



EB 2018/003

Resolución 034/2018, de 8 de marzo de 2018, 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 ZAINZTEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda domiciliaria en el Ayuntamiento de Hondarribia”, tramitado por el Ayuntamiento de Hondarribia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 4 de enero de 2018, la empresa ZAINZTEN, S.A. (en adelante, ZAINZTEN) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda domiciliaria en el Ayuntamiento de Hondarribia”, tramitado por el Ayuntamiento de Hondarribia.

SEGUNDO: Con fecha 4 de enero se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP), documentación que se recibió en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) el día 10 de enero de 2018.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 18 de enero se han recibido las alegaciones de EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. (en adelante, EULEN).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la empresa recurrente, así como la representación de D. J.M.G.V., para actuar en su nombre.



SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 €, entre los que se encuentran los servicios comprendidos en el CPV 85300000-2 “Servicios de asistencia social y servicios conexos”, como el del contrato cuya adjudicación se impugna.

TERCERO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Hondarribia tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) El Ayuntamiento de Hondarribia ha denegado al recurrente el acceso al expediente al objeto de comprobar la forma en la que se han aplicado los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmula, ya que el resultado obtenido por las licitadoras difiere de la que debieran haber obtenido.

b) El que la adjudicación no contenga la información para saber cómo se han aplicado los criterios establecidos en los pliegos, ni las operaciones y valoraciones y atribución de puntuación y la imposibilidad de examinar el expediente de contratación dentro del plazo de presentación del recurso coloca a la recurrente en una situación de indefensión material, toda vez que le impide conocer los antecedentes necesarios para la eficaz defensa de sus intereses.

c) La pretensión es la de acceder al expediente de contratación para poder completar el recurso, anular el acto recurrido por haberse dictado incumpliendo las prescripciones establecidas en el TRLCSP, en los pliegos y los principios



que rigen la contratación y retrotraer las actuaciones al momento anterior a su dictado, ordenando a la Administración a atribuir nuevamente las puntuaciones y subsidiariamente la anulación de la adjudicación por no contener la debida motivación.

SÉPTIMO: Las alegaciones de EULEN (adjudicataria impugnada) son las siguientes:

- a) La fórmula inicial conforme a la cual ponderar el criterio de adjudicación “Porcentaje del precio de adjudicación destinado a costes salariales directos auxiliares Domic. y Coordinador/a”, que consta en la cláusula 18.2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) fue modificada mediante anuncio publicado en el perfil de contratante.
- b) La adjudicación del contrato se efectúa con base en varios criterios, en el que junto a criterios puramente objetivos (en este caso el precio), se valoran criterios sujetos a juicios de valor como la calidad del proyecto.
- c) El acto impugnado goza de la presunción de legalidad y la actividad probatoria de la actora tendente a acreditar su pretensión ha sido completamente nula.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones:

- a) En el acto público de apertura del sobre “C” se entregó a los licitadores el informe técnico de valoración de las correspondientes proposiciones.
- b) En ningún momento se le ha denegado a ZAINZEN el acceso al expediente, ya que la solicitud ha sido atendida en plazo y se ha permitido el acceso el 4 de enero de 2018.

NOVENO: El recurso se fundamenta en la ausencia de motivación del acto de adjudicación y en la necesidad de acceder a tomar conocimiento el expediente



administrativo para así fundar el recurso especial, (...), en cuanto que precisa conocer los concretos términos en los que el Ayuntamiento de Hondarribia ha procedido a aplicar el criterio objetivo, evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas, consistente en “*porcentaje del precio de adjudicación destinado a costes salariales directos de auxiliares a domicilio y coordinador/a*”, y los concretos términos en los que han sido presentadas las proposiciones (...) Ello ante las dudas que le genera el acto de adjudicación dictado, en cuanto que no contiene la motivación exigida por el art. 151.4 RDL 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP, y porque aplicando, de manera estricta, la fórmula contenida en el pliego mi mandante resulta ser la adjudicataria del contrato (...).

El recurrente critica la forma en la que se ha aplicado un criterio de adjudicación ponderable mediante la aplicación de una fórmula y la ausencia de motivación de cómo se ha obtenido el resultado de la operación en el acuerdo de adjudicación del contrato; razón por la cual solicita el acceso al expediente.

En relación con los criterios de evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, este OARC/KEAO ha manifestado que el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema” (ver, la Resolución 70/2014 del OARC/KEAO) y su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos (ver, por todas, la Resolución 138/2015 del OARC/KEAO).

A diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que se caracterizan por su carácter discrecional, lo que obliga a su motivación con la finalidad de proceder a un control adecuado de los mismos en orden a evitar la arbitrariedad (art. 35.1.i) de la Ley de Procedimiento Administrativo y art. 151.4 TRLCSP), los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula se caracterizan por su automatismo, razón por la que no se necesita su motivación, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación. A este respecto, este OARC/KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, en este sentido la Resolución 4/2017), que para el



cumplimiento del requisito de la motivación en la aplicación de un criterio de adjudicación de evaluación automática es suficiente con que al licitador le consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula se ha aplicado correctamente, lo que sin duda sucede en este caso, en el que el recurrente efectúa su propio cálculo, por lo que el acceso al expediente a estos efectos resulta innecesario..

El criterio de adjudicación debatido, se halla formulado de la siguiente manera en la cláusula 18 del PCAP, tras la corrección de errores que se publicó en el perfil de contratante de Euskadi los días 16 de agosto y 12 de septiembre de 2017¹

18. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

La adjudicación del presente contrato se realizará por procedimiento abierto, tramitación ordinaria.

Los criterios de adjudicación de las ofertas que han de servir de base para la adjudicación del contrato, relacionados por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye son los siguientes:

CRITERIOS OBJETIVOS:

1.- Oferta económica: De 0 a 26 puntos.

La puntuación total de cada licitador en este apartado será la que se obtiene de la suma de las puntuaciones obtenidas tras aplicar la formula sobre el precio hora laboral y precio hora festiva dividida entre dos.

Para la ponderación de ofertas económicas recibidas se aplicaran los siguientes criterios:

Quedaran excluidas de la licitación las ofertas que superen los precios/hora de la licitación, bien sea por el precio hora laborable, el precio hora festiva o ambas.

Se otorgaran 26 puntos a la oferta que iguale los precios/hora de licitación.

Para puntuar el resto de las ofertas, se aplicaran las siguientes formulas:

Precio hora laborable:

PI= Ob/OI x 26 puntos

Donde:

PI: puntuación del licitador.

¹ <http://www.contratacion.euskadi.eus/w32-1084/es/v79aWar/comunJSP/v79aObtenerFicheroTrazabilidad.do?idioma=es&tipoAnuncio=Anuncio&idOrigen=8054&origen=JASO&R01HNoPortal=true>



Ob: mejor oferta.

Ol: oferta del licitador

La oferta del precio se considerara anormal o desproporcionada si el precio/hora laboral y/o festivo que se oferta es un 5% inferior a la establecida en el presente pliego

Esta circunstancia no será motivo de exclusión siempre que el licitador justifique suficientemente que su proposición es viable (mediante la aportación de los cálculos y argumentos que se estimen oportunos)

(....)

2.- Porcentaje del precio de adjudicación destinado a Costes Salariales Directos de Auxiliares Domic. y Coordinador/a: De 0 a 25 puntos.

La oferta más ventajosa: 25 puntos.

Para puntuar el resto de las ofertas, se aplicaran las siguientes formulas:

- Precio hora laborable:
- $PI = (Ob \times Ol) / 25$ puntos
- Donde:
- PI: puntuación del licitador.
- Ob: mejor oferta.
- Ol: oferta del licitador

En el contrato que nos ocupa, del informe de fecha 14 de noviembre de 2017, se desprende que el criterio debatido ha sido aplicado de la siguiente forma:

EMPRESA	Precio/Hora (IVA incluido) De lunes a Viernes	PUNTUACIÓN Precio/Hora (IVA incluido) De lunes a Viernes	Precio/Hora (IVA incluido) Sábados, Domingos y festivos	PUNTUACION Precio/Hora (IVA incluido) Sábados, Domingos y festivos	TOTAL Puntuación Precio/Hora	% gastos de personal	Puntuación % gastos de personal (*)
ARQUISOCIAL, S.L.	20,12	25,32	24,29	25,30	25,31	93,55	23,49
EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A.	20,28	25,12	24,49	25,10	25,11	92,24	23,16
ZAINTZEN, S.A.	19,59	26	23,64	26	26	99,57	25

(*) Formularen idazkeran akatsa egonik, aipatzen den moduan aplikatu da:/ Detectado error en la redacción de la fórmula se ha aplicado de la siguiente manera: $(Ol/Ob) \times 25$

(...)



SAD ADJUDICACIÓN DEL SERVICIO

Oferta económica

	h.laborable	h.festiva	
arquisocial	20,12	24,29	
eulen	20,28	24,49	
zaintzen	19,50	23,64	
licitación	20,33	24,54	
temeraria	19,31	23,31	
Aplicación fórmula			PUNT TOTAL
arquisocial	25,32	25,30	25,31
eulen	25,12	25,10	25,11
zaintzen	26	26	26

Porcentaje del precio de adjudicación destinado a costes salariales

arquisocial	93,55	23,49
eulen	92,24	23,16
zaintzen	99,57	25

PROPUESTA ADJUDICACIÓN				
	B	C		TOTAL
arquisocial	40,5	25,31	23,49	89,30
eulen	44,5	25,11	23,16	92,77
zaintzen	41	26	25	92

El recurrente, aporta su propia valoración del criterio de adjudicación evaluable mediante fórmulas:

Licitador	Precio 1	% Baja1	Puntuación precio licitación	% precio adjudicación	Precio sobre el que puntuar	Puntuación porcentaje	Subjetiva	Total
ZAINTZEN	18,84 €	3,63%	26,00	99,57%	18,76 €	25,00	41,00	92,00
EULEN, S.A	19,50 €	0,26%	24,15	92,24%	17,99 €	13,50	44,50	82,15
ARQUISOCIAL	19,35 €	1,02%	24,34	93,55%	18,10 €	13,58	40,50	78,42

Nos hallamos ante un criterio de adjudicación de aplicación automática y en el expediente obran todos los datos para su aplicación, por lo que este OARC/KEAO, tal y como ha indicado anteriormente, considera que no es necesario dar trámite de acceso al expediente al recurrente para la posterior compleción del recurso, ya que el propio órgano resolutorio puede verificar si el órgano de contratación ha realizado las operaciones tal y como y como figuran en el PCAP. A este respecto, cabe indicar que los documentos contractuales no han sido recurridos por las partes y éstas han de acatarlo, resultando su contenido de inexcusable cumplimiento.



El primer dato a tomar en cuenta es el de las ofertas efectuadas por los diversos licitadores, que han sido las siguientes:

	€/H Laborales	€/H Sábados y domingos	% Gastos personal
ZAINTZEN	19,59	23,64	99,57
EULEN	20,28	24,49	92,24
ARQUISOCIAL	20,12	24,29	93,55

Todas estas cantidades incluyen el 4% del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Del contraste del informe del poder adjudicador de 14 de noviembre de 2017 y del recurso, se observa que hay contradicción sobre el importe del precio al que se deben aplicar las fórmulas; mientras que el poder adjudicador lo hace sobre el precio bruto ofertado, con inclusión del IVA, el recurrente lo realiza sobre el precio sin IVA. A este respecto, este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, en este sentido la Resolución 60/2013) que las ofertas se deben comparar sin tener en cuenta este tributo pues es la forma de tratar con igualdad o de forma homogénea las ofertas de las empresas que están exentas de IVA con las que no lo están.

Consecuentemente, los importes a los que habrá que aplicar la fórmula, son los siguientes

	€/H Laborales	€/H Sábados y domingos	% Gastos personal
ZAINTZEN	18,84	22,73	99,57
EULEN	19,50	23,55	92,24
ARQUISOCIAL	19,35	23,36	93,55

La cláusula 18 del PCAP especifica que la fórmula del criterio de adjudicación “Oferta económica”, ponderada con 26 puntos, se obtiene de la “suma de las puntuaciones obtenidas tras aplicar la fórmula sobre el precio hora laboral y precio hora festiva dividida entre dos”. El resultado de esta operación es:



	€/H LABORABLES	Puntos	€/H sábados y domingos	Puntos	Suma de puntuaciones
ZAINTZEN	18,84	26,00	22,73	26,00	26,00
EULEN	19,50	25,12	23,55	25,10	25,11
ARQUISOCIAL	19,35	25,32	23,36	25,30	25,31

Se constata que la fórmula referida al criterio de adjudicación “Oferta económica”, arroja el mismo resultado aunque se aplique sobre el precio IVA incluido, por lo que se puede considerar correctamente aplicado.

El segundo criterio de adjudicación valorable mediante la aplicación de fórmula y ponderado con 25 puntos es el “Porcentaje del precio de adjudicación destinado a costes salariales directos auxiliares domic. y Coordinador/a”. Tal y como se establece en el PCAP, lo valorable es la oferta efectuada por el licitador, esto es, el porcentaje de baja ofertado por cada licitador y la fórmula es la que figura en la corrección de errores publicada en el perfil del contratante el 12 de septiembre de 2017 y la que el propio adjudicatario impugnado considera que es de aplicación (A la oferta más ventajosa 25 puntos y el resto, $PI = (Ob \times Ol) / 25$ punto. Donde: PI: puntuación del licitador, Ob: mejor oferta y Ol: oferta del licitador). Aplicando esta fórmula al porcentaje ofertado por cada licitador, el resultado es:

	% Gastos personal	Puntuación
ZAINTZEN	99,57	25,00
EULEN	92,24	367,37
ARQUISOCIAL	93,55	372,59

Se observa que el poder adjudicador ha modificado la fórmula y que la utilizada es $PI = (Ol/Ob) \times 25$, que ni figura en los pliegos de la licitación ni en la corrección de errores publicada en su día en el perfil de contratante.

El principio de transparencia (art. 1 del TRLCSP), que tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora, obliga a 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 todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma (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), implicando, asimismo, que la entidad adjudicadora debe atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Bélgica, apartados 88 y 89), porque los licitadores deben hallarse en pie de igualdad, tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (véase la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartado 34). Ello implica que un criterio de adjudicación no puede ser modificado unilateralmente y sin conocimiento de los potenciales licitadores. Esta última circunstancia concurre en la evaluación del criterio de adjudicación “Porcentaje del precio de adjudicación destinado a costes salariales directos auxiliares domic. y Coordinador/a”, en el que el poder adjudicador, una vez conocidas las ofertas valorables mediante fórmulas, ha modificado la publicada y conocida por los licitadores. Consecuentemente, el recurso ha de ser estimado en este punto. Esta conclusión no puede verse modificada por la circunstancia de que la aplicación de la fórmula arroje un resultado imposible, ya que su sustitución por cualquier otra, conocidas todas las ofertas, implicaría arbitrariedad por parte del poder adjudicador.

UNDÉCIMO: La pretensión principal de la recurrente consiste en (...) retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado del acto administrativo de adjudicación, por entender que el acto recurrido es nulo y no conforme a Derecho, por haberse dictado incumplimiento las prescripciones establecidas por el TRLCSP, las disposiciones establecidas por los Pliegos rectores de la licitación y haberse incumplido los principios que rigen la contratación administrativa, ordenando a la Administración a atribuir nuevamente las puntuaciones a las proposiciones presentadas conforme al contenido de los pliegos.

Consecuentemente, el principio de congruencia establecido en el art. 47.2 del TRLCSP obliga a este OARC/KEAO a pronunciarse dentro de los límites de la pretensión deducida por el recurrente y, por lo tanto, a declarar nulo el acuerdo de adjudicación del contrato y acordar la retroacción del procedimiento al momento de anterior de aplicación de criterio de adjudicación “Porcentaje del



precio de adjudicación destinado a costes salariales directos auxiliares domic. y Coordinador/a” para la aplicación de la fórmula publicitada en el perfil de contratante como “corrección de errores” y conocida por los licitadores. No obstante, en el momento de la decisión que ha de poner fin al procedimiento de adjudicación el órgano de contratación debe tener en cuenta que la aplicación del criterio de adjudicación no puede modificar la ponderación relativa asignada a dicho criterio (25 sobre 100), por ir ello en contra de los principios de igualdad de trato y de transparencia, y tampoco puede modificar la fórmula, por lo que deberá adoptar una decisión ajustada a estos criterios.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 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 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ZAINZEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de ayuda domiciliaria en el Ayuntamiento de Hondarribia”, tramitado por el Ayuntamiento de Hondarribia, declarando nulo el acuerdo de adjudicación y ordenando la retroacción del procedimiento en el sentido señalado en el fundamento jurídico undécimo de esta resolución.

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



TERCERO: 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, 2018ko martxoaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de marzo de 2018