



EB 2017/099

Resolución 104/2017, de 21 de septiembre de 2017, 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 EUROHELP CONSULTING, S.L. frente a la adjudicación del contrato de “Prestación del servicio de creación, diseño, maquetación y publicación de páginas web; gestión de contenidos; multimedia y análisis de hardware y software”, tramitado por DonostiaTIK, Organismo Autónomo del Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 18 de julio de 2017 tuvo entrada en el Registro del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno (Zuzenean Bizkaia) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EUROHELP CONSULTING, S.L. (en adelante, EUROHELP) frente a la adjudicación del contrato de “Prestación del servicio de creación, diseño, maquetación y publicación de páginas web; gestión de contenidos; multimedia y análisis de hardware y software”, tramitado por DonostiaTIK, Organismo Autónomo del Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián. El recurso se recibió 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 día 21 de julio de 2017.

SEGUNDO: El mismo 21 de julio de 2017 se trasladó el recurso a DonostiaTIK, que remitió el expediente del contrato y el informe del artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), el día 28 de julio de 2017.



TERCERO: El día 1 de agosto de 2017 se trasladó el recurso a quienes figuran como interesados en el expediente. Dentro del plazo otorgado se han recibido las de SERIKAT CONSULTORIA E INFORMÁTICA, S.A. (en lo sucesivo, SERIKAT) el día 8 de agosto de 2017.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de don J.M. S.F., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. El contrato en cuestión tiene un valor estimado de 832.000,00 €.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son objeto de recurso especial los acuerdos de adjudicación del contrato. El acto recurrido es la Resolución de 30 de junio de 2017, del Consejo Rector de DonostiaTIK, de adjudicación del contrato

CUARTO: El recurso está interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, DonostiaTIK es un Organismo Autónomo del Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián, que tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) Nulidad del criterio adoptado por la Mesa de contratación en la valoración de las propuestas económicas presentadas por los licitadores. Infracción del principio de igualdad.



El apartado M del Anexo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo, PCAP) establece que el criterio de valoración del precio ofertado se realizará atendiendo a una serie de aspectos de apreciación automática. Sin embargo, lo cierto es que dicho criterio no contiene propiamente una fórmula expresada en forma matemática sino una mera descripción literaria, que es admitida siempre que no obligue a realizar algún juicio de valor. De la redacción que figura en los pliegos resulta imposible deducir si la misma admite una o varias expresiones matemáticas (no se especifica si la “distribución lineal” se debe aplicar respecto del porcentaje de baja ofertado por los licitadores o sobre el precio), lo que ha obligado a la Mesa de contratación a realizar un juicio de valor sobre un criterio que no está sujeto ni a su interpretación ni a su discrecionalidad. De hecho, el primer acuerdo de la Resolución recurrida rechaza la valoración contenida en el informe de “Valoración final y propuesta de adjudicación” elaborado por los técnicos de DonostiaTIK. La realidad es que los pliegos no identifican si la “distribución lineal” que prevé la fórmula se debe aplicar respecto del porcentaje de baja ofertado por los licitadores o sobre el precio ofertado, y este margen de apreciación ha determinado una alteración en un eventual resultado final que perjudica directa y gravemente a sus intereses.

La introducción de un margen de apreciación en un criterio definido como no sujeto a juicio de valor es contraria a los principios de igualdad y transparencia, y supone un vicio de nulidad del artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

b) Cancelación de todo el proceso de licitación como consecuencia de la nulidad de los criterios de valoración y adjudicación adoptados por la Mesa de contratación y el Órgano de Contratación.

De conformidad con la doctrina asentada por la jurisprudencia comunitaria, en los supuestos en los que se declara la nulidad del criterio de adjudicación impugnado se debe acordar automáticamente la cancelación de toda la



licitación. Tal pretensión anulatoria supone la formulación de un “recurso indirecto” contra los pliegos del contrato en el momento de su adjudicación, cuando el plazo para su impugnación se podría considerar precluido; a pesar de lo cual, el OARC / KEAO ha admitido en ciertas condiciones (Resolución 009/2017 y Resolución 050/2017) la interposición del “recurso indirecto”.

La retroacción de las actuaciones resultaría en el presente caso inútil porque la nueva adjudicación sería igualmente arbitraria e impugnabile porque también estaría basada en la libre voluntad del órgano de contratación sin sujeción alguna a un verdadero criterio de adjudicación, porque la descripción literaria de la fórmula se ha evidenciado como completamente ambigua, lo que impidió conocer el alcance perjudicial para sus intereses en el plazo previsto para impugnar los pliegos.

c) Solicita la declaración de nulidad del criterio adoptado por la Mesa de contratación en la valoración de las propuestas económicas presentadas por los licitadores y la consecuente cancelación de todo el proceso de licitación.

SÉPTIMO: el poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) La fórmula automática descrita en los pliegos no es ambigua ni oscura y no requiere de ninguna interpretación: distribución lineal de puntos según las bajas ofertadas.

La fórmula prevista en el apartado “M) Criterios de valoración” del Anexo al PCAP determina claramente que son las bajas respecto al precio de licitación las que deben ser valoradas proporcionalmente y añade que los puntos de este criterio se distribuyen linealmente. El recurrente pretende aprovecharse del error en el que incurrió el técnico del Centro Informático en su informe de valoración, que no fue aprobado por la Mesa de contratación ni por el Órgano de Contratación. El informe que sirve de motivación a la adjudicación del



contrato es el que aprobó la Mesa de contratación en su sesión de 22 de junio de 2017; a ésta le corresponde informar las proposiciones y elevar propuesta de adjudicación, y aplicando la literalidad del pliego valoró las ofertas “linealmente” y no “inversamente” como pretendía el técnico. Según el pliego las ofertas se valoran de forma “lineal”, esto es, cuanto mayor sea la baja en cuestión, mayor será la puntuación, lo que no es sino una regla de tres simple; si hubiera pretendido valorar proposiciones económica en los términos que defiende el recurrente, no habría utilizado ese término, sino la expresión “inversamente” proporcional, es decir, el precio más bajo es el que obtiene mayor puntuación. Añade que de acuerdo con el principio de igualdad de trato, los licitadores deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparen sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora, y que la determinación de que la asignación de puntuación a las ofertas económicas iba a ser distribuyendo los puntos linealmente según las bajas ofertadas, no puede ser modificada en el momento de su valoración.

b) Solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la adjudicación.

OCTAVO: Las alegaciones de SERIKAT son, en resumen, las siguientes:

a) Extemporánea impugnación de los pliegos que rigen el procedimiento de contratación.

EUROHELP critica la fórmula fijada por DonostiaTIK en el apartado “M) Criterios de valoración” del Anexo al PCAP. Recuerda que el artículo 40 del TRLCSP permite recurrir los pliegos y los documentos contractuales, pero que el plazo para su interposición es el de quince días hábiles computados en la forma establecida en el artículo 44.2 del TRLCSP, lo que determina para EUROHELP la preclusión de la impugnación del PCAP.



El recurrente justifica la impugnación indirecta de los pliegos mediante la impugnación de otro acto del procedimiento de contratación acudiendo a la doctrina de este OARC / KEAO expresada en la Resolución 050/2107, sin que se den los presupuestos fijados en la misma puesto que (i) no hay motivo para considerar que la cláusula sobre la fórmula adolezca de un vicio de nulidad; (ii) no puede defenderse la existencia de irregularidades que sólo se manifiestan ahora, con motivo de la adjudicación del contrato, de modo que hubiera sido imposible impugnar el PCAP en su momento.

EUROHELP no recurre en tiempo y forma y sólo al no haber resultado adjudicataria pide implícitamente su anulación, lo cual es contrario a sus propios actos, al principio de buena fe y al de seguridad jurídica, por lo que el recurso debe inadmitirse.

b) Claridad de la fórmula matemática prevista en el PCAP.

La cláusula debatida es clara y fácilmente aplicable y su puesta en duda por EUROHELP únicamente tiene por objetivo tratar de reconducir la licitación para poder presentar una oferta más competitiva que la que ha presentado y así hacerse con el contrato.

Reproduce el criterio de adjudicación debatido y tras su examen llega la conclusión de que una vez determinados los puntos a repartir, se aplica una regla de tres a fin de distribuirlos de manera lineal, esto es, el licitador con mayor baja obtiene mayor puntuación. Esta misma interpretación se concreta por la Mesa de contratación, que en su reunión de 22 de junio de 2017 entiende que la fórmula debe aplicarse sobre el porcentaje de baja ofertado por los licitadores y no sobre el precio; en ningún momento se dice que existan criterios divergentes entre los técnicos y la Mesa, sino que existe un error de aplicación matemática.

c) Falta de relevancia del informe emitido por los técnicos de DonostiaTIK.



De conformidad con el artículo 160 del TRLCSP, la Mesa de contratación solicitó informe a los técnicos de DonostiaTIK, pero únicamente para la valoración técnica de las ofertas. Sin embargo, el informe valoró también las ofertas económicas, valoración que fue corregida por la Mesa, que era quien tenía competencia plena.

d) Falta de contradicción entre la Mesa de contratación y el Órgano de Contratación.

No existe tal contradicción, la adjudicación de 30 de junio de 2017 del Consejo Rector se hace sobre la base de la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de contratación, sin manifestar al respecto objeción alguna.

e) Necesidad de adjudicar el contrato a la mejor oferta.

En cuanto al precio, la oferta de SERIKAT (106 €/hora) resulta notablemente más competitiva que la de EUROHEL (123 €/hora), lo que debe redundar en la necesidad de mantenimiento de la adjudicación a su favor.

f) Necesidad de resolver el levantamiento de la suspensión.

El recurrente no justifica la necesidad de mantener la suspensión cautelar de la licitación, interesando únicamente la suspensión automática del artículo 45 del TRLCSP, que de no tratarse de una suspensión “ex legem” no se habría podido acordar porque no existe una apariencia de buen derecho en sus pretensiones, causa un grave perjuicio económico para SERIKAT y genera un evidente perjuicio a la corporación municipal y a los administrados.

g) Solicita (i) el levantamiento de la medida provisional de suspensión, permitiendo al órgano de contratación que continúe con la formalización del contrato, y subsidiariamente la constitución por el recurrente de una caución por valor del 5% del presupuesto base de licitación, para reparar los daños



derivados de la paralización de la puesta en marcha del servicio objeto de contrato; (ii) resolver la inadmisión del recurso especial y subsidiariamente desestimarlos íntegramente.

NOVENO: EUROHELP reprocha que la redacción del apartado M del Anexo al PCAP admite una o varias expresiones matemáticas, lo que ha obligado a la Mesa de contratación a realizar un juicio de valor sobre un criterio automático que no está sujeto ni a su interpretación ni a su discrecionalidad. Tal y como manifiesta en su escrito, impugna a través de un “recurso indirecto” un apartado de los pliegos en el momento de la adjudicación, cuando el plazo de impugnación se podría considerar precluido, y aduce para ello que es en este momento cuando la descripción literaria de la fórmula se ha evidenciado como completamente ambigua, circunstancia que les impidió conocer el alcance perjudicial para sus intereses en el plazo previsto para impugnar los pliegos.

En diversas resoluciones (entre ellas, las Resoluciones 009/2017 y 050/2017 que cita el recurrente) este OARC / KEAO ha manifestado su parecer sobre la impugnación de unos pliegos a través del “recurso indirecto”, manifestando que:

«- La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.



- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es precisamente el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58).

- Con base en lo anterior, este OARC/KEAO ha aceptado que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee un recurso indirecto contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).»

Expuesto lo anterior, la cuestión que debe dilucidarse es si es cierto que el criterio de adjudicación denunciado es ambiguo y admite varias expresiones matemáticas. El apartado M del Anexo del PCAP prevé lo siguiente:

«1- VALORACIÓN DEL PRECIO OFERTADO:

Considerando que los perfiles solicitados se ofertan con una dedicación amplia y similar entre ellos, se valora, a efectos de valoración del precio, la suma del precio ofertado de la hora de cada uno de los 4 perfiles.

Valoración del precio: hasta un máximo de 55 puntos, que se otorgarán de acuerdo a las siguientes pautas:

- Si la baja máxima no supera el 10% los puntos se distribuyen linealmente pero divididos por tres.



- Si la baja máxima supera el 10% pero no supera el 20% los puntos se distribuyen linealmente pero sólo dos tercios.
- Si la baja máxima supera el 20% se distribuyen linealmente todos los puntos.»

Se debe señalar que en el Anexo II los licitadores deben ofertar precios/hora para 4 perfiles (Analista o jefe de proyectos, diseñador@ o maquetador@ gráfico@, analista-programador@ y especialista en gestión de contenidos), y un precio de equipo con la suma de los anteriores, por un importe máximo de licitación de 130 €, IVA excluido, que es el precio que valora el criterio de adjudicación reproducido.

La valoración de un criterio de apreciación automática expresado de forma literal, como el descrito en el apartado debatido, en lugar de hacerlo mediante el lenguaje simbólico formal propio de las fórmulas matemáticas, ha sido admitida por este OARC / KEAO, que en su Resolución 070/2014 afirma que «Se observa que este apartado no es propiamente una fórmula, expresada en forma matemática, sino una descripción literaria, opción admitida por este órgano resolutorio siempre que la ambigüedad en el lenguaje literario no obligue a realizar algún juicio de valor en un criterio que es precisamente de aplicación automática según el art. 150.2 del TRLCSP (ver la Resolución 69/2013).»

A juicio del recurrente, la dicción de la cláusula reproducida permite indistintamente interpretar que la “distribución lineal” se puede aplicar respecto del porcentaje de baja ofertado por los licitadores o sobre el precio de oferta; circunstancia que niegan el poder adjudicador y el adjudicatario impugnado, que defienden que la distribución de los puntos se hace linealmente en función del porcentaje de baja de las ofertas respecto del precio máximo de licitación.

No puede acogerse el motivo de impugnación esgrimido por el recurrente; a juicio de este OARC / KEAO, la aplicación realizada por el poder adjudicador de distribución lineal de puntos basado en el porcentaje de baja del precio ofertado por los licitadores respecto del importe máximo de licitación es la única



que cumple todos los términos de la descripción literaria que contiene el apartado M del PCAP:

(i) Tal y como prevé el criterio, se valora la suma del precio ofertado de la hora de cada uno de los 4 perfiles, aunque se hace indirectamente en función del porcentaje de baja del precio ofertado (SERIKAT 106 €: 18,76% de baja; EUROHELP 123,90 €: 4,69% de baja) sobre el precio máximo de licitación (130 €).

(ii) Los puntos del tramo (baja máxima supera el 10% pero no supera el 20%) se distribuyen de forma lineal, otorgando a la oferta con mayor baja (18,76%) los 36,67 puntos del tramo, y 0 puntos a una hipotética oferta que igualara el precio máximo (130 €), mientras que el resto se puntúa proporcionalmente siguiendo la línea trazada entre ambos puntos, conforme a la siguiente fórmula:

$$Puntuación = \frac{Ov \times P.máx.}{Om}$$

Donde:

Ov = % de baja de la oferta a valorar: SERIKAT: 18,76; EUROHELP: 4,69.

Om = % de baja de la mejor oferta: SERIKAT: 18,76.

P. máx. = puntuación máxima otorgada de 36,76 puntos

Siendo el resultado:

	% baja	Oferta	Puntuación
Baja SERIKAT	18,76%	106,00	36,67
Baja EUROHELP	4,69%	123,90	9,17
Precio máximo	0,00%	130,00	0,00
Puntuación máxima	36,67		36,67

Por el contrario, la segunda interpretación que defiende el recurrente no cumple completamente la descripción que se hace en el criterio de adjudicación:



(i) Toma en consideración la suma del precio ofertado de la hora de cada uno de los 4 perfiles.

(ii) Prevé que la mejor oferta (SERIKAT 106 €) obtendrá los 36,67 puntos del tramo, pero la distribución de la puntuación al resto de ofertas no se realiza de forma lineal porque en la representación gráfica de la función no es posible trazar una línea recta entre dos puntos al no haber una oferta a la que se puedan otorgar 0 puntos; así, una hipotética oferta que igualara el precio máximo de licitación obtendría 29,90 puntos de los 36,67 posibles, y la fórmula puntuaría, aunque no fueran tenidas en cuenta, las ofertas que superaran el precio máximo de licitación, de forma que la distribución de la puntuación no es matemáticamente lineal, ya que con la fórmula que propone no cabe que ninguna oferta obtenga 0 puntos.

$$Puntuación = \frac{Om \times P. \text{máx}}{Ov}$$

Donde:

Om = es el precio de la mejor oferta

P. máx = es la puntuación máxima otorgada de 36,76 puntos

Ov = es la oferta a valorar

Siendo el resultado:

		Puntuación
Oferta SERIKAT	106,00	36,67
Oferta EUROHELP	123,90	31,37
Precio máximo	130,00	29,90
Puntuación máxima	36,67	

No puede acogerse que la redacción del apartado M del Anexo al PCAP admita dos interpretaciones. El recurrente realiza su propia interpretación de la



aplicación del criterio de adjudicación que, como se ha visto, no satisface completamente su literalidad, al no distribuir la puntuación de forma lineal, que es lo que se pide en la fórmula debatida, y permite que ofertas que igualen el tipo de licitación (0% de baja) obtengan 29,90 puntos, puntuación que es muy superior a los 18,67 puntos que obtendría la mejor oferta de una baja no superior al 10%, lo cual da lugar a un absurdo teleológico. En definitiva, de entre las dos opciones que plantea el recurrente, únicamente la fórmula aplicada por el poder adjudicador, que puntúa el precio en función los porcentajes de baja de las ofertas, distribuye linealmente la puntuación.

En consecuencia el recurso debe ser desestimado.

DÉCIMO: Tampoco puede atenderse la petición de SERIKAT de constitución por el recurrente de una caución por valor del 5% del presupuesto base de licitación, para reparar los daños derivados de la paralización de la puesta en marcha del servicio objeto de contrato, puesto que en ningún momento se concretan y cuantifican los daños que se reclaman y, además, la emisión de la presente resolución conlleva el levantamiento automático de la suspensión de la adjudicación del contrato.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EUROHELP CONSULTING, S.L. frente a la adjudicación del



contrato de “Prestación del servicio de creación, diseño, maquetación y publicación de páginas web; gestión de contenidos; multimedia y análisis de hardware y software”, tramitado por DonostiaTIK, Organismo Autónomo del Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

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, 2017ko irailaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de septiembre de 2017