



EB 2016/071

Resolución 078/2016, de 28 de junio de 2016, 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 la empresa SERVICIOS INTEGRALES DE ATENCIÓN AL CLIENTE XUPERA XXI, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de atención al público y atención a eventos de Azkuna Zentroa”, tramitado por AZKUNA DE OCIO Y CULTURA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 19 de mayo de 2016 la empresa SERVICIOS INTEGRALES DE ATENCIÓN AL CLIENTE XUPERA XXI, S.A. (en adelante, XUPERA XXI) interpuso un recurso especial en materia de contratación pública contra la adjudicación del contrato de “Servicio de atención al público y atención a eventos de Azkuna Zentroa”, tramitado por AZKUNA DE OCIO Y CULTURA (en adelante, AZKUNA ZENTROA).

SEGUNDO: El día 23 de mayo se solicitaron al poder adjudicador el expediente 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). La documentación solicitada se recibió en el registro de entrada 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 26 de mayo.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 3 de junio, no se ha recibido ninguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don S. G. de I. 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.

TERCERO: El objeto del recurso es un acto impugnabile, en concreto, la adjudicación del contrato (artículo 40.2 c) TRLCSP).

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, AZKUNA ZENTROA tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El informe técnico que sustenta la adjudicación ha aplicado criterios arbitrarios y discriminatorios entre los licitadores al introducir en los criterios de adjudicación “Metodología de trabajo” y “Plan de actuación de mejora” aspectos relativos a mejoras no previstas, incumpliendo los artículos 147 y 150 del TRLCSP y los principios de transparencia e igualdad de trato; en el segundo caso, se han valorado las mejoras propuestas en lugar de la presentación de un plan que identifique las mejoras que deben implantarse.

b) El informe técnico se basa en aspectos que no pueden ser valorados porque son inherentes a los recursos humanos asignados al servicio; así, la Mesa valora en la propuesta del licitador aspectos que el propio servicio ya tiene y



que forman parte indivisa del mismo, habida cuenta, además, de que existe obligación de subrogación del personal que viene prestando el servicio.

c) No se han tenido en cuenta en la valoración propuestas concretas del recurrente.

d) No hay motivación suficiente, pues no consta explicación del proceso lógico que concluye en la atribución de puntuación realizada, y no hay elementos valorativos en los que se refleje el juicio que merecen dichos aspectos.

e) Finalmente, se solicita retrotraer la licitación al momento de valoración de las propuestas técnicas para se valoren adecuadamente; subsidiariamente, se solicita la cancelación de la licitación y la convocatoria de un nuevo procedimiento.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) Se considera que los criterios de adjudicación establecidos no se refieren a las mejoras reguladas en el artículo 147 TRLCSP, sino que se trata de criterios que valoran aportaciones en la materia concreta de metodología.

b) Solo se ha valorado la aportación de personal adicional al afectado por el deber de subrogación.

c) La motivación contenida en el informe técnico es suficiente, sin que sea necesario que sea exhaustiva.

d) En cuanto al plan de mejora, la oferta de la adjudicataria y las de otros licitadores realizaban propuestas concretas no incluidas en la proposición del recurrente (planes de carrera, incentivos...).



OCTAVO: El apartado 23 (“Criterios no cuantificables por fórmula”) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece lo siguiente:

«1.Memoria presentada: Máximo 40 puntos. Se valorará la propuesta más completa, detallada y coherente que mejor describa el tipo de servicio que se oferta para cada una de las tareas solicitadas de acuerdo a los requisitos especificados en este pliego. En concreto se valorará:

- Metodología de Trabajo (máximo 15 puntos)
- Medios Técnicos disponibles (máximo 15 puntos)
- Plan de Actuación de Mejora Continua (máximo 10 puntos).»

Como ya ha señalado este OARC / KEAO (ver, por todas, su Resolución 28/2016), los criterios de adjudicación no pueden ser tan vagos o genéricos que no vinculen en absoluto al órgano que adjudica al contrato, pues ello facilita que el poder adjudicador pueda actuar de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad de trato (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre 2.002, asunto C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495). El criterio “Metodología de Trabajo” está en esa situación, provocando que, por un lado, los licitadores no puedan preparar adecuadamente su oferta y, por otro, que sea imposible para este Órgano controlar la discrecionalidad técnica del órgano de contratación por no existir en los Pliegos límites previos a los que se sujeta su ejercicio. El término “Metodología de Trabajo” describe una parte o aspecto del objeto del contrato, pero no sirve como criterio de valoración, pues no se indica qué características ha de tener dicha metodología para merecer una consideración positiva del poder adjudicador, más allá de la mención a que la memoria que la describe sea completa, coherente y detallada, que no se refiere a su contenido sustantivo. Debe matizarse que es perfectamente posible valorar el contenido de la Metodología de Trabajo, pero para ello debe establecerse, aunque sea sucintamente, qué aspectos de la misma van a ser merecedores de una alta puntuación, es decir, debe indicarse qué características de la metodología se



van a considerar como propias de una oferta económicamente ventajosa (ver, por ejemplo, el informe 30/2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado). Una buena prueba de la inconcreción del criterio es que en la aplicación que de él hace el informe técnico que sustenta la adjudicación impugnada conviven aspectos tan dispares como, por ejemplo, los planes de contingencia, la cualificación de los medios humanos para la atención al público en varios idiomas, los turnos y horarios, las aplicaciones informáticas, la valoración de los eventos e, incluso, cuestiones ajenas a la forma de llevar a cabo la actividad contratada, como la política salarial de la empresa.

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) y permiten la actuación arbitraria de la Administración en el caso de no ser eliminados. 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 se 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.



La declaración de nulidad de un criterio de adjudicación 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, ECLI:EU:C:2003:651), «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.

Debe añadirse que el criterio impugnado hace posible que el poder adjudicador actúe de modo arbitrario a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, como solicita el recurrente, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado el poder adjudicador sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al poder adjudicador una libertad ilimitada para adjudicar el contrato. Una vez reconocido que la cláusula es en sí misma arbitraria y que cualquier ejecución de la misma lo será igualmente porque en nada se condiciona la actuación del poder adjudicador, no tiene sentido que este OARC / KEAO elija una de las posibles interpretaciones del criterio de adjudicación para estimar o desestimar



la pretensión y resuelva una nueva valoración, pues ello sería, necesariamente, otra arbitrariedad, siendo en consecuencia necesaria la declaración de nulidad de dicha cláusula.

En este sentido, la sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-583/13, ECLI:EU:C:2015:166, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “eVigilo Ltd” apoya este criterio cuando señala, como excepción a la preclusividad del plazo de interposición del recurso, el caso de las condiciones de licitación cuya ilegalidad solo puede percibirse una vez que se analiza la motivación de la adjudicación, como es precisamente el caso de los criterios de adjudicación excesivamente abstractos (ver, el apartado 27 de la citada sentencia). Por ello, no cabe aquí alegar que los Pliegos han pasado a ser firmes por no haber sido recurridos en tiempo y forma. Además, la declaración de nulidad es plenamente congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP, ya que la cancelación de la licitación figura en ella como petición subsidiaria.

NOVENO: A la vista de lo señalado en el Fundamento jurídico anterior, que concluye en la nulidad de uno de los criterios de adjudicación y la cancelación de la licitación, no sería necesario entrar en otros motivos del recurso. Sin embargo, en cuanto puede ser útil para el poder adjudicador en la tramitación de un posible nuevo procedimiento, se exponen a continuación varias observaciones sobre otra cuestión citada en el recurso, la aplicación del criterio “Plan de Actuación de Mejora”.

A juicio de este OARC / KEAO, el mencionado criterio es aceptable siempre y cuando se refiera a la presentación por el licitador de un plan de actuación cuyo objeto sea la mejora continua de la actividad objeto del contrato; dicho plan incluiría aspectos como, entre otros, la identificación del área de mejora, la forma de definición de los objetivos que deben alcanzarse o el establecimiento de las acciones de mejora y su grado de prioridad. Como bien señala el recurrente, el objetivo del plan es identificar e implantar las mejoras después de un proceso que tendrá lugar en paralelo a la ejecución del contrato, no



expresar desde un principio dichas mejoras. En este mismo sentido, la carátula del PCAP solicita la inclusión entre la documentación relativa a criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmulas de “un plan de actuación de mejora continua durante el proyecto”. En cambio, el informe técnico valora en este epígrafe contenidos de la oferta referidas a compromisos ya ejecutivos, como el establecimiento de ciertas políticas salariales o de promoción profesional o la identificación con el servicio en AZKUNA ZENTROA. Por lo tanto, la aplicación del criterio por parte del poder adjudicador sobrepasa uno de los límites que fijan el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica, como es que la valoración debe respetar el fondo parcialmente reglado que define dicho criterio; dicho de otra forma, se ha aplicado el criterio como si se refiriera a las mejoras de las que habla el artículo 147 TRLCSP (sin concretar, además, los elementos y condiciones que autorizan su presentación, como pide el apartado 2 de este precepto) cuando debió entenderse que se refería a un plan de actuación. Esta irregularidad supone la anulación del acto impugnado; además, la mera retroacción de actuaciones no aseguraría la objetividad de la valoración, habida cuenta de que ya es imposible respetar el secreto de las ofertas tal y como pide el artículo 150.2 TRLCSP al regular la apertura sucesiva de la documentación de los criterios discrecionales y matemáticos (ver, por ejemplo, la Resolución 11/2016 del OARC / KEAO). Todo ello implicaría la cancelación de la licitación, si bien esta conclusión ya se deriva igualmente de la nulidad del criterio de adjudicación “Metodología de trabajo”.

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, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SERVICIOS INTEGRALES DE ATENCIÓN AL CLIENTE XUPERA XXI, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de atención al público y atención a eventos de Azkuna Zentroa”, tramitado por AZKUNA DE OCIO Y CULTURA, declarando nulo el criterio de adjudicación “Metodología de Trabajo” 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, 2016ko ekainaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de junio de 2016