



EB 2017/126

Resolución 136/2018, de 18 de octubre 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dña. I. B. M. contra los pliegos que han de regir el contrato “Servicios de limpieza de edificios del Ayuntamiento de Gernika – Lumo”, tramitado por el Ayuntamiento de Gernika – Lumo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 16 de octubre de 2017 se 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 en materia de contratación interpuesto por Dña. I. B. M. contra los pliegos del contrato “Servicios de limpieza de edificios del Ayuntamiento de Gernika – Lumo”, tramitado por el Ayuntamiento de Gernika – Lumo.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación se solicitaron al poder adjudicador la documentación del expediente de contratación y el informe de respuesta al recurso al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). La citada documentación se recibió en este OARC / KEAO el día 23 de octubre de 2017.

TERCERO: Con fecha 21 de octubre de 2016 se planteó, a propósito del procedimiento de resolución del recurso EB 2016-108, y ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), una cuestión prejudicial al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y

de los artículos 93 y siguientes del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que tiene relación directa con uno de los argumentos del recurso que ahora se analiza, con el siguiente contenido:

1) ¿Se opone la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, a una legislación nacional como el artículo 150.4 TRLCSP, o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que autorizan a los poderes adjudicadores a establecer en los pliegos que rigen la licitación de un procedimiento abierto criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias para las ofertas que no superan un umbral mínimo de puntuación predeterminado?

2) En el caso de que la respuesta a la primera cuestión sea negativa, ¿se opone la citada Directiva 2014/24 a una legislación nacional, o a una práctica de interpretación y aplicación de dicha legislación, que utilizan en el procedimiento abierto el citado sistema de criterios de adjudicación que operan en fases sucesivas eliminatorias de manera que en la última fase no queden ofertas suficientes como para garantizar una competencia real?

3) En el caso de que la respuesta a la segunda cuestión sea positiva, ¿se opone la citada Directiva 2014/24, por no garantizarse una competencia real o por eludir el mandato de adjudicar el contrato a la oferta con la mejor relación calidad / precio, a una cláusula como la debatida, en la que el factor precio solo se valora para las ofertas que hayan obtenido 35 sobre 50 puntos en los criterios técnicos?

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 24/2017, de 14 de noviembre, y al amparo del artículo 22.1 c) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, se acordó la suspensión del plazo para resolver el recurso hasta que el TJUE resolviera la cuestión prejudicial planteada.

QUINTO: Con fecha 20 de septiembre 2018, el TJUE dictó sentencia en el asunto C-546/16 (ECLI:EU:C:2018:752), resolviendo la cuestión planteada por el OARC / KEAO.

SEXTO: A la fecha de presentación del recurso no constan en el procedimiento más interesados que el poder adjudicador y el propio recurrente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, concejal del Ayuntamiento de Gernika-Lumo que ha votado en contra de los pliegos que impugna.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 40.1.a) del TRLCSP son susceptibles de recurso especial, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 40.2. a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación», impugnándose en el recurso que nos ocupa los pliegos que han de regular el 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, el Ayuntamiento de Gernika-Lumo tiene la condición de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

Expuesto en síntesis, el recurso se fundamenta en los siguientes argumentos:

a) Se solicita la nulidad de la cláusula 1.3 de la carátula ya que no se ha justificado en el expediente la no división en lotes cuando así lo exige la Directiva 2014/24/UE.

b) Anulación de la cláusula 32 de la carátula dado que exige un mínimo de 20 puntos para que la oferta no sea excluida de tal forma que se puede impedir una “competencia real”.

c) Las cláusulas de los pliegos sobre modificaciones contractuales son ilegales.

d) El apartado de mejoras (31.2.A de la carátula) tiene una ponderación excesiva (10 puntos) y, además, la puntuación es fija y conocida de antemano por todos los licitadores.

e) La fórmula de la oferta económica es contraria a derecho por ser contraria al principio de oferta económica más ventajosa.

f) Falta la constitución del comité de expertos ya que la ponderación del criterio oferta económica, aun siendo del 52%, en la práctica es mucho menor y, por ello, los criterios sujetos a juicio de valor se convierten en decisivos.

g) La cláusula 31.2 B) de la carátula no se ajusta a derecho ya que refiriéndose a un criterio matemático no requiere de ninguna valoración o interpretación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el Ayuntamiento de Gernika-Lumo alega lo siguiente en contra del recurso:

a) Se alega que existe una Diligencia de la Presidente de la Comisión Informativa de Medio Ambiente y servicios mediante la que queda justificada la decisión de no dividir en lotes. Además, señala que conforme al artículo 46 de

la Directiva la división no es obligatoria y únicamente exige que se estudie la conveniencia y se justifique tal decisión.

b) La cláusula 32 de la carátula tiene su amparo en el artículo 150.4 del TRLCSP, y los puntos exigidos como umbral son absolutamente razonables (20 sobre 48).

c) Respecto a las cláusulas impugnadas por considerarse modificaciones contractuales ilegales, el Ayuntamiento señala que las mismas no constituyen verdaderas modificaciones contractuales.

d) Sobre el criterio “mejoras” señala que es una suposición de la recurrente que prácticamente la totalidad de los licitadores ofertarán la totalidad de las mejoras, y si así lo fuera, lo sería en beneficio de la prestación del servicio. Además, dicho criterio cumple con lo establecido en el artículo 147 del TRLCSP.

e) Con relación a la fórmula de la oferta económica se alega que la misma atribuye la puntuación más alta al licitador que ofrece el precio más bajo y la puntuación más baja al que presenta la superior; en cuanto al resto de las ofertas, la fórmula elegida prevé una regla de proporcionalidad modulada, lo cual no se halla prohibido por ninguna norma.

f) No resulta necesaria la constitución de un Comité de Expertos ya que los criterios evaluables de forma automática tienen una ponderación superior a la correspondiente a los criterios sometidos a juicio de valor.

g) La presentación del estudio económico detallado no altera el resultado de la aplicación de la fórmula prevista.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación se expresan las apreciaciones de este Órgano sobre las diversas cuestiones planteadas por la parte recurrente.

a) **Sobre la no división en lotes del contrato**

Se recurre el que no se haya dividido el contrato en lotes sin justificación alguna lo cual contraviene lo dispuesto en el art. 46.1 de la Directiva 2014/24/UE y supone una sensible restricción al principio de libre concurrencia.

Siendo el TRLCSP la norma aplicable al contrato objeto del presente recurso, el régimen de la división del contrato en lotes, contenido fundamentalmente en el artículo 86.3, debe entenderse parcialmente desplazado en aspectos esenciales por el del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE (que se incorporó a nuestro Ordenamiento en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, apartados 3 y siguientes del artículo 99). Este precepto de la Directiva, en sus apartados 1 y 2, relevantes para la resolución de la cuestión planteada, reúne los requisitos necesarios para desplegar efecto directo, por lo que es la norma que debe tenerse en cuenta para resolver la impugnación.¹

Sobre la interpretación del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, este OARC/KEAO se ha pronunciado en su Resolución 8/2018, en los siguientes términos:

«El artículo 46 de la Directiva 2014/24 establece que, si bien “los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes”, por otro lado señala también que “los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes”. De esta redacción se deduce que la decisión de dividir o no un contrato en lotes es parte de la facultad del órgano de contratación para fijar discrecionalmente el contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 76/2016, 84/2017 y, especialmente, 41/2015 del OARC / KEAO), y que su ejercicio solo exige la constancia de una motivación expresa si la decisión es no dividir. (...) Esta conclusión se refuerza por el Considerando 78 de la Directiva 2014/24, que indica que “la magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador” y que éste “debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las

¹ Ver, el documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos”, disponible en el siguiente enlace: http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf

razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial.” Esta última mención no debe entenderse como una patente de inmunidad absoluta frente al control jurídico, pero sí como una advertencia de que dicho control no puede entrar a valorar las razones de oportunidad alegadas por el órgano de contratación, ámbito que se identifica sustancialmente con el llamado “núcleo material de la decisión” de la discrecionalidad técnica (ver, por todas, la Resolución 99/2017 del OARC / KEAO).»

Por otro lado, el citado artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE señala textualmente: Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84.

Al analizar el presente expediente, se observa que no consta en él justificación alguna de la no división del expediente en lotes, por lo que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24. A tal efecto, la motivación omitida no puede ser suplida por los argumentos esgrimidos en la Diligencia de la responsable del área de medio ambiente y servicios, de fecha 20 de octubre de 2017, esto es, una vez interpuesto el recurso, puesto que la motivación ha de ser previa a éste y conocida por todos los licitadores que deseen participar en el proceso selectivo y los demás potenciales interesados para que les informe de las razones que justifican la configuración del objeto contractual discrecionalmente elegida por el poder adjudicador y, de ese modo, poder, en su caso, impugnarla. Consecuentemente, el motivo de recurso debe aceptarse en los términos recogidos en la letra g) siguiente.

b) Sobre el umbral mínimo de puntuación en el procedimiento abierto

La recurrente propugna la invalidez de la siguiente cláusula:

32. UMBRAL MINIMO DE PUNTUACIÓN QUE DEBE OBTENERSE EN LOS CRITERIOS NO EVALUABLES MEDIANTE FORMULAS: Si se establece:

Conforme al artículo 150 del TRLCSP, para ser admitidos a la valoración global, se exigirá que en los criterios no cuantificables por formulas los licitadores alcancen un umbral mínimo de puntuación, de forma que no sean tenidas en cuenta por la Mesa de Contratación las ofertas cuya puntuación no alcance 20 puntos.,

Sobre un motivo análogo a éste, el OARC / KEAO planteó la cuestión prejudicial señalada en el Antecedente de Hecho tercero; el correspondiente procedimiento finalizó con el dictado por el TJUE de la sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/16, ECLI:EU:C:2018:752, cuya parte dispositiva declara lo siguiente:

“1) La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de la evaluación posterior, basada tanto en criterios técnicos como en el precio.

2) El artículo 66 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que los poderes adjudicadores impongan en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de las fases sucesivas de adjudicación del contrato, y ello con independencia del número de licitadores restantes”.

A la vista la citada respuesta, el motivo de impugnación debe desestimarse.

c) **Sobre la ilegalidad de las cláusulas sobre modificaciones contractuales**

Se recurren las siguientes cláusulas de los pliegos por considerarlas contrarias al régimen legal de las modificaciones contractuales:

1) Apartado 20 de la Carátula: El contrato solo podrá modificarse por razones de interés público y cuando concurra alguna de las circunstancias y con los límites previstos en el art 107 del TRLCSP.

El porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar estas modificaciones: 10%.

2) Apartado 3.3 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares: En el caso de que la determinación del precio se formule en términos de precios unitarios referidos a (os distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, el Ayuntamiento se reserva la opción eventual de alteración en menos, del 20% del presupuesto máximo de gasto anual del contrato, mediante la aprobación del correspondiente ajuste presupuestario en el gasto.

3) Cláusula 11 Pliegos Técnicos: Durante la vigencia del contrato, el Ayuntamiento por escrito, podrá requerir a la empresa adjudicataria, o ésta solicitar del Ayuntamiento, la ampliación, la reducción o la modificación de operaciones y servicios, en los edificios incluidos en el estudio inicial o a nuevos edificios o centros.

Las ampliaciones, reducciones o modificaciones se harán en base al programa de limpieza que se establezca y de acuerdo con los precios ofertados, teniendo en cuenta las superficies (m²) de los edificios, el uso de los mismos, las tareas encomendadas y los rendimientos establecidos para el tipo de servicio. La propuesta deberá estar justificada previamente por la empresa adjudicataria. A los efectos de modificación del importe de adjudicación anual, las ampliaciones y reducciones en los servicios obligatorios de limpieza de los Centros, tendrán efectividad cuando la valoración global de los mismos alcance un 3% respecto del importe total adjudicado, debiéndose ajustar a los límites y modificaciones previstos en el Pliego de Condiciones Administrativas y su Carátula. Por lo tanto las variaciones comprendidas hasta el $\pm$ 3% serán absorbidas por la empresa adjudicataria o el Ayuntamiento, sin que suponga una modificación del importe de adjudicación. En el caso de que las modificaciones del servicio conlleven nuevas contrataciones de personal, la asignación de centros de trabajo de estos nuevos trabajadores deberá ser acordada por el Ayuntamiento. Si se produce el cese en la prestación del servicio de limpieza en algún centro o en parte del mismo, se liquidará al día de cese el importe que proceda.

4) Apartado 16 de los Pliegos Técnicos: modificaciones en la metodología del servicio:

El Ayuntamiento de Gernika-Lumo, previa audiencia al adjudicatario, podrá introducir cuantas modificaciones considere oportunas en la metodología establecida para la prestación del servicio, manteniendo en todo caso la valoración económica de la prestación.

En relación con las citadas cláusulas, se observa lo siguiente:

1) En lo que respecta al apartado 20 de la Carátula no se observa infracción alguna, pues se limita a señalar que, en el caso de que procedan modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, deberá

acudirse al artículo 107 del TRLCSP (que es precisamente la norma aplicable a tales modificaciones) en cuanto a las circunstancias y límites en él previstos.

2) En relación con el apartado 3.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), debe tenerse en cuenta que no está situada en la carátula del pliego, documento que contiene las estipulaciones concretas y específicas de cada contrato (incluidas, por ejemplo, las causas previstas de modificación contractual a las que se refiere el artículo 106 del TRLCSP), sino en otro documento tipo o estandarizado, igual para todos los contratos de servicios tramitados por el procedimiento abierto y con varios criterios de adjudicación. En estos documentos se incluyen estipulaciones que pueden no ser aplicables al contrato concreto, aunque sí a otros contratos incluidos en la categoría a la que se refiere. A juicio de este OARC / KEAO, eso es precisamente lo que sucede con esta cláusula, aplicable a los contratos en los que la determinación del precio se formule por precios unitarios (es, por ejemplo, el supuesto de los servicios análogos a los suministros regulados en el artículo 9.3 a) del TRLCSP; ver también la Disposición Adicional trigésima cuarta del TRLCSP). Consecuentemente, debe desestimarse la impugnación de esta cláusula por no formar parte del régimen jurídico del contrato recurrido.

3) Las cláusulas 11 y 16 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), a juicio de este OARC/KEAO son auténticos supuestos de modificación del contrato expresados en términos genéricos y amplísimos, como "...la ampliación, la reducción o la modificación de operaciones y servicios, en los edificios incluidos en el estudio inicial o a nuevos edificios o centros..." O "El Ayuntamiento de Gernika-Lumo, previa audiencia al adjudicatario, podrá introducir cuantas modificaciones considere oportunas en la metodología establecida para la prestación del servicio." Es claro que estos preceptos no cumplen los requisitos que, según el artículo 106 TRLCSP, deben cumplir las modificaciones previstas en la documentación contractual; así, no se ha detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la modificación, ni el alcance y límites de la misma, ni hay (en el caso de la cláusula 11) expresa indicación del porcentaje del precio contractual al que como máximo puedan afectar, ni el procedimiento que debe seguirse. Tampoco se definen los supuestos de modificación con total

concreción y por referencia a circunstancias objetivamente verificables, ni hay una precisión suficiente que permita a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y al órgano de contratación exigir la aptitud adecuada y valorar las proposiciones. Finalmente, y como derivada de todo ello, no hay reflejo del valor de las posibles modificaciones en el valor estimado (artículo 88.1 TRLCSP). Además, en este caso, los supuestos de modificación se han establecido de modo asistemático a lo largo de epígrafes de los documentos contractuales, lo que perjudica al principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP), pues dificulta a los licitadores la comprensión de las bases de la licitación; así, por ejemplo, el apartado 20 de la carátula expresa que solo existirán modificaciones por razones de interés público y cuando concurra alguna de las circunstancias y con los límites del artículo 107 del TRLCSP, dando a entender que no existen modificaciones previstas en la documentación que regirá la licitación y, sin embargo, en el PPT (documento inadecuado para recoger este tipo de cláusulas; ver el artículo 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) existen por lo menos dos cláusulas recurridas que constituyen verdaderas modificaciones previstas.

Consecuentemente con todo lo anterior, el motivo de impugnación debe aceptarse para las cláusulas 11 y 16 del PPT citadas en este Fundamento jurídico y las que sean concordantes o redundantes con ellas en el resto de la documentación contractual.

d) Sobre el criterio “mejoras”

El apartado 31.2.A) de la Carátula relativa a las mejoras establece lo siguiente:

Mejoras: Se considerarán mejoras a las obligaciones consideradas en este Pliego que no suponiendo contraprestación económica para el Ayuntamiento, hayan sido valoradas económicamente por los licitadores y tenga interés objetivo para la mejora de la calidad de la prestación del servicio —> hasta 10 puntos

Mejora 1,- Bolsa de horas. Horas extraordinarias de personal que el licitador ofrece gratuitamente al Ayuntamiento para la prestación del servicio de limpieza de los centros objeto de contrato, valoradas proporcionalmente desde 0 horas—> 0 puntos hasta un máximo de 600hrs—> 7puntos

Se otorgará la máxima puntuación al que oferte las- .600 horas- y el resto de forma inversamente proporcional de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Puntuación = \frac{Horas\ ofertadas \times 7}{600}$$

Mejora 2,- Limpieza de canalones del centro escolar de Allende Salazar con una periodicidad máxima de 3 veces/año, incluida la utilización de los elementos y/o dispositivos (líneas vida, máquina elevadora,..) que se consideren necesarios para la correcta limpieza en cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. Desglosados de la siguiente forma:

Limpieza de todos los canalones de Allende Salazar 1 vez/año...1 punto

Limpieza de todos los canalones de Allende Salazar 2 veces/año 2 puntos

Limpieza de todos los canalones de Allende Salazar 3 veces/año.3 puntos

El artículo 147 del 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, en su apartado 2 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 del principio general 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 (ver, por ejemplo, la Resolución 37/2016 del OARC / KEAO). Contrastado lo expresado con el criterio de adjudicación denunciado no puede considerarse que éste dote al órgano de contratación de facultades ilimitadas para adjudicar arbitrariamente el contrato, pues se delimita suficientemente el ámbito sobre el que debe versar la mejora (bolsa de horas y limpieza de canalones) así como la finalidad que debe satisfacer (la optimización de la gestión de los servicios públicos municipales), especificándose en la cláusula Anexo II del PCAP la forma en la que se han de presentar los licitadores las mejoras propuestas. Todo ello proporciona a los licitadores información suficiente para preparar sus ofertas integrando en ellas los aspectos que van a ser valorados por el poder adjudicador. Por otro lado, el hecho de que en la mejora relativa a la limpieza de canalones se conozca de antemano lo que hay que ofertar para obtener el máximo de puntos no es, en

este caso contrario al principio de competencia, pues el sistema de valoración se basa en que no aportan ventajas merecedoras de puntuación las adicionales a la tercera, lo que es una idea razonable (no sucede lo mismo con los criterios basados en el precio, en los que no puede decirse que las sucesivas unidades de baja de licitación no sigan aportando una ventaja económica). Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

e) **Sobre la fórmula de la oferta económica y la omisión del Comité de expertos u organismo técnico especializado**

La recurrente impugna el apartado 31.2.B de la Carátula que literalmente dice así:

(...) **B)** Valorables por formulas: Hasta un máximo de **52 puntos**.

Se otorgará la máxima puntuación a la oferta más económica (52 puntos) y el resto de acuerdo con la siguiente tabla 1.

TABLA 1.

Porcentaje de baja sobre presupuesto licitación	Puntos
Mayor o igual que 0% y menor o igual que 5% (d)	7,00 x d
Mayor que 5% y menor o igual que 10% (D)	35 + ((%bajada a valorar - 5)x2)
Mayor que el 10%	Mayor % de bajada =52 puntos, Resto= 45+(%bajada a valorar x 7 / mayor % bajada)

La puntuación se obtendrá, aplicando la tabla superior (Tabla 1), al sumatorio de las valoraciones individuales de cada edificio (impuestos incluidos). Solo se considerarán dos decimales para el cálculo del porcentaje de baja a valorar (...).

Los aspectos más relevantes de la fórmula son los siguientes:

a) Las ofertas más bajas obtienen en todo caso mejor puntuación que las más caras y, la oferta más baja de todas obtiene la máxima puntuación posible (es decir, los 52 puntos).

b) Para todas las demás ofertas, el sistema divide la valoración en tres tramos diferentes, según cuál sea el porcentaje de baja ofertado. La puntuación de las ofertas incluidas en los dos primeros tramos (en los que se juegan 45 de los 52 puntos posibles) se calcula con base en el presupuesto de licitación y no depende de cuál sea el importe de las demás ofertas (en particular, no depende del importe de la oferta más barata). En el tercer tramo (cualquier porcentaje de baja superior al 10%, en el que se juegan los 7 últimos puntos), el cálculo de la puntuación sí depende de la oferta más baja que, como ya se ha dicho, obtendría 52 puntos, el máximo posible. Hay que reseñar que cualquier oferta incluida en este tercer tramo obtiene, en todo caso, al menos, 45 puntos.

A la vista de todo ello, el reproche formulado por la recurrente debe aceptarse. Téngase en cuenta que los licitadores que propongan ofertas incluidas en los dos primeros tramos pueden conocer de antemano su puntuación (lo que desconocen es cuál es el importe de la mejor oferta, que en todo caso obtendrá 52 puntos y, por lo tanto, en cuántos puntos le aventaja ésta, salvo que la mejor oferta sea la suya, lo que también desconocen). En especial, con una bajada superior al 10% (aunque sea solo infinitesimalmente superior al 10%) saben con seguridad que obtienen, como mínimo, 45 puntos (o, dicho de otro modo, saben que la mejor oferta les va a aventajar, como mucho, en 7 puntos), lo que elimina en gran medida la incertidumbre necesaria para la competencia efectiva y la comparación entre proposiciones típica de cualquier procedimiento competitivo basado en el precio. A partir de ahí, no parece que los licitadores tengan suficiente incentivo para ofertar bajas de licitación muy superiores al 10% pues, cuanto mayor sea el descuento propuesto, menor será la puntuación adicional conseguida por cada punto porcentual de descuento. Este sistema es contrario a la experiencia más común, pues no es cierto que las sucesivas unidades monetarias de descuento a partir de dicho 10% aporten menos ventaja económica al comprador que las anteriores, y se opone también a los principios de la oferta económicamente más ventajosa y libre competencia, y ello en dos sentidos:

- 1) Como cláusula que rige la aplicación de un criterio de adjudicación, deja de premiar adecuadamente las ofertas de precio más agresivas y,
- 2) Como indicación a los licitadores de cómo deben elaborar sus ofertas para que sean lo más ventajosas posibles para el poder adjudicador, les disuade de presentar dichas proposiciones a partir del 10% de baja porque saben que no van a ser suficientemente premiados (ver la Resolución 47/2016 del OARC / KEAO) o porque pueden considerar que no se compensa el esfuerzo de salir de la “zona de certeza” (hasta el 10% y una cantidad adicional mínima más de baja de licitación).

En general, provoca una competencia entre los licitadores que no se basa, como es natural cuando se busca el mejor precio, simplemente en ofertar el precio más bajo ajustando para ello los costes o los márgenes de beneficio, sino en una estrategia consistente en ofrecer el descuento que mejor optimiza la obtención de puntos, aunque eso implique que el precio sea más alto que el que, en buena lógica competitiva, se podría proponer. Además, facilita que el órgano de contratación sepa que una ventaja de más de 7 puntos en los criterios sujetos a juicio de valor da la adjudicación a cualquier licitador que, como es muy probable, haya ofertado solo un poco más de un 10% de descuento, por muy alta que sea la mejor baja de licitación .

Es posible que la intención del órgano de contratación haya sido preverse contra bajas excesivas que pudieran ser anormales o desproporcionadas, pero tal explicación no puede admitirse, pues la temeridad sólo puede declararse mediante el procedimiento legalmente previsto (artículo 152.3 del TRLCSP y apartado 33 de la carátula del PCAP), que incluye la audiencia al contratista sospechoso para que pueda acreditar que su oferta puede ser cumplida, y tiene como consecuencia, si finalmente se acredita y declara, la eliminación de la oferta, lo que por cierto no se consigue con este sistema.

Por lo que se refiere a la denuncia de que se ha omitido el Comité de Expertos u órgano especializado al que se refiere el artículo 150.2 del TRLCSP, debe descartarse, ya que con esta fórmula siempre se atribuirían los 52 puntos a alguna oferta y sería posible que alguna obtuviera 0 puntos. Por ello, no puede

decirse que se desvirtúe la ponderación de los criterios de adjudicación que formalmente figura en los pliegos y que indica un mayor peso relativo de los evaluables mediante fórmulas, por lo que no se da el supuesto legal en el que debe establecerse dicho órgano o comité.

f) **Sobre la valoración e interpretación de criterios de adjudicación valorables mediante la aplicación de formulas**

Se impugna parte del apartado 31.2.B de la Carátula que expresa lo siguiente:

Se presentará estudio económico detallado para cada edificio, Señalando los costes unitarios de personal y demás conceptos necesarios para una correcta valoración e interpretación de la oferta económica. (Se detallarán por ejemplo, la retribución anual, absentismos estimados, costes seguridad social, seguros, vestuario, herramientas de trabajo, consumibles, pequeño material, beneficio empresa...).

A juicio de este Órgano el motivo impugnatorio debe aceptarse. La expresión “para una correcta valoración e interpretación de la oferta económica”, insertada dentro de un epígrafe que describe un criterio de adjudicación calificado como sujeto a evaluación mediante fórmula da lugar a entender que la documentación solicitada puede llegar a tener alguna relevancia en la evaluación de dicho el criterio, cuando el propio poder adjudicador en su informe reconoce que en ningún caso puede alterar el resultado de la aplicación de la fórmula prevista. Por ello, este Órgano no llega a comprender la necesidad de solicitar, en la fase de valoración de ofertas, una documentación que no va a servir para compararlas. Es reiteradísima la doctrina de este Órgano (ver por todas la Resolución 26/2018) que afirma que los criterios de adjudicación que el artículo 150.2 TRLCSP describe como referidos (...) a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos tienen como rasgo esencial la ausencia total de apreciación subjetiva en su aplicación a la valoración de las ofertas; dicho de otro modo, la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula matemática y el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, solo se calcula. Consecuentemente, la cláusula puede llevar a dificultar el correcto entendimiento por los operadores económicos del alcance del criterio, lo que es contrario al principio de transparencia (artículo 1

del TRLCSP). Por otro lado, la solicitud de esta información es contraria al principio de eficiencia (art. 22 TRLCSP), pues carga al licitador con la obligación de presentar información superflua o irrelevante (ver, por ejemplo, el considerando 84 de la Directiva 2014/24/UE).

g) **Conclusión**

El alcance y la importancia de las cláusulas que deben anularse implica la anulación de los pliegos y la cancelación de la licitación; en particular, la anulación de un criterio de adjudicación implica en todo caso la cancelación de la licitación (ver, por ejemplo, la resolución 104/2018 de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, ECLI:EU:C:2003:651, asunto C-448/01). Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la estimación del motivo recogido en la letra a) anterior implica la anulación del apartado 1.3 de la carátula del PCAP, pero no impide que los pliegos de una hipotética nueva licitación contemplen, en su caso, la no división en lotes del objeto del contrato, siempre que ello esté debidamente motivado en razones que lo permitan.

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: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dña. I. B. M. contra los pliegos que han de regir el contrato “Servicios de limpieza de edificios del Ayuntamiento de Gernika – Lumo”, tramitado por el Ayuntamiento de Gernika – Lumo en los siguientes términos:

- a) Anular las siguientes cláusulas:

- 1.3 (no división en lotes) y 31.2 B) (solicitud de un estudio económico detallado) de la carátula del PCAP.
- 11 y 16 del PPT (modificaciones).
- la fórmula de valoración del criterio de adjudicación del precio (apartado 31.2 B de la Carátula).

b) Desestimar el recurso en todo lo demás.

c) Cancelar la licitación

SEGUNDO: 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, 2018ko urriaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de octubre de 2018