



EB 2019/028

Resolución 064/2019, de 28 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 mercantil ELAI SERBITZUAK, S.L. frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, parques y zonas verdes del municipio de Zamudio (lote 1)”, promovido por el Ayuntamiento de Zamudio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 1 de febrero de 2019, ha tenido entrada 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 mercantil ELAI SERBITZUAK, S.L. (en adelante, ELAI) frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, parques y zonas verdes del municipio de Zamudio (lote 1)”, promovido por el Ayuntamiento de Zamudio.

SEGUNDO: Los días 1, 8 y 11 de febrero este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, 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 febrero.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 20 de febrero, se han recibido el 27 del mismo mes las alegaciones de ENVISER SERVICIOS MEDIO AMBIENTALES, S.A.U. (en adelante, ENVISER), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación de la recurrente, así como la representación de D. S.A.A., que actúa en su nombre.

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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso debe considerarse interpuesto en el plazo legal. Aunque la remisión de la notificación del acto impugnado se produjo el día 3 de enero de 2019 y el escrito de recurso se entregó en el registro de este Órgano resolutorio el 1 de febrero, superado largamente el plazo previsto en el artículo 50.1 d) de conformidad con lo dispuesto en la D.A. 15ª de la LCSP, nos encontramos ante una notificación defectuosa. En concreto, no se expresa (i) la indicación de si el recurso es o no definitivo en vía administrativa, (ii) la expresión de los recursos



que procedan (omite la posibilidad alternativa de plantear directamente el recurso contencioso administrativo), y (iii) no consta el Órgano ante el que hubiera de presentarse el recurso (artículo 46 de la LCSP), lo que incumple el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Según una reiterada doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, las resoluciones 15/2016 y 94/2016, así como la doctrina del Tribunal Supremo que se resume, por ejemplo, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Zamudio tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa fundamentalmente en la incorrecta aplicación de la fórmula del Anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) relativa a los criterios de adjudicación objetivos (precio).

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, fundamentalmente, porque la aplicación de la fórmula se ha realizado conforme a lo establecido en los pliegos y en el archivo Excel que se publicó en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi.



OCTAVO: Alegaciones ENVISER

Considera que lo que en realidad plantea la recurrente es una impugnación indirecta de los pliegos al interpretar de manera subjetiva la aplicación de la fórmula del criterio automático precio, cuestión que en el presente caso no procede. Señala ENVISER igualmente que el poder adjudicador ha aplicado correctamente la citada fórmula, dado que se ha ajustado a lo establecido en el Anexo X del PCAP y en el archivo Excel otros1.xlsx publicado en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi. Considera finalmente que la recurrente ha realizado una reinterpretación torticera de la fórmula en cuestión, de tal forma que solicita a este Órgano la imposición de la sanción del artículo 58.2 de la LCSP por temeridad en la interposición del recurso y la desestimación íntegra del mismo.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación que, por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación. El Anexo X del PCAP establece lo siguiente en lo que atañe al presente recurso:

ANEXO X

CRITERIOS DE ADJUDICACION OBJETIVOS SUJETOS A EVALUACION POSTERIOR (SOBRE TRES)

LOTE 1

CRITERIOS DE ADJUDICACION		PONDERACION
PRECIO		HASTA UN MAXIMO DE 60 PUNTOS
Se otorgará un máximo de 60 puntos a la oferta más económica. A este efecto se compararan el precio base mensual (iva excluido) ofertado		
Precio mes	Hasta un máximo de 60 puntos	

1. CRITERIOS DE ADJUDICACION FÓRMULA PONDERACIÓN

- Formula a aplicar para el Precio mes (Iva Excluido)- Máximo 60 puntos



La puntuación de la oferta económica se divide en dos valoraciones y se obtendrá de la suma de ambas. Por la primera se obtendrá un máximo de 45 puntos y por la segunda un máximo de 15 puntos, pudiendo totalizar entre ambas un total máximo de 60 puntos.

Cada una de las valoraciones se calculará de la siguiente manera:

Primera valoración de 45 puntos:

- Ba...z: Como paso previo, se calculará la baja ofertada por cada licitador que no haya sido excluido anteriormente. Se aplicará la siguiente formula, siendo Pa...z el precio unitario ofertado sin IVA por cada licitador, y Plíc el precio unitario de licitación sin IVA:

$$Ba...z = \left(1 - \frac{Pa...z}{Plíc} \right) 100$$

- Bprom: A continuación, se calculará la baja promedio de las ofertas recibidas sin IVA. Se calculará con la siguiente formula, siendo No el número de ofertas a valorar:

$$B_{prom} = \frac{\sum(Ba...z)}{No}$$

Bprom+2pp: A la baja promedio obtenido anteriormente se le sumaran 2 puntos porcentuales de baja. Así, si Bprom ha sido 20, Bprom+2 pp será 22.

- Pv1: Así, para cada oferta, la puntuación de esta primera valoración se obtendrá con la siguiente formula:

$$P_{v1} = 45 \frac{Ba...z}{B_{prom} + 2pp}$$

- Como la puntuación máxima que se puede obtener en esta valoración es de 45 puntos, las ofertas que por aplicación de la formula anterior obtengan un resultado superior a 45, se les asignara una valoración de 45 puntos. El resto que por aplicación de la formula anterior hayan obtenido un resultado inferior a 45, se les asignará una valoración igual al resultado obtenido.

Segunda valoración de 15 puntos:

- o Las bajas ofertadas que no hayan superado la Bprom+2pp obtendrán cero puntos en esta segunda valoración.
- o Pv2: Las bajas ofertadas que hayan



superado la $B_{prom}+2pp$ obtendrán la puntuación resultante de la siguiente fórmula:

$$Pv2 = 15 \frac{Ba...z - B_{prom} + 2pp}{100 - B_{prom} + 2pp}$$

(...) Se adjunta cuadro Excel para comprobar la aplicación de la fórmula en aras a facilitar la presentación de la oferta económica (...).

El recurrente considera que este criterio de adjudicación se ha aplicado incorrectamente. A continuación, se expresan las apreciaciones de este Órgano sobre esta cuestión.

a) Sobre los criterios de adjudicación evaluables a través de la mera aplicación de las fórmulas

Como ya ha señalado en anteriores ocasiones este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, la Resolución 26/2018), los criterios de adjudicación que el artículo 146.2 de la LCSP describe como referidos (...) a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos tienen como rasgo esencial la ausencia total de apreciación subjetiva en su aplicación a la valoración de las ofertas; dicho de otro modo, la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula matemática y el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, solo se calcula. Aunque el término fórmula evoca el lenguaje simbólico formal de las matemáticas, el OARC / KEAO ha considerado que el modo de determinar la puntuación puede tener una descripción literaria, siempre que ello no implique una ambigüedad que obligue a elegir al órgano de contratación entre varios sentidos posibles, lo que introduciría un elemento subjetivo inaceptable en este tipo de criterios por desvirtuar su automatismo (ver la Resolución 69/2013).

Sentada la doctrina anteriormente expuesta, es cierto que una lectura aislada y estricta de la fórmula en cuestión podría dar el resultado que reclama la recurrente, pero debe tenerse en cuenta, por un lado, que el término $B_{prom}+2pp$ es en sí mismo un valor único (no la suma de dos conceptos) que el propio pliego



define como Bprom+2pp: A la baja promedio obtenida anteriormente se le sumarán 2 puntos porcentuales de baja. Así, si Bprom ha sido 20, Bprom+2 será 22, constituyendo por sí mismo el umbral cuya superación permite pasar a la segunda fase de valoración, según el desarrollo literario que de la fórmula hace el propio pliego Las bajas ofertadas que no hayan superado la Bprom+2pp (...); y, por otro, que el órgano de contratación publicó en el perfil de contratante en el hipervínculo identificado como 2 rectas v1.2, junto con el pliego de cláusulas administrativas particulares, el documento Excel otros1.xlsx que contenía un ejemplo práctico de la aplicación de la fórmula con el fin de que los licitadores pudieran conocer la forma de aplicación de los pliegos (simulación) y pudieran hacer las pruebas y cálculos que estimasen oportunos. A juicio de este Órgano, el desarrollo literario de fórmula expresa con claridad la intención del poder adjudicador a la hora de su aplicación, más allá de la mayor o menor fortuna del Ayuntamiento a la hora de plasmar sobre el papel la concreta fórmula relativa a la puntuación a obtener en la segunda fase de valoración, de tal forma que no cabe aceptar la reinterpretación que de ella hace la recurrente en fase de recurso.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el archivo-simulador publicado en la Plataforma ha de ser considerado parte de los pliegos pues en la descripción del criterio de adjudicación el PCAP se remite al mismo especificando que Se adjunta cuadro Excel para comprobar la aplicación de la fórmula en aras a facilitar la presentación de la oferta económica y porque fija de una forma práctica cómo se ponderará la oferta económica. A este respecto, este OARC / KEAO hace suya la amplia definición de pliego de contratación recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que comprende todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional. A juicio de este OARC / KEAO, el archivo Excel publicado, en cuanto que genera en los licitadores una confianza legítima en que la actuación



del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se va a ajustar a su contenido (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público), es documento adicional que fija los términos de dicho procedimiento. ELAI ha tenido, con anterioridad a la adjudicación de este lote 1, la posibilidad de solicitar aclaraciones sobre la forma en la que se aplicaría la fórmula cuestionada y no lo ha hecho.

Por otra parte, se observa que, contrariamente a lo que afirma la recurrente, el poder adjudicador no ha actuado arbitrariamente ni ha vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores, dado que los potenciales licitadores conocían las reglas del juego y estas se han aplicado a todos de la misma manera, por lo que estos se hallaban en igualdad de condiciones tanto en el momento de preparar sus ofertas como en el momento en que el órgano de contratación las valoró, aplicando la fórmula tal y como venía prevista en el PCAP no recurrido en tiempo y forma.

b) Imposición de multas por el OARC/KEAO

ENVISER solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 50/2018) que el artículo 47.5 TRLCSP (similar en lo sustancial al artículo 58.2 de la LCSP) requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios y el segundo, porque la demora en el procedimiento viene determinada *ope legis* al ser el acto recurrido el de la adjudicación (artículo 53 de la LCSP) y no ha quedado acreditada en el expediente la voluntad intencionada de retrasar el procedimiento de adjudicación.



c) Conclusión

Expuesto todo lo anterior, la pretensión de anulación de la adjudicación del lote 1 del contrato de referencia en favor de ENVISER, así como la de una nueva puntuación en la segunda fase de valoración de la oferta económica de ELAI deben ser desestimadas, pues el proceder del poder adjudicador ha sido conforme a derecho.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ELAI SERBITZUAK, S.L. frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, parques y zonas verdes del municipio de Zamudio (lote 1)”, promovido por el Ayuntamiento de Zamudio.

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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



CUARTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko martxoaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de marzo de 2019