



EB 2016/085

Resolución 095/2016, de 4 agosto 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 ZAINZEN, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de limpieza de diversos edificios municipales del Ayuntamiento de Hernani”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 21 de junio de 2016 de 2016 ZAINZEN, S.A. interpuso 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) un recurso especial frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de limpieza de diversos edificios municipales del Ayuntamiento de Hernani”.

SEGUNDO: Tras su interposición se trasladó el recurso al poder adjudicador, que ha remitido a este OARC / KEAO el expediente del contrato y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) el día 6 de julio de 2016.

TERCERO: Enviado el recurso a quienes figuran como interesados en el expediente, se han recibido dentro del plazo concedido las alegaciones de EULEN, S.A. y COMERCIAL DE LIMPIEZA VILLAR, S.A.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Dña. M. M.S., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos sujetos a regulación armonizada. En el presente caso se trata de un servicio de la categoría 14 del (Servicios de limpieza de edificios y servicios de administración de bienes raíces) Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 4.023.140,18 €.

TERCERO: El acto recurrido es el acuerdo adoptado el 31 de mayo de 2016 por el Pleno Municipal del Ayuntamiento de Hernani de adjudicación del contrato a favor de EULEN, S.A., acto que según el artículo 40.2 c) del TRLCSP es revisable por este OARC / KEAO.

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

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

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

a) El órgano de contratación no ha valorado la totalidad de las mejoras propuestas por el recurrente, contrariamente a lo sucedido con otras empresas licitadoras. ZAINZEN presentó 73 mejoras, de las que fueron valoradas 69 y solo 21 puntuadas, pero alguna de las mejoras no valoradas coinciden con las propuestas por otras sociedades que sí lo fueron. Acompaña su afirmación con un cuadro comparativo de puntuación de mejoras en las que obtiene 0 puntos mientras que a otros licitadores sí les son puntuadas. A continuación analiza el



contenido de su oferta y el de resto de licitadores que obtienen puntuación. Apoya su análisis en diversa jurisprudencia y doctrina de órganos de resolución de recursos contractuales. Concluye que incluso considerando la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, no se encuentra justificada la diferencia de puntuaciones otorgadas a ZAINZTEN y al resto de licitadores.

b) Considera vulnerados los principios de igualdad y transparencia del artículo 139 del TRLCSP, por lo que deben corregirse los errores advertidos en la valoración de las mejoras propuestas, para que todos los licitadores concurren con idénticas opciones.

c) Solicita la anulación de la adjudicación, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la atribución de las puntuaciones relativas a las mejoras, procediendo a la atribución de puntuación a los aspectos concretos omitidos por el Ayuntamiento respecto de las mejoras propuestas, clasificando de nuevo las ofertas presentadas y dictando una nueva adjudicación. Si la retroacción no pudiera realizarse, por ser imposible valorar las ofertas técnicas con conocimiento de las proposiciones económicas, con quiebra del principio de secreto de las proposiciones y de igualdad de trato entre licitadores, solicita la nulidad de todo el procedimiento de contratación.

SÉPTIMO: El Ayuntamiento de Hernani en su informe de 5 de mayo de 2016 hace un relato de las actuaciones desde el inicio del procedimiento hasta la presentación del recurso por ZAINZTEN, y acompaña una copia del informe del técnico municipal sobre la valoración del criterio de “Mejoras o modificaciones referidas al pliego de condiciones técnicas”, con el que se muestra de acuerdo.

OCTAVO: En trámite de alegaciones los interesados en el expediente se oponen a recurso con los siguientes argumentos:

1) Alegaciones de VILLAR



a) Mediante escrito de 4 de julio solicitó el trámite de audiencia que prescribe el artículo 84 de la LRJ-PAC, por cuanto en relación con el artículo 46.3 del TRLCSP no se ha respetado el plazo de 5 días hábiles siguientes a la interposición del recurso para dar traslado de mismo a los restantes interesados. La LRJ-PAC es de aplicación subsidiaria tal y como establecen el artículo 46.1 del TRLCSP y su disposición final tercera 1. Señala que la solicitud de audiencia se produjo cuando se constató el incumplimiento de los plazos de remisión establecidos en el artículo 46.3 del TRLCSP, por lo que daba tiempo antes de la posterior remisión del OARC / KEAO para haber hecho un trámite de vista y copia del expediente de contratación. Considera esencial el trámite de audiencia a los interesados, que vincula a los principio de contradicción y defensa, y su vulneración es causa de nulidad de pleno derecho prescrita en el artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC al no haberse respetado el procedimiento legalmente establecido, generándose indefensión al no haberse dado vista y copia del expediente documental.

b) Denuncia que difícilmente puede dar respuesta a las alegaciones de ZAINZTEN respecto de una valoración inferior de las mejoras, sin haber visto su oferta. No obstante, añade que de ser ciertas sus afirmaciones sí se estaría ante un trato discriminatorio a la hora de realizar las valoraciones de las mejoras, contraria a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre candidatos. Considera que la retroacción del procedimiento es imposible porque se estaría revalorando la propuesta subjetiva de las ofertas una vez conocida la oferta económica, con quiebra del principio de secreto de las proposiciones y de igualdad de trato entre licitadores, por lo que debe decretarse la nulidad de todo el expediente de contratación.

c) Solicita la nulidad de todo el procedimiento al no haberse respetado el procedimiento legalmente establecido, generándose indefensión al no haberse dado vista y copia del expediente completo. Solicita, igualmente, la nulidad del expediente de contratación por ser posible la retroacción del procedimiento sin



quiebra del principio de secreto de las proposiciones e igualdad de trato entre licitadores.

2) Alegaciones de EULEN

a) Reproduce el apartado K) del cuadro anexo que recoge los criterios de valoración de las ofertas, entre los que se encuentran el de “Mejoras o modificaciones referidas al Pliego de condiciones técnicas”. Muestra su conformidad con el contenido del informe técnico y con las valoraciones de las mejoras en él efectuadas. ZAINZEN entiende que deben valorarse diversas mejoras, aunque obvia que estas medidas fueron ya integradas dentro de su propuesta técnica, recibiendo la puntuación correspondiente dentro del referido criterio, impidiendo con ello ser valoradas por duplicado. Añade que algunas de las propuestas del recurrente no reúnen en sí mismas la condición de mejoras. Considera que el órgano de contratación, una vez delimitados los criterios de valoración de las mejoras establecidas en los pliegos, se encuentra perfectamente legitimado para ponderar y aplicar una regla proporcional a cada uno de los licitadores en función de las ofertas presentadas, sin que ese mecanismo vulnere o quebrante los principios básicos de igualdad y no discriminación de la contratación pública.

Destaca que la administración goza de un cierto grado de discrecionalidad técnica para apreciar cuál es la mejor oferta, siempre que se fijen previamente los criterios y motive su resolución, cumplidos estos trámites sólo cabe revisar la valoración de la administración cuando haya incurrido en errores ostensibles y manifiestos.

b) El acto impugnado goza de la presunción de legalidad administrativa prevista en el artículo 57 de la LRJ-PAC, y es al recurrente a quien corresponde acreditar que el acto incurre en vicio de nulidad. Por último, recuerda que el pliego de condiciones es Ley de contrato, y de su aplicación se llega a la conclusión de que la oferta de EULEN es la más ventajosa.



c) Solicita la desestimación íntegra de las pretensiones aducidas por el recurrente.

NOVENO: El recurrente plantea que el órgano de contratación no ha valorado la totalidad de las mejoras por él propuestas, contrariamente a lo sucedido con otras empresas licitadoras. Considera que con esta actuación se vulneran los principios de igualdad y transparencia del artículo 139 del TRLCSP.

El Anexo K del PCAP prevé como criterio de adjudicación «Mejoras o modificaciones referidas al Pliego de condiciones técnicas, entendiendo que quedan incluidas en el precio de licitación: hasta 15 puntos. Cada mejora presentada se valorará tomando en cuenta la importancia, la utilización de los medios necesarios (tanto humanos como materiales) y la eficacia de la misma para una mejor realización de los trabajos obteniendo una puntuación de entre 1 a 3 puntos cada mejora.»

Sobre las mejoras, este OARC / KEAO en numerosas resoluciones (por última vez en la Resolución 075/2016) ha manifestado que «(...) 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, ECLI:EU:C:2002:495).»

En el criterio de adjudicación sobre mejoras, cuya aplicación se impugna, falta toda mención a los elementos sobre los que versarán las mejoras y las condiciones en que pueden ofertarse. Las alusiones a la importancia, la utilización de medios necesarios (tanto humanos como materiales) y su



eficacia, además de obvias no son suficientes para determinar sobre qué elementos y en qué condiciones se deben ofertar, de modo que los licitadores no cuentan con información adecuada para la elaboración de sus proposiciones y el órgano de contratación tiene una libertad incondicionada para acoger o desechar cualquier propuesta, ya que al criterio de adjudicación le falta el mínimo fondo parcialmente reglado que prevé el artículo 147 del TRLCSP, lo que otorga al poder adjudicador la posibilidad de interpretar el criterio de forma arbitraria en contra del principio de igualdad. De hecho, las vagas e insuficientes referencias que contiene el criterio aluden a la forma de aplicarlo y no a los elementos que deben contener las ofertas para ser evaluadas.

Tal y como se indica en la mencionada Resolución 075/2016 «Al faltar las precisiones solicitadas por el artículo 147 TRLCSP y, consecuentemente, poder versar la mejora sobre cualquier elemento de la prestación, se está infringiendo el principio de transparencia así como el de igualdad, pues la elección y valoración de las mejoras queda al libre arbitrio del órgano de contratación. Dicho de otro modo, la infracción se deriva directamente de la configuración del Pliego, que atribuye a la Administración una libertad incondicionada para ejecutarlo, y no de la aplicación concreta que de él se pueda hacer por el órgano de contratación, por lo que esta cláusula debe ser considerada nula de pleno derecho por arbitraria (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 (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013). Además, la posibilidad de arbitrariedad se extendería a todo el procedimiento si se permitiera que las estipulaciones inválidas ganaran firmeza por beneficiarse del principio de acto consentido al no haber sido recurrida en su momento. Téngase en cuenta que la mera anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que se dicte una nueva adjudicación acorde con las reglas fijadas por el criterio de valoración sería inútil, porque tales reglas no existen y cualquier nueva adjudicación sería igualmente arbitraria al basarse en un criterio que no sujeta en nada la libertad de la Administración para otorgar el contrato.»



DÉCIMO: 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. Este OARC / KEAO, en la ya citada Resolución 075/2016 ha manifestado «(...) que 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, pero que dicha 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 (ver también la Resolución 92/2013 del OARC/KEAO). Debe añadirse que el criterio impugnado posibilita que el poder adjudicador actúe de modo arbitrario a lo largo del procedimiento, de modo que no es suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, 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 o excluir licitadores. 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 de la cláusula para estimar o desestimar la pretensión, pues tal interpretación 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-538/13, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “eVigilo Ltd” ECLI:EU:C:2015:166, 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.»

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), «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.»

UNDÉCIMO: La declaración de nulidad es congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP. Esta congruencia se satisface, desde luego, si el recurso solicita expresamente la nulidad de la estipulación, pero también si, como en este caso, se pide principalmente la anulación de la adjudicación sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el poder adjudicador; téngase en cuenta que la declaración de nulidad de pleno derecho y la subsiguiente cancelación y reinicio de la licitación mejoran su posición jurídica individual, que pasa de ser licitador excluido o no adjudicatario a operador económico que puede presentar una oferta en el previsible nuevo procedimiento, por lo que no hay “reformatio in peius” y la resolución se percibe por él como una estimación. Además, en este caso hay una solicitud subsidiaria de que se declare la nulidad de toda la licitación. Finalmente, debe tenerse en cuenta que, además de insuficiente por las



razones expresadas en el Fundamento de Derecho anterior, la mera retroacción de actuaciones ya no es posible porque no cabe, en este momento procedimental, una nueva valoración de las ofertas que garantice la aplicación separada de los criterios de adjudicación sujetos a fórmulas y la de los sujetos a juicio de valoración, como exige el artículo 150.2 TRLCSP, puesto que ya es conocida la documentación relativa a ambos tipos de criterio.

Todo ello conlleva a la estimación de este motivo del 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.

DECIMOSEGUNDO: En sus alegaciones VILLAR aduce que solicitó el trámite de audiencia cuando constató el incumplimiento de los plazos de remisión establecidos en el artículo 46.3 del TRLCSP, y que daba tiempo antes de la remisión del recurso a este OARC / KEAO para haber hecho el trámite de vista y copia del expediente de contratación.

El recurrente hace alusión al artículo 84 de la LRJ-PAC, que regula el trámite de audiencia, y al trámite de traslado del recurso especial a los interesados del artículo 46.3 del TRLCSP. En este sentido, consta en el expediente un escrito de 4 de julio de 2016 que VILLAR dirige al Ayuntamiento de Hernani en el que solicita copia del recurso especial y se le otorgue el plazo para presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos.

El artículo 46.1 del TRLCSP prevé que «El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes.» Entre estas especialidades, el apartado 3 del propio artículo dispone que «Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones (...).»



El recurso se interpuso el día 21 de junio de 2016. Al día siguiente se solicitó al poder adjudicador el envío del expediente de contratación y el informe señalado en el artículo 46 del TRLCSP, solicitud que se reiteró el día 30 de mismo mes; ambos documentos se recibieron el día 6 de julio de 2016. Una vez conocida la relación de interesados este OARC / KEAO les remitió el recurso el 12 de julio de 2016, dentro del plazo otorgado por el artículo 46.3 del TRLCSP, accediendo VILLAR al documento el mismo día, de forma que el 18 de julio de 2016 interpuso las alegaciones al recurso que a su derecho eran convenientes. Debe reflejarse que este Órgano no tiene constancia de que el interesado solicitara la puesta de manifiesto del expediente que prevé el artículo 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Por tanto, la tramitación del procedimiento por el OARC / KEAO ha sido correcta, VILLAR ha podido personarse en el procedimiento y efectuar las alegaciones que ha considerado oportunas, sin que pueda invocar indefensión.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ZAINZEN, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de limpieza de diversos edificios municipales del Ayuntamiento de Hernani”, ordenando la cancelación de la licitación.



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del 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 abuztuaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de agosto de 2016