



EB 2020/094

Resolución 096/2020, de 15 de julio, 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 pública interpuesto por la ASOCIACIÓN BIZGARRI PARA LA INTERVENCIÓN SOCIAL contra los pliegos del contrato “Prestación del servicio del Punto de Encuentro Familiar por derivación judicial de Donostia - San Sebastián”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de julio de 2020 se ha presentado, 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 pública interpuesto por la ASOCIACIÓN BIZGARRI PARA LA INTERVENCIÓN SOCIAL (en adelante, BIZGARRI) contra los pliegos del contrato “Prestación del servicio del Punto de Encuentro Familiar por derivación judicial de Donostia – San Sebastián”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El mismo 6 de julio este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, 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 los días 8 y 14 de julio.





TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.S.B.S.S.M., 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 los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 a) de la LCSP son objeto de recurso especial los pliegos que rigen la licitación del contrato.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

Las alegaciones en las que se basa la impugnación, que el recurrente considera reproducción de otro desestimado mediante la Resolución 166/2019 del OARC / KEAO, la cual ha sido objeto de recurso contencioso administrativo pendiente de sentencia, son, en síntesis, las siguientes:

a) La fórmula escogida para evaluar el criterio de adjudicación relativo al precio es, en su aplicación práctica, o bien matemáticamente absurda por irresoluble, o bien que el precio puede convertirse en un criterio exclusivo y excluyente del licitador que legítimamente opte por presentar su oferta económica en los términos del presupuesto base de licitación que se señala como máximo. Ello supone que las bases de la licitación contradicen, de hecho, las normas del artículo 145 de la LCSP aplicables a servicios como el que es objeto del contrato, pues convierten el precio en criterio único, lo que convierte el procedimiento en una subasta, aunque los pliegos no lo declaren así; se alega que se desvirtúa la exigencia de que la adjudicación se produzca con base en la mejor relación calidad precio; se valora la rebaja y no el precio, y de hecho, no es real que la ponderación de los criterios de calidad sea superior a la de la oferta económica por causa de las abultadas diferencias resultantes de aplicar la fórmula impugnada. Por otro lado, no se respeta el mandato de que los criterios de adjudicación permitan obtener servicios de gran calidad que respondan a las necesidades del poder adjudicador, que no se satisface solo con la ponderación del 51% en los criterios cualitativos.

b) La aplicación de la fórmula impugnada conduce a atribuir 0 puntos a las ofertas que propongan un precio igual al presupuesto base de licitación y también atribuye esa puntuación en los casos de licitador único; asimismo, conduce a grandes diferencias de puntuación por rebajas con diferencias mínimas. Se alega que el argumento de la Resolución 166/2019, que señalaba que no existe una fórmula perfecta de aplicación “universal” obvia que, si no es universal, no merece considerarse fórmula.



c) La fórmula impugnada difiere de las utilizadas en anteriores licitaciones de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi para la contratación del mismo servicio o de otros poderes adjudicadores para contratos similares.

d) Finalmente, se solicita la nulidad del anuncio de licitación y de la fórmula de evaluación del precio, debiendo establecerse una nueva fórmula orientada a la proporcionalidad sobre el precio ofertado y no sobre la rebaja ofertada.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente para oponerse al recurso:

a) La Administración alega que la fórmula de valoración del precio se ajusta a la LCSP y a la doctrina de los órganos y tribunales de recursos contractuales, que cita en su apoyo.

b) El supuesto planteado por el recurrente es un caso extremo y cualquier fórmula puede generar problemas, pero no merece ninguna puntuación quien no mejora el precio máximo.

c) Premiar la calidad no supone renunciar a obtener el mejor precio en un mercado en concurrencia competitiva, y la fórmula elegida es especialmente apta para lograr ese objetivo.

d) Las fórmulas aplicadas en licitaciones anteriores no vinculan al órgano de contratación en este caso.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El único motivo del recurso es la ilegalidad de la fórmula empleada para la valoración del criterio de adjudicación relativo al precio, que es la siguiente (apartado 22.2.2 de las Cláusulas Específicas del Contrato):



“22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas:

□ **Criterio: precio**

Ponderación: 49% del total

Fórmula: $\text{Puntuación} = (\text{PBLM} - \text{OA}) / (\text{PBLM} - \text{MO}) \times 49$

Resultado de la operación de restar al presupuesto base de licitación el precio de la oferta que se analiza dividido por el resultado de restar al presupuesto base de licitación el precio de la mejor oferta multiplicado por 49

Donde:

PBL= Presupuesto base de licitación

OA= Oferta que se analiza

MO= Mejor oferta (oferta más económica)

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre el fundamento del recurso que, como indican el recurrente y el poder adjudicador, guarda gran similitud con el que fue objeto de la Resolución 166/2019 de este mismo Órgano, siendo aplicables los argumentos en ella contenidos.

a) Sobre el ajuste de la fórmula de valoración del precio a los principios generales de la contratación pública

Debe señalarse que la memoria que da cumplimiento al mandato de los artículos 116.4 c) y 146.2 de la LCSP sobre justificación de los criterios de adjudicación en general, y de los sujetos a fórmula en particular, no especifica las razones de la elección de la Administración. No obstante, este Órgano ya ha señalado (ver, por ejemplo, su Resolución 95/2019) que la motivación es un requisito formal, por lo que su omisión solo tiene trascendencia anulatoria para el acto al que se refiere cuando le impida alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), lo que no sucede en este caso, en el que el recurrente ha podido elaborar un recurso fundado que contiene las razones de su oposición a la citada fórmula.

Como es bien sabido, la LCSP no contiene una regulación específica de cuáles son los requisitos que deben cumplir las fórmulas de valoración del precio para



que su empleo como criterio de adjudicación sea legalmente admisible. A falta de esta regulación, los tribunales y órganos de recursos contractuales han venido considerando que, en síntesis, es aceptable cualquier fórmula que sea coherente con los principios generales de la LCSP, en especial, con el de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 de la LCSP), de modo que la fórmula conceda la puntuación máxima a la oferta más baja, no atribuya puntuación a la oferta que no mejora el tipo de licitación y valore el resto de las ofertas guardando una cierta proporcionalidad entre ellas, de forma que las ofertas más baratas obtengan más puntuación que otras más caras (ver, en este sentido, por todas, la Resolución 84/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, así como las matizaciones a estos principios contenidas, por ejemplo, en la Resolución 108/2019 del OARC / KEAO).

La fórmula impugnada cumple con todos los requisitos señalados, sin que el recurrente pueda pretender válidamente su sustitución por otra que le resulte más conveniente, pues eso sería tanto como privar al poder adjudicador de la discrecionalidad que le ampara para configurar el objeto del contrato (que, por cierto, no está limitada por actuaciones en contratos anteriores; ver, por ejemplo, las Resoluciones 84/2017 y 70/2018 del OARC / KEAO), no habiéndose probado, en particular, que dicha discrecionalidad se haya ejercido en este caso de modo arbitrario o en perjuicio de algún operador económico o tipo de ellos (ver, por todas, la Resolución 94/2019 del OARC / KEAO).

b) Sobre los reproches de ilegalidad a la fórmula impugnada

Además de lo señalado en el apartado anterior, este Órgano estima que no son aceptables los argumentos del recurrente en contra de la legalidad de la fórmula, como se expone a continuación:

b 1) Sobre los resultados de la aplicación de la fórmula.



El recurso alega que la aplicación de la fórmula elegida produce resultados que califica como perversos, injustos o desproporcionados. En concreto, se citan dos ejemplos:

- 1) Se alega que, en el caso de que se presente un único licitador, que oferte un precio igual al presupuesto base de licitación, el resultado de la fórmula sería “Una respuesta matemáticamente irresoluble y absurda, por denominador 0”. A juicio de este Órgano, lo cierto es que si hay una única oferta que cumple con las bases de la licitación (en caso contrario, debe ser excluida), ni procede aplicar criterio de adjudicación alguno ni es necesario para adjudicar el contrato, pues la función primaria de dichos criterios (aunque no la única, como se dirá más adelante) es comparar entre proposiciones para elegir la más ventajosa, lo que no es posible. Debe añadirse que, llevando al extremo el argumento del recurrente, el resultado que reputa absurdo podría darse también, para varias ofertas, si todas ellas van al tipo de licitación sin ofrecer rebaja alguna; en tal caso, el resultado de la fórmula sería indiferente, pues sería el mismo para todas las ofertas, lo que significaría, de hecho, que el criterio perdería toda influencia en la adjudicación.
- 2) El segundo ejemplo alegado es el caso de la proposición que no ofrece descuento alguno frente a otra oferta que ofrece un descuento ínfimo y obtiene a cambio 49 puntos de diferencia sobre la primera. Este supuesto obvia que los criterios de adjudicación también tienen la función de orientar o encauzar el contenido de las ofertas de modo que los licitadores se tengan que adaptar lo más posible a lo deseado por el poder adjudicador si quieren obtener el contrato. Dicho de otro modo, si, conociendo la fórmula, que induce a la presentación de rebajas sobre el tipo de licitación, y el resultado posible de su aplicación, el licitador opta por no ofrecer rebaja alguna, no puede luego sorprenderse de arbitrariedad o injusticia cuando ello penalice sus posibilidades de ser adjudicatario. En este sentido, hay que observar que, si bien la opción de no ofrecer rebaja alguna al tipo de licitación es una estrategia



competitiva tan legítima como cualquier otra, no puede pretenderse, como hace el recurrente, que ello sea una actitud que merezca ser premiada o protegida por el órgano de contratación, pues el principio de la oferta económicamente más ventajosa impide que un criterio de valoración del precio atribuya puntuación alguna a un licitador que en nada aventaja el presupuesto inicial.

b 2) Sobre la supuesta infracción del segundo inciso del artículo 145.4 de la LCSP

No puede aceptarse la alegación de que se infringe el artículo 145.4 de la LCSP. Este precepto establece que, en los contratos de su Anexo IV, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. De la simple lectura de la cláusula específica 22 del PCAP se deduce que dicho porcentaje se alcanza en este caso (lo que, además, el recurrente no niega) o, expresado de otra forma, es claro que, cualesquiera que sean los efectos de la fórmula de valoración del precio como criterio de adjudicación que se escoja, nunca ningún licitador va a poder obtener en ese apartado más de 49 puntos sobre 100 posibles. El argumento de que, de hecho, las diferencias efectivas entre ofertas en este criterio pueden ser mayores que en los criterios relacionados con la calidad a pesar de que estos tengan mayor ponderación no es aceptable; en este caso, los criterios cualitativos son todos ellos de apreciación discrecional y su método de valoración apenas está descrito en los pliegos (lo que es plenamente ajustado a la LCSP; ver, por ejemplo, la Resolución 36/2018 del OARC / KEAO), por lo que no puede preverse “a priori” si su aplicación va a producir o no grandes diferencias entre las proposiciones. Por otro lado, como bien señala el poder adjudicador, el mandato de obtener servicios de gran calidad no es incompatible con la búsqueda de un precio ventajoso y, además, el recurrente no ha acreditado su incumplimiento, más allá de sus alegaciones sobre la legalidad de la fórmula, desestimadas en los anteriores apartados.



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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la ASOCIACIÓN BIZGARRI PARA LA INTERVENCIÓN SOCIAL contra los pliegos del contrato “Prestación del servicio del Punto de Encuentro Familiar por derivación judicial de Donostia - San Sebastián”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko uztailaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de julio de 2020