



EB 2015/044

Resolución 057/2015, de 21 de mayo de 2015, 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 interpuesto por INSTALACIONES ELÉCTRICAS INELSA, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de control, funcionamiento, mantenimiento, conservación y adecuación de las instalaciones de alumbrado público y reguladoras de tráfico en Erandio.”

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de abril de 2015 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Erandio el recurso especial en materia de contratación interpuesto por INSTALACIONES ELÉCTRICAS INELSA, S.A. frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de control, funcionamiento, mantenimiento, conservación y adecuación de las instalaciones de alumbrado público y reguladoras de tráfico en Erandio”.

SEGUNDO: El recurso, el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada el 17 de abril de 2015 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).

TERCERO: El 24 de abril de 2014 se trasladó el recurso a los interesados, sin que en el plazo otorgado se haya recibido alegación alguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don J. F.F. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

El contrato objeto del recurso es un servicio de la categoría 1 (Servicios de mantenimiento y reparación) con un valor estimado de 820.000,00 €.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

El acto recurrido es el Decreto de Alcaldía Núm. 547/15, de 26 de marzo, de adjudicación del contrato.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Erandio tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Necesidad de atenerse al pliego de condiciones pues el apartado de “mejoras” de los criterios no cuantificables por fórmula ha sido valorado por la Mesa de contratación conforme a la aplicación de un factor de corrección (desconocido hasta ahora puesto que no aparecía en el pliego de condiciones ni era público) y sin conocer los criterios precisos para su aplicación. No se han establecido previamente las pautas para la valoración económica de las



mejoras y, como consecuencia de la indefinición de la ponderación de la parte económica de las mejoras, se le ha impedido a la empresa formular su oferta en condiciones de plena igualdad.

b) No se discute la puntuación asignada en el criterio de “mejoras” (denominada “puntuación inicial mejoras sin precio”) que es de 16 puntos para la empresa TECUNI y 13 puntos para la recurrente sino el factor corrector aplicado que hace que la oferta de la recurrente pase a ser valorada, finalmente, con 9,75 puntos.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone con los siguientes argumentos:

a) La cláusula “Mejoras” aparece configurada dentro de los criterios denominados “Criterios no cuantificables por fórmulas”, es decir, dependientes de un juicio de valor, en los que la discrecionalidad técnica juega un papel fundamental.

b) El recurso hace mención a la aplicación de un factor de corrección que, si bien se reconoce que se ha utilizado este término, no es tal sino la aplicación de una regla proporcional. Las empresas licitantes presentan mejoras realizando propuestas concretas y valoradas económicamente según precios unitarios recogidos en el pliego técnico. Las ocho ofertas han presentado un total de 92 propuestas de mejora. Cada empresa ha realizado libremente una oferta que contiene distinto número de propuestas. El número concreto de ofertas de mejora presentadas por el recurrente y el adjudicatario así como su valoración económica ha sido: TECUNI (adjudicataria del contrato) 18 propuestas por un valor de 32.923 € e INELSA (empresa recurrente) 15 propuestas por un valor de 24.837 €. La puntuación se ha realizado teniendo en cuenta un doble análisis: primero se valora el número de propuestas presentadas (0 puntos las propuestas que no se consideran mejora, 0,5 puntos las propuestas no concretas, 1 punto las propuestas de mejora concretas y valoradas) y, segundo, se realiza un análisis por montante económico ofertado y se observa que se realizan ofertas concretas parecidas dentro de cada grupo



con valoraciones económicas dispersas, de lo cual se deduce la dificultad de realizar un análisis homogéneo, que no discrimine las ofertas presentadas. Para la valoración del montante económico se utiliza un principio de simplicidad y se aplica una regla proporcional; a la mayor oferta (32.923 €) se le asigna el 100 % y resto de ofertas proporcional.

OCTAVO: El fondo de la cuestión versa sobre la correcta aplicación del criterio de adjudicación denominado “mejoras”. Para su análisis se debe comenzar reproduciendo la cláusula del pliego de cláusulas administrativas particulares que desarrolla tal criterio de adjudicación y que dice así:

“III.4.1.2.- MEJORAS hasta 19 puntos

Se considera mejoras la oferta de prestaciones que no estando incluidas en las obligaciones del contrato, no suponen contraprestación económica alguna para el Ayuntamiento y redunden en una mejor ejecución del mismo, debiendo estar valoradas económicamente. Para proceder a su valoración, se presentarán ofertas de mejora que contendrán mediciones y deberán tener en cuenta los de precios unitarios relacionados en anexo 1 y 2.

El Ayuntamiento de Erandio se reserva la posibilidad de no ejecutar una mejora concreta y procederá a descontar el importe ofertado del canon mensual.

El criterio para valorar las ofertas de mejora tendrán en cuenta: la propuesta realizada, el número de propuestas presentadas y/o montante económico ofertado por el licitante.

Se valorará las mejoras que cumpliendo lo antedicho se refieran a los siguientes aspectos:

1. La mejora eficiencia energética en equipos..... hasta 4 puntos
2. La puesta en norma de instalaciones de alumbrado público hasta 4 puntos
3. La mejora de ajustes en contratación con distribuidora eléctrica hasta 2 puntos
4. La mejora de reordenación y rotulación de centros mando hasta 2 puntos
5. La mejora de accesibilidad y seguridad en instalaciones reguladoras de tráfico..... hasta 2 puntos
6. La mejora de Apoyo técnico a eventos culturales con dedicación mínima de 16 horas.... hasta 2 puntos
7. Otras propuestas de mejora relacionadas directamente con el objeto contrato..... hasta 2 puntos
8. Propuesta de mejora de perspectiva de género en relación gestión alumbrado público.... hasta 1 punto”

El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en el caso del criterio de adjudicación impugnado,



mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos. Entre ellos, y por lo que interesa al objeto de este recurso, el artículo 147.2 TRLCSP establece que, si se autoriza la presentación de mejoras, debe precisarse sobre qué elementos pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse. Este precepto no es sino una aplicación específica de otro principio más general, el que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, asunto C-513/99).

Contrastado el criterio impugnado con esta normativa, se observa que el PCAP precisa con suficiente claridad los elementos sobre los que versará la mejora y pondera cada uno de ellos dentro del peso total de este criterio de adjudicación pero se observan insuficiencias en cuanto a la descripción de la forma de valorar las mejoras propuestas. El PCAP al describir el criterio que se utilizará para la valoración de las mejoras (número de propuestas presentadas y/o montante económico ofertado) efectúa una acumulación incorrecta de conjunciones; copulativa una ("y"), que expresa suma o adición y disyuntiva la segunda ("o"), que expresa una elección entre dos opciones, cuyo resultado es una expresión de dos contenidos idiomáticos totalmente incompatibles entre ellos, cuya consecuencia es no saber la regla que debe ser la utilizada para la valoración. Todo ello implica que el criterio de adjudicación no pueda ser aplicado sin caer en la arbitrariedad pues tan posible es valorar únicamente el número de propuestas presentadas como valorar únicamente el montante económico ofertado por el licitante, como valorar ambas, convirtiendo en arbitraria la aplicación de cualquiera de estas reglas de valoración. La formulación de un criterio de adjudicación que permite su aplicación de varias formas, todas ellas posibles y todas ellas excluyentes, es contrario al principio de transparencia e igualdad de trato y, por tanto, jurídicamente inaceptable.



NOVENO: Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran 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 del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría 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 y el de transparencia e igualdad de trato recogidos en el art. 139 TRLCSP (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a las mejoras

DÉCIMO: La declaración de nulidad del criterio de adjudicación de “mejoras” conlleva la de todo el proceso de licitación (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). 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 a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre el criterio declarado nulo.

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 del a 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 INSTALACIONES ELÉCTRICAS INELSA, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de control, funcionamiento, mantenimiento, conservación y adecuación de las instalaciones de alumbrado público y reguladoras de tráfico en Erandio”, declarando la nulidad de la cláusula “III.4.1.2 Mejoras” del PCAP y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de 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, 2015eko maiatzaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de mayo de 2015