



EB 2014/141

EB 2014/143

Resolución 128/2014, de 4 de diciembre de 2014, 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 los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por Prosegur España, S.L. y Delta Seguridad, S.A. frente al Decreto de 20 de octubre de 2014, de la Presidencia del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, de adjudicación del “Servicio de vigilancia privada en las instalaciones del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de noviembre de 2014 el operador económico Prosegur España, S.L. (en adelante, Prosegur) ha interpuesto en el registro auxiliar del servicio Zuzenean en Bilbao un recurso especial frente a la adjudicación del “Servicio de vigilancia privada en las instalaciones del Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia”, tramitado por el Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia (en adelante, Consorcio). El recurso tuvo 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 día 18 de noviembre de 2014.

El mismo 14 de noviembre de 2014 el operador económico Delta Seguridad, S.A. (en adelante, Delta) interpuso un recurso especial ante el Consorcio también frente a la adjudicación del contrato. El recurso tuvo entrada ante el registro del OARC / KEAO el día 20 de noviembre del 2014. Junto con el recurso se recibió el acta de la reunión de 23 de septiembre de 2014 de la Mesa de contratación que contiene el informe de valoración técnica que analiza



las ofertas presentadas, pero no así el informe al recurso del artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

SEGUNDO: El 18 de noviembre de 2014 se trasladó al Consorcio el recurso de Prosegur y se solicitó la remisión del expediente. El 20 de noviembre de 2014 causó asiento de entrada el expediente del contrato y el informe al recurso de Prosegur que prevé el artículo 46.2 TRLCSP.

TERCERO: El propio 20 de noviembre de 2014 se trasladaron ambos recursos a los interesados. El día 25 de noviembre de 2014 se recibieron las alegaciones de Protección y Seguridad Técnica, S.A. (en adelante, Prosetecnisa) a los dos recursos.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 73 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Los recursos analizados se dirigen contra la Resolución de adjudicación del contrato y sus argumentos y pretensiones giran en torno a la aplicación de los criterios de adjudicación relativos a la oferta técnica.

SEGUNDO: En el expediente consta la representación de Don J.R. M.S. y Don J.A. M.C. que actúan, respectivamente, en nombre de Prosegur y de Delta.

TERCERO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los:

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea superior a 2017.000 euros (...).



El contrato objeto de recurso es un servicio de la categoría 23 (Servicios de investigación y seguridad, etc.) del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 3.967.500,00 euros.

CUARTO: El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial

«Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

El acto recurrido es el Decreto de 20 de octubre de 2014, de la Presidencia del Consorcio, que adjudica el contrato.

QUINTO: Los recursos se han interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP.

SÉPTIMO: Los argumentos de los recurrentes, del poder adjudicador en su informe frente al recurso de Prosegur y de las alegaciones de los interesados son, en síntesis, las siguientes:

Recurso de Prosegur.

A) Lo que dice el recurrente.

a) Reprocha falta de concreción de los criterios de valoración en los pliegos de condiciones, que genera desigualdad y falta de transparencia. Considera que la valoración de la oferta técnica queda al arbitrio de órgano de contratación. Reproduce los criterios de valoración de la oferta técnica y afirma que cada apartado se compone, a su vez, de hasta seis criterios, que son los que en definitiva se van a tener en cuenta para valorar la oferta, pero que no tienen atribuida una puntuación determinada, por lo que no permiten conocer al



licitador el peso de cada uno de los diferentes criterios que se van a puntuar en cada apartado. Pone como ejemplo el apartado de “Memoria técnica y metodología de la ejecución (entre 0-20 puntos)” que se divide en 6 criterios, desconociendo si tienen el mismo peso o cada uno de ellos se puntúa de distinta forma, pues de haber tenido conocimiento de ello habría incidido más en un criterio u otro, o concentrado sus esfuerzos en mejorar algún aspecto con el fin de maximizar su puntuación. En apoyo de sus argumentos cita y reproduce las Resoluciones 575/2014, 65/2013 y 590/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC).

b) Denuncia, también, falta de concreción de los criterios de valoración en relación con las mejoras, que se valora entre 0-7 puntos, y en el que únicamente se señala “mejoras técnicas del servicio sobre las solicitudes (sin sobre coste para el CABB)”, lo que supone otra muestra más de falta de concreción de los pliegos de condiciones que deberían indicar sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse las mejoras por los licitadores; es decir, no basta mera mención genérica a la posibilidad de hacer mejoras sino que en el pliego deben figurar los requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente y guardar relación directa con el objeto del contrato. Cita y reproduce la Resolución del TACRC 318/2011.

c) Alega falta de motivación en el resultado del análisis comparativo de su oferta. Dice que el informe de valoración en el apartado “análisis comparativo de las ofertas” no compara unas ofertas con otras sino que se limita a hacer una descripción resumida de la oferta presentada por cada licitador.

Añade que en la valoración de su oferta en el apartado “Memoria técnica y metodología de la ejecución” no hace mención a ninguna deficiencia o carencia que justifique el no haber obtenido la totalidad de la puntuación del apartado, a diferencia de otras mercantiles donde sí se menciona las deficiencias.

Hace mención de la valoración realizada a las mercantiles Prosetecnisa y Delta, que considera mucho más exhaustivas, que contiene afirmaciones



positivas que da a entender la preferencia del órgano de contratación. Considera que existe cierta desarmonización en la aplicación de criterios comunes y en la forma de valorar la información aportada. Estima, asimismo, que existe falta de congruencia en las motivaciones o justificaciones facilitadas en el informe de valoración técnico y, en consecuencia, en el acto de adjudicación.

d) Solicita la anulación de la resolución de adjudicación del contrato.

B) Lo que dice el Consorcio.

El Consorcio en el informe al recurso menciona el artículo 151.1 del TRLCSP y la opción que otorga al órgano de contratación de solicitar cuantos informes técnicos considere pertinentes para valorar y clasificar las ofertas.

Manifiesta que el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de mayo de 2004 ha señalado que los informes técnicos son inexcusables cuando proporcionan a los órganos de contratación unos «unos conocimiento especializados que no poseen y les son imprescindibles» y que éstos no pueden «prescindir de los informes técnicos que apoyan una propuesta de adjudicación mediante apreciaciones negativas o que no tengan un apoyo real» en los criterios objetivos fijados para valorar las ofertas.

C) Lo que dicen los interesados en sus alegaciones.

Prosetecnisa, adjudicatario impugnado, presenta alegaciones frente al recurso Prosegur en las que, sucintamente expuesto, efectúa las siguientes manifestaciones:

a) Denuncia la falta de legitimación de Prosegur para recurrir por falta de gravamen, al entender que aunque prosperase su recurso no resultaría adjudicataria, por lo que únicamente estaría persiguiendo la protección de la defensa genérica de la legalidad, dado que no puede ser adjudicataria ni obtener ninguna ventaja directa e inmediata de la modificación del acuerdo de



adjudicación. Cita la Resolución 162/2013 del TACRC y la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2003.

b) Entiende que la recurrente actúa contra sus propios actos, por cuanto que no ha recurrido en modo alguno los pliegos, habiendo presentado su correspondiente oferta con posterioridad a éstos con pleno conocimiento de los mismos.

c) Considera que no hay arbitrariedad por parte del Consorcio, que hace una valoración específica y detallada para cada una de las ofertas presentadas, con unas puntuaciones acordes a su valoración. Compara la adjudicación del contrato con otras adjudicaciones, motivadas de manera similar, que recayeron a favor del recurrente en las que no apreció arbitrariedad.

d) Manifiesta no entender la afirmación vertida en el Fundamento de Derecho Tercero de recurso cuando dice que «(...)», a pesar de que Prosegur tiene una puntuación superior a Prosetecnisa, no contiene ninguna afirmación similar.» Esta aseveración se produce en el criterio de “Memoria Técnica y Metodología de la ejecución”, en el que Prosetecnisa obtuvo 18,8 puntos y la recurrente 18,4 por lo que la puntuación es acorde con la valoración que se hace y en ningún momento es superior a la de Prosetecnisa.

e) Apela al principio de economía procesal y aprecia que en el hipotético caso de que este Órgano Resolutorio estimara el recurso y resolviera la invalidez del apartado referente a las mejoras, ello no podría conllevar la nulidad de todo lo actuado, si bien en la solicitud de recurrente parece entenderse una nueva valoración. En su opinión la nulidad de un determinado apartado no puede hacerse extensiva al resto de las cláusulas del pliego que deben permanecer invariables. Insiste en que de declararse la nulidad del apartado de mejoras, procedería la retroacción de procedimiento hasta la fase de valoración para que se efectuase una nueva en la que no se tuviera en cuenta la cláusula declarada nula, pero en aras del principio de economía procesal procede desestimar el recurso dado que no derivaría ningún efecto sobre la adjudicación del contrato



ya que su valoración seguiría siendo superior a la del recurrente. En su apoyo cita las Resoluciones del TACRC 44/2012 y 69/2012.

Reproduce el cuadro de puntuaciones de los criterios de adjudicación del contrato tal y como constan en el informe de valoración, y su resultado tras la eliminación de los criterios de “Metodología” y “Mejoras”, de donde deduce que seguiría siendo adjudicataria, con más ventaja sobre las siguientes clasificadas. Incluso si a Prosegur se le diera el máximo en todos los criterios de juicio de valor tampoco resultaría adjudicataria.

Reitera que al no haberse impugnado los pliegos, sólo se puede entrar a examinar si el procedimiento de contratación ha respetado o no el contenido de los pliegos, siempre que éstos no incurran en un supuesto de nulidad de pleno derecho, y aun en estos casos la nulidad habrá de tener el efecto más limitado posible, de modo que dicha nulidad afectará única y exclusivamente a aquellas cláusulas en las que concurra la irregularidad, no extendiéndose al resto del documento afectado. Cita las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1991, 28 de junio de 2004 y 24 de enero de 2006.

Insiste en que el recurrente no está de acuerdo con las puntuaciones obtenidas y solicita que se vuelvan a valorar. Reproduce la Resolución 18/2013 en la que este Órgano Resolutorio aludía a la sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco núm. 740/2009, con cita en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 recurso núm. 8952-97, según la cual «(...) en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado.»

f) En cuanto a la ponderación de los criterios de adjudicación, alude al artículo 150.4 del TRLCSP y considera que los pliegos del contrato precisan la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios, sin que se dé ninguna vulneración del principio de igualdad, pues todos los licitadores sabían a qué



atenerse, sin que quepa apreciar discriminación en la valoración efectuada por el órgano de contratación. En su defensa, cita y reproduce la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de noviembre de 2005.

Denuncia que el recurrente pretende hacer prevalecer sus valoraciones subjetivas por encima de la discrecionalidad técnica que asiste a la administración. Cita y reproduce las Resoluciones 342/2014 y 389/2014 del TACRC.

Finalmente alude a los artículos 145 y 139 del TRLCSP y concluye que del recurso no se desprende dónde ni cuándo el órgano de contratación ha dado un trato desigualitario o discriminatorio a los licitadores ya que todos han ofertado en igualdad de condiciones y conocimiento de los pliegos, de donde no cabe predicar ni desigual ni discriminación, sino simplemente discordancia con la valoración subjetiva de recurrente.

g) Solicita que se desestime íntegramente el recurso.

Recurso de Delta.

A) Lo que dice el recurrente.

a) Reproduce en primer lugar los criterios de adjudicación del contrato. Describe cómo el informe de valoración técnica de la Mesa de contratación ha valorado las mejoras presentadas por las diferentes empresas.

b) A su juicio, resulta pertinente analizar si existe o no arbitrariedad en el criterio de adjudicación relativo a las mejoras. Afirma que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) no establece ningún criterio de valoración de las mejoras, y se limita a proponer únicamente “mejoras técnicas del servicio sobre las solicitudes (sin coste para el CABB)”; expresión que considera tan vaga, amplia e imprecisa que no contiene las reglas y límites necesarios a los que el órgano de contratación debe sujetarse para decidir qué mejoras son admisibles, lo que provoca que su valoración



haya quedado al libre arbitrio del órgano de contratación, con incidencia en el principio de igualdad.

En su opinión el criterio sobre “mejoras” es contrario al artículo 147.2 del TRLCSP que establece que «La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.» Al valorarse las mejoras sin el apoyo de criterios previamente determinados y reglados, se está infringiendo el principio de igualdad, pues queda a la valoración del libre arbitrio del órgano contratación.

Menciona las Resoluciones 52/2013, 6/2014 y 33/2014 de este Órgano Resolutorio que, a su parecer, resuelven casos similares al del presente recurso. Añade que en dichas Resoluciones, además de declarar la ilegalidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, se analiza si por no haber sido recurridos los pliegos los recurrentes deben pasar por su contenido y los órganos resolutorios aplicarlos sin mayores consideraciones. En este sentido, afirma que es reiterada y constante la doctrina que considera que los pliegos son la ley del contrato y que rigen la licitación, pero que esta doctrina tiene como límite los vicios que suponen la nulidad de pleno derecho. Concretamente, el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992 establece que la nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y que un criterio que otorga a la administración la posibilidad de una atribución de puntuaciones discriminatoria es contrario al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. En su apoyo cita las Resoluciones 69/2012 y 129/2013 del TACRC.

c) Solicita que se declare la nulidad del pleno derecho del criterio de adjudicación, que conlleva la nulidad de todo el proceso de licitación y la puesta en marcha de un nuevo proceso donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en el recurso sobre la valoración de las mejoras.

B) El Consorcio no aporta informe frente al recurso de Delta.



C) Lo que dicen los interesados en sus alegaciones.

Prosetecnisa, como adjudicatario impugnado, presenta también alegaciones al recurso de Delta, cuyo contenido es el que sigue:

a) Considera que Delta al recurrir la valoración del criterio de “Mejoras” carece de gravamen para recurrir puesto que en dicho criterio ha obtenido una valoración de 7 puntos sobre 7, en tanto que a Prosetecnisa se le han otorgado 6,5 puntos sobre 7.

A su juicio, el recurrente no pretende defender la legalidad del procedimiento ni que se lleve a cabo una nueva valoración, únicamente pretende perpetuarse en el servicio dado que es quien en la actualidad efectúa la vigilancia. Estima que utilizar la vía del recurso especial con la finalidad de dilatar la adjudicación constituye un abuso y un fraude de Ley y que este Órgano Resolutorio debe valorar tal circunstancia al efecto de imponer la sanción del artículo 47.5 del TRLCSP.

Reproduce el artículo 31 de la Ley 30/1992, e insiste que el interés legítimo debe perseguir la titularidad de una posición de ventaja o de utilidad pública por parte de quien ejercita la pretensión. Deduce de ello que admitir la legitimación para interponer el recurso especial a quien únicamente pretende, supuestamente, la defensa de la legalidad sería como defender una suerte de acción pública que no existe en el derecho de la contratación del sector público, ni puede deducirse del artículo 42 del TRLCSP. Máxime cuando en el hipotético caso de que prosperase el recurso, Delta no resultaría adjudicataria ni podría obtener una ventaja directa e inmediata de la modificación del acuerdo adoptado; eso sí, se perpetuaría en la prestación del servicio por ser quien en la actualidad lo presta. En su apoyo invoca las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 20 de mayo de 2008 y 14 de octubre de 2003, y las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid 043/2012 y del TACRC 171/2013.



b) Al igual que en sus alegaciones frente al recurso de Prosegur, entiende que la recurrente actúa contra sus propios actos, por cuanto que no ha recurrido en modo alguno los pliegos, habiendo presentado su correspondiente oferta con posterioridad a éstos con pleno conocimiento de los mismos.

c) En cuanto al principio de economía procesal, fundamenta su pretensión con argumentos y apoyo jurídico semejante al manifestado en el apartado C) e) de sus alegaciones al recurso de Prosegur, que se dan aquí por reproducidas. Concluye que incluso si se diera al recurrente la máxima puntuación en todos los criterios tampoco resultaría adjudicataria.

d) Defiende la ausencia de arbitrariedad en la valoración técnica del Consorcio que considera específica y detallada para cada una de las ofertas presentadas, con unas puntuaciones acordes con la valoración de cada una de las ofertas. Reprocha al recurrente que en otros concursos en los que fue la mejor puntuada no apreció la arbitrariedad que sí denuncia en el presente contrato.

e) Vuelva a mencionar la resolución 18/2013 del OARC / KEAO en la que se cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre la aplicación de la teoría de las nulidades, reproducida también en el apartado C) e) de las alegaciones al recurso de Prosegur.

f) Finalmente, sobre la ponderación del artículo 145 del TRLCSP, reitera la argumentación expuesta en el apartado C) f) de las alegaciones del recurso de Prosegur, que también se dan por aquí por reproducidas.

g) Solicita la desestimación íntegra del recurso.

OCTAVO: En sus alegaciones, Prosetecnisa plantea como cuestión previa la falta de legitimación de los recurrentes. Estima que ni en el caso de que prosperasen los recursos resultarían adjudicatarios del contrato, por lo que no obtendrían una ventaja directa e inmediata del acuerdo adoptado, y que únicamente estarían persiguiendo la protección de la defensa de la legalidad como una suerte de acción pública que no existe en la contratación del sector público.



El artículo 42 del TRLCSP señala que:

«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

Este Órgano Resolutorio ha manifestado en distintas ocasiones (por última vez en la Resolución 110/2014) que el artículo reproducido debe interpretarse según la doctrina sentada por los Tribunales que, en relación con el concepto de «interés legítimo», exigen que el acto impugnado pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Se trata de acreditar la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, no necesariamente de contenido patrimonial, que se materializaría de prosperar ésta, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Esto última significa que el interés legítimo no puede ser asimilado al del interés en la legalidad (SSTC 60/82 y 257/88 entre otras y SSTs de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003).

Prosetecnisa basa su argumentación de falta de legitimación de los recurrentes en la ausencia de ventaja o beneficio que les supondría la anulación del criterio de “Mejoras” ya que, al haber obtenido ambos el máximo de 7 puntos del criterio, no se modificaría el orden de selección de empresas.

Esta alegación no puede ser admitida. La aceptación de la pretensión de los recursos puede implicar que este Órgano declare la nulidad del criterio “Mejoras” si estima que su configuración no cumple los requisitos del artículo 147 TRLCSP, y dicha nulidad conllevaría la de todo el procedimiento de adjudicación (ver, por todas, la Resolución 70/2014 del OARC / KEAO). Dado que la cancelación pondría a los recurrentes en disposición de optar a una posible nueva licitación, es evidente que en caso de estimarse los recursos obtendrían un beneficio tangible, pues su situación mejoraría respecto a la actual.



En consecuencia, tanto Prosegur como Delta acreditan estar legitimados para presentar el recurso tal y como se exigen en el artículo 42 del TRLCSP.

NOVENO: Ambos licitadores impugnan el subcriterio “Mejoras: entre 0-7 puntos”, del criterio de adjudicación “Oferta técnica 50 puntos”, previsto en el apartado 10.2 “Criterios de adjudicación”, del PCAP que rigen el contrato. Consideran que la redacción del criterio es vaga e imprecisa, que no contiene los límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, lo que provoca que su valoración quede al libre arbitrio del órgano de contratación.

El criterio en cuestión tiene el siguiente contenido:

«3. Mejoras: entre 0-7 puntos

Mejoras técnicas del servicio sobre las solicitudes (sin sobre coste para el CABB).»

El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en este caso, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se precise «(...) sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.» La alusión del criterio reproducido a “Mejoras técnicas del servicios sobre las solicitudes” –debe entenderse sobre las solicitadas en las prescripciones técnicas– no contiene precisión alguna de los concretos elementos sobre los que pueden ofertarse las mejoras y en qué condiciones. Esta ausencia de precisión hace posible, por una parte, que el órgano de contratación pueda valorar cualquier mejora ofertada sobre cualquier elemento del contrato, y de otra, que el licitador no sepa exactamente qué elementos del contrato son relevantes para el órgano de contratación al objeto de centrar su oferta. Al faltar las precisiones –elementos y condiciones– solicitadas por el artículo 147 TRLCSP y, consecuentemente, poder versar sobre cualquier elemento –sean o no verdaderas mejoras a la prestación–, se están infringiendo el principio de igualdad y el de transparencia, pues la elección y valoración de las mejoras queda al libre arbitrio del órgano de contratación.



Dicho de otro modo, el PCAP atribuye a la Administración una libertad prácticamente incondicionada para aplicar el subcriterio impugnado, lo que no es aceptable (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, C-513/99 y, por todas, la Resolución 70/2014 de este OARC / KEAO).

En consecuencia, este motivo de impugnación debe aceptarse.

DÉCIMO: Prosegur reprocha falta de concreción de los criterios de valoración en los pliegos de condiciones, que genera desigualdad y falta de transparencia, porque cada apartado se compone, a su vez, de hasta seis criterios, de forma que la valoración de la oferta técnica queda al arbitrio del órgano de contratación.

Según el PCAP, la oferta técnica se valora de la siguiente forma:

<u>OFERTA TÉCNICA</u>	<u>50 PUNTOS</u>
-----------------------	------------------

1. Memoria Técnica y Metodología de la Ejecución: entre 0-20 puntos:

Nivel de conocimiento acreditado sobre las necesidades del contrato.

Adecuación de la propuesta técnica al objeto del contrato.

Alcance de la prestación de Servicio.

Propuesta técnica de la ejecución del Servicio.

Programación de los trabajos: duración justificada de actividades, coherencia en la distribución secuencial de las mismas, nivel de desarrollo de detalle alcanzado.

Idoneidad del Servicio propuesto. Organización y tiempos de respuesta. Disponibilidad ante emergencias. Retenes.

2. Medios Técnicos puestos a disposición del Contrato: entre 0-15 puntos:

Medios técnicos y organizativos asignados al contrato. Organización del equipo.

Grado de compromiso de los aprovisionamientos o trabajos subcontratados.

3. Mejoras: entre 0-7 puntos:

Mejoras técnicas del servicio sobre las solicitudes (sin sobre coste para el CABB).



4. Criterios Medioambientales y Sociales; entre 0-4 puntos:

Criterios medioambientales: criterios ecológicos o de protección del medio ambiente y fomento del desarrollo sostenible, etc.

Criterios sociales: promover el empleo, eliminar desigualdades entre hombre y mujer, combatir el paro, inserción de trabajadores con discapacidad.

5. Otros Aspectos y/o Criterios a valorar: entre 0-4 puntos:

Presentación de un avance-propuesta del Plan de control de calidad –específica y no generalista– a aplicar en el contrato.

Presentación de un avance-propuesta del Plan de Seguimiento Ambiental -específico y no generalista-

Presentaciones de un avance-propuesta del Plan de Prevención de Riesgos Laborales -específico y no generalista-.

Planes y cursos de formación del personal del contrato. Alcance y compromiso del Adjudicatario (Servicios de Explotación y/o Mantenimiento).

Plazo.

Compromiso de no revisión de precios.

La técnica que utiliza el apartado 10 del PCAP para la valoración de las ofertas es utilizar dos criterios de adjudicación: “Oferta económica 50 puntos” y “Oferta técnica 50 puntos”. Este último, a su vez, dividido en 5 apartados, debidamente ponderados que funcionan como subcriterios o elementos secundarios, cada uno con la descripción, en uno o varios ítems, de los aspectos que se valorarán. Considera Prosegur que al no tener atribuidos los ítems una puntuación determinada, no permiten que el licitador conozca cuál es su peso dentro de los diferentes subcriterios.

Este OARC / KEAO, en su Resolución de 52/2014, ya manifestó que mediante la formulación de criterios de adjudicación se pretende buscar la oferta que mejor se adecúa a las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato. Pero es que, además de servir para evaluar la calidad de las ofertas, tales criterios cumplen otras finalidades relacionadas con la contratación pública, que el considerando 46 de la parte introductoria de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos



de obras, de suministro y de servicios, describe en los siguientes términos: «La adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respecto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. (P). A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos conviene establecer la obligación –consagrada en la jurisprudencia– de asegurar la transparencia necesaria para que cualquier licitador puede informarse razonablemente de los criterios y modalidades que se aplicarán para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Corresponde pues a los poderes adjudicadores indicar los criterios de adjudicación, así como la ponderación relativa atribuida a cada uno de dichos criterios, e indicarlo con una antelación suficiente a fin de que los licitadores tengan conocimiento de ello para realizar sus ofertas. (P). A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva (P).». Por consiguiente, la contratación pública no debe conformarse únicamente con encontrar la oferta más ventajosa para la entidad adjudicadora, sino que en este proceso se debe garantizar que la selección se efectúa respetando los principios de objetividad en la selección del criterio, transparencia e igualdad de trato.

En definitiva, los criterios de adjudicación, además de estar relacionados con el objeto del contrato, estar ponderados y ser conocidos con la suficiente antelación para que los licitadores puedan preparar sus ofertas, deben respetar los principios de objetividad, transparencia e igualdad de trato, de modo que su aplicación no pueda dar lugar a la arbitrariedad. Sobre la base de estos principios deben examinarse el criterio y los apartados objeto de impugnación.

Se observa que, junto con el criterio genérico de “Oferta técnica”, están también ponderados sus distintos subcriterios y que éstos contienen una descripción de los aspectos que se tendrán en consideración en cada uno. También se observa que a lo largo del procedimiento el consorcio se ha atendido a la misma interpretación de los criterios de adjudicación, tal y como se exige el TJUE en la sentencia SIAC antes mencionada. Es más, se atisba el deseo del poder adjudicador de reglar, salvo el relativo a las “Mejoras”, los elementos secundarios, contribuyendo a la objetivación y transparencia del criterio de “Oferta técnica”.



En definitiva, no puede tomarse en consideración la impugnación del recurrente.

UNDÉCIMO: Señalada la ilegalidad del criterio de adjudicación de “Mejoras”, debe ahora analizarse si el recurrente debe respetar su contenido porque los Pliegos no fueron 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 en tiempo y forma del correspondiente recurso. Así, este Órgano Resolutorio ha manifestado en otras ocasiones (Resolución 58/2014) que la ausencia de impugnación de los pliegos, en principio, convalidaría su invalidez y obligaría al poder adjudicador y a los licitadores 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 el criterio “mejoras” 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) y, además, permite una actuación arbitraria que se extiende al procedimiento. Debe hacerse notar que la infracción del principio de igualdad no radica en la aplicación del criterio de adjudicación, sino en la propia configuración de este último, que permite la arbitrariedad del poder adjudicador, que puede actuar sin sujetarse a reglas preestablecidas porque tales reglas no existen; por ello, la simple retroacción del procedimiento no sería suficiente porque la nueva resolución sería igualmente arbitraria por basarse también en el mismo criterio arbitrario. A la vista de que dicha 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



recurridas en su momento, este Órgano debe declarar la nulidad de pleno derecho del Pliego en lo relativo al criterio de “Mejoras”.

DUODÉCIMO: La declaración de nulidad del criterio de adjudicación de oferta económica y de mejoras adicionales conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la citada resolución 129/2013 del TACRC). 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 la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en el criterio declarado nulo.

DECIMOTERCERO: Aduce Prosegur falta de motivación en el resultado del análisis comparativo de su oferta. La declaración de nulidad de pleno derecho del criterio sobre “Mejoras” y la consecuente anulación de la licitación, hace innecesario el examen de este motivo impugnatorio, que de estimarse daría lugar a la anulación de la adjudicación y la retroacción de las actuaciones para elaborar una nueva resolución que contuviera los requisitos exigidos por el artículo 151.4 del TRLCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 parcialmente el recurso interpuesto por Prosegur España, S.L., y en su totalidad el presentado por Delta Seguridad, S.A.

Declarar nulo el apartado 3. "Mejoras" del criterio de adjudicación "Oferta técnica" previsto en el punto 10.2 "Criterios de adjudicación", del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, ordenando la anulación de la licitación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

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, 2014ko abenduaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de diciembre de 2014