el recurso consiste en que el poder adjudicador, para aplicar la fórmula de un criterio automático, ha modificado un importe ofertado por la recurrente con el fin de evitar resultados absurdos y que la aplicabilidad de la fórmula no quede desvirtuada

- a) Sobre la oferta de la adjudicataria a cero euros en uno de los criterios automáticos y los supuestos resultados absurdos como consecuencia de la aplicación de una fórmula

La recurrente alega que el poder adjudicador ha modificado de manera injustificada e ilegal el importe ofertado para el criterio “Servicio variable: Ampliación o disminución de zona verde (m2)”. Por su parte, el poder adjudicador responde que la oferta ELAI en este concreto criterio impide la aplicabilidad de la fórmula y conduce a resultados absurdos. La fórmula debatida tiene el formato siguiente:

<b>L.1 Criterios de adjudicación evaluables automáticamente</b> <b>Ponderación</b>	<b>Hasta 51 puntos</b>
<p><b>1.- Precio (para lotes).</b>  <i>La fórmula de valoración aplicable al precio será la siguiente:</i>  <i>Puntos Mejor Oferta = (puntos máximos a repartir) x (Oferta Media – Mejor Oferta) / (0,1 x Tipo Licitación), siendo la valoración máxima de este apartado el máximo que puede obtenerse por este concepto.</i>  <i>Puntos resto de Ofertas = Puntos Mejor Oferta x (Baja Oferta / Baja Mejor oferta).</i></p>	<b>Hasta 35 puntos</b>
<p><b>2.- Precio para servicio variable: Ampliación o disminución de zona verde (m2):</b></p> <p>Se otorgará un máximo de los puntos que correspondan según los apartados anteriores a la oferta más económica, y el resto por regla de tres inversa.</p>	<b>Hasta 7 puntos</b>
<p><b>3. Criterios sociales: hasta 9 puntos.</b></p> <p><b>3.1. Formación en jardinería sostenible: hasta 4 puntos.</b></p> <p>Se valorará la oferta de acciones formativas al personal que ejecutará el contrato en materia de jardinería sostenible durante la duración del contrato.  Se otorgará 1 puntos por cada 10 horas anuales, hasta un máximo de 4 puntos.</p> <p><b>3.2. Formación en materia de igualdad de género: hasta 5 puntos.</b></p> <p>Se valorará la oferta de acciones formativas al personal que ejecutará el contrato en materia de igualdad de género durante la duración del contrato.  Se otorgarán 1 puntos por cada 5 horas anuales previstas a impartir a todo el personal asignado al servicio hasta un máximo de 5 puntos a lo largo del próximo contrato.</p>	<b>Hasta 9 puntos</b>

En síntesis, ELAI entiende que la actuación del poder adjudicador modificando el importe ofrecido por ella en el criterio Servicio variable: Ampliación o disminución de zona verde (m2) es nula de pleno derecho por apartarse de los pliegos rectores de la licitación (*Lex contractus*). Sobre esta alegación, se observa lo siguiente:

- 1) Ha de partirse de que (i) la fórmula cuya aplicación se debate no fue impugnada en su momento y fue configurada, obviamente, por el propio poder adjudicador a la hora de elaborar los pliegos, que (ii) el precio propuesto (0 euros) está permitido por los pliegos y aporta al poder adjudicador la mayor ventaja que puede identificar un criterio de adjudicación que mide el precio, que es la realización del objeto del contrato sin contraprestación alguna y (iii) que la fórmula es perfectamente aplicable con las cuantías ofertadas, siendo su resultado el de 7 puntos para ELAI y 0 puntos para INGESAN, de acuerdo a lo establecido en el criterio: Se otorgará un máximo de los puntos que correspondan



según los apartados anteriores a la oferta más económica, y el resto por regla de tres inversa; en este sentido, la aplicación de la fórmula establecida en los pliegos no supone la obtención de resultados matemáticamente indeterminados (ver, por ejemplo, la Resolución 149/2021 del OARC / KEAO), siendo una cuestión diferente que al poder adjudicador los resultados producidos en este caso le parezcan más o menos adecuados.

- 2) Por otro lado, este Órgano ha manifestado (ver, por ejemplo, su Resolución 145/2020) que el rasgo principal de un criterio sujeto a fórmula es la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Una vez que uno o varios de estos criterios se establecen, como en este caso, en unos pliegos firmes por consentidos, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación, lo que no solo implica respetar su contenido, sino también su misma condición de criterio sujeto a fórmula, el cual excluye cualquier margen de apreciación en su aplicación (ver también la Resolución 12/2020 del OARC / KEAO, confirmada por la sentencia del STSJPV de 24/6/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1701).
- 3) En consecuencia, no puede aceptarse la alegación del poder adjudicador de que el precio de 0 euros ofertado por ELAI desvirtúa la fórmula, ya que nada hay de reprochable en que un licitador pretenda conseguir la máxima puntuación y que sus competidores obtengan la mínima posible, con respeto a las reglas establecidas de forma transparente en las bases, pues es algo consustancial a los procedimientos de concurrencia competitiva. Por ello, tampoco cabe aceptar la alegación del poder adjudicador de que la fórmula no permite una ordenación proporcional de las ofertas, por cuanto que ello no es más que el resultado de la mera aplicación de aquéllas, que es lo propio de un criterio de adjudicación de carácter automático establecido en los pliegos por el propio Ayuntamiento. Al respecto, cabe añadir que corresponde al poder adjudicador prever el efecto de las fórmulas de valoración del precio, pues no cabe *a posteriori*

interpretarlas, como se pretende en este caso (ver, por ejemplo, la Resolución 181/2021 del OARC/KEAO).

- 4) En definitiva, la fórmula de valoración de las ofertas económicas constituye una cláusula contractual que el órgano de contratación no puede sino aplicar conforme a los precios ofertados, sin que sea admisible la alteración de los mismos con el fin de evitar unos resultados que se consideran inadecuados o absurdos tras la estricta aplicación de aquélla.

#### b) Conclusión

Una vez concluido que los pliegos permiten que se efectúen ofertas a cero euros y que la fórmula relativa al precio puede ser perfectamente aplicada con esos precios, el recurso debe estimarse íntegramente. Por otro lado, esta estimación hace innecesaria la vista de expediente solicitada por la recurrente y el pronunciamiento sobre otros aspectos alegados en el recurso

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:

### **III.- RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa ELAI SERBITZUAK, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes municipales, parques, zonas ajardinadas, arbustos y setos, jardineras, siega de caminos y arbolado” (Lote 1), tramitado por el Ayuntamiento de Basauri, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento inmediatamente anterior a su dictado para que pueda ser valorada la oferta de ELAI sin modificación de los importes ofertados.

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

**TERCERO:** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 LCSP, requerir al poder adjudicado para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

**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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2024ko martxoaren 22a**

Vitoria-Gasteiz, 22 de marzo de 2024