



EB 2014/44

Resolución 56/2014, de 30 de mayo 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, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las empresas Eragin Kirol Zerbitzuak, Xaker Kirol Zerbitzuak, Sport Studio Servicios Deportivos y Kirlan Kirol Lanak, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio de gestión deportiva, limpieza y mantenimiento del Polideportivo y otros de Igorre”, tramitado por el Ayuntamiento de Igorre.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de abril de 2014 las empresas Eragin Kirol Zerbitzuak, Xaker Kirol Zerbitzuak, Sport Studio Servicios Deportivos y Kirlan Kirol Lanak, S.L. interpusieron recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio de gestión deportiva, limpieza y mantenimiento del Polideportivo y otros de Igorre”, tramitado por el Ayuntamiento de Igorre.

SEGUNDO: Con fecha 5 de mayo se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose las de la empresa Emtsport, S.L. Consta en el expediente el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación de los recurrentes y la representación de quienes actúan en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros. El contrato objeto de recurso es un servicio de la categoría 26 (Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) con un valor estimado de 779.096,56 €.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial

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

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en el plazo previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Igorre tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.1 a y 3.2 a) del TRLCSP).

SEXTO: Expuesto en síntesis, el fundamento del recurso es el siguiente:



a) El apartado de “Mejoras” de los criterios no cuantificables por fórmula ha sido valorado por la Mesa de Contratación conforme a la aplicación de una fórmula aritmética proporcional y sin que se puedan conocer los criterios precisos seguidos para su aplicación; por el contrario, el apartado 11 del Pliego de Condiciones Económico Administrativas establece un sistema de comparación (“En cada uno de los apartados se otorgará el máximo de puntos a la oferta que resulte de mayor calidad en su conjunto. El resto se valorará a la baja, en comparación con el producto ofertado por la de mayor calidad.”). Este método de puntuación vulnera las bases de la licitación y no permite conocer los concretos motivos de la valoración o los conceptos tenidos en cuenta para la aplicación de la fórmula.

b) Se ha infringido el artículo 151.4 TRLCSP, dado que el acto recurrido no incluye explicación de las razones por las que se han desestimado las candidaturas rechazadas, lo que impide plantear un recurso fundado. Debe señalarse que se ha solicitado el acceso al expediente, que no se ha facilitado.

c) Las anteriores irregularidades no pueden solventarse con la retroacción de actuaciones porque ya se conocen las proposiciones económicas de los licitadores, no siendo posible ya cumplir con la exigencia legal de valoración separada y previa de los criterios sujetos a juicio de valor para que dicha valoración no influya en la de los criterios sujetos a evaluación mediante fórmula (artículo 150.2 TRLCSP). Consecuentemente, debe anularse la totalidad del procedimiento de licitación y la convocatoria de uno nuevo, como señala la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TACRC).

SÉPTIMO: La empresa Emtsport solicita la desestimación del recurso por las siguientes razones:

a) La Mesa de Contratación realiza una valoración de las ofertas y elige una de ellas como de “mayor calidad”, la cual obtiene la máxima puntuación en el



apartado. Las restantes ofertas reciben menos puntos, pero su puntuación no está determinada por ningún tipo de proporcionalidad o regularidad resultante de una fórmula; es el libre criterio de la Mesa, atendiendo a su valoración global. De la lectura del Pliego, aceptado por los recurrentes, se deduce que no hay un criterio automático prefijado de valoración.

b) La Administración está amparada por la discrecionalidad técnica, lo que impide a este Órgano a entrar en cuestiones distintas de los aspectos formales de la valoración; de hecho, los recurrentes buscan una valoración alternativa a la del poder adjudicador.

OCTAVO: Por su parte, el órgano de contratación alega lo siguiente:

a) No puede aceptarse la alegación de que no se ha tenido acceso a los informes que fundamentan la adjudicación, pues no sólo constan en las actas de la Mesa de Contratación, sino que además fueron remitidos y consta su recepción el 22 de abril de 2014.

b) En relación con los criterios no cuantificables mediante fórmulas, sólo es objeto de controversia el apartado de “mejoras”, valorado con un máximo de 10 puntos. En este apartado, la Mesa ha desestimado las que consideraba que no redundaban en una mejor ejecución del contrato y las que suponían sobre coste. Estimada la igualdad de calidad se procede a puntuar las mejoras, sin que se hayan incluido subcriterios no previstos, y se ha otorgado la mayor puntuación a la oferta de mayor calidad en su conjunto sin que se haya aplicado una fórmula aritmética proporcional.

c) Respecto de la afirmación de que la Mesa ha solicitado a los licitadores información con posterioridad a la apertura del sobre C, no consta ninguna actuación al respecto.



d) Respecto al desconocimiento de los motivos de valoración de los criterios no cuantificables por fórmulas, se señala que los criterios son subjetivos, conforme a los Pliegos, y de ahí se deriva la falta de coincidencia entre la cuantificación económica y la puntuación otorgada.

e) Se considera que la Resolución está suficientemente motivada, y se aporta un “informe interno” sobre la motivación de los criterios no cuantificables.

NOVENO: En el recurso se impugna la aplicación de varios criterios de adjudicación. Uno de ellos es el criterio “Mejoras ofertadas por la empresa hasta 10 puntos”. Este criterio viene descrito en el Pliego de Condiciones Económico Administrativas de la siguiente forma (artículo 11 del Pliego):

«Solamente se valorarán como mejoras aquellas que, no suponiendo sobrecosto económico, se considere y acepten que redundan en una mejor ejecución del contrato”.

El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en este caso, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos, siendo especialmente significativo para el objeto de este recurso el que exige que se precise sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. La estipulación analizada no contiene precisión suficiente acerca de los concretos elementos sobre los que pueden ofertarse las mejoras.

DÉCIMO: Al faltar las precisiones solicitadas por el artículo 147 TRLCSP y, consecuentemente, valorarse las mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados y reglados (porque tales criterios no existen), se está infringiendo el principio de igualdad, pues la elección y valoración de las mejoras queda al libre arbitrio del órgano de contratación. Dicho de otro modo, la infracción se deriva directamente de la configuración del Pliego, que atribuye a la



Administración una libertad incondicionada para aplicarlo, y no de la aplicación concreta que de él se ha hecho por el órgano de contratación.

Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, debe ahora analizarse si el recurrente debe respetar su contenido porque los Pliegos no fueron 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, en principio, convalidaría su invalidez y obligaría al poder adjudicador y a los 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, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013). Además, 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. Por ello, este Órgano debe declarar la nulidad de pleno derecho del Pliego en lo relativo al criterio “Propuesta de mejoras que no supongan un coste adicional para el Ayuntamiento”.

UNDÉCIMO: La declaración de nulidad conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la citada resolución 129/2013 del TACRC). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión



Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «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.» Todo ello conlleva la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en el criterio declarado nulo.

La declaración de nulidad de toda la licitación y la previsible tramitación de una nueva con el mismo objeto hacen superfluo el análisis del resto de los motivos de impugnación, cuya aceptación sólo podría llevar, en todo caso, a la retroacción de actuaciones.

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

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por las empresas Eragin Kirol Zerbitzuak, Xaker Kirol Zerbitzuak, Sport Studio



Servicios Deportivos y Kirlan Kirol Lanak, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicio de gestión deportiva, limpieza y mantenimiento del Polideportivo y otros de Igorre”, tramitado por el Ayuntamiento de Igorre, declarando nula la estipulación señalada en el Fundamento de Derecho Noveno y anulando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47. 4 TRLCSP.

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 maiatzaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de mayo de 2014