



EB 2019/130

Resolución 169/2019, de 14 de octubre, 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 la empresa BROCOLI, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, parques y zonas verdes del casco urbano”, tramitado por el Ayuntamiento de Lazkao.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de julio de 2019, la empresa BROCOLI, S.L. (en adelante, BROCOLI) 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 contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, parques y zonas verdes del casco urbano”, tramitado por el Ayuntamiento de Lazkao.

SEGUNDO: El 24 de julio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 26 de julio.

TERCERO: Con fecha 30 de julio se trasladó el recurso a los interesados, sin que se hayan recibido alegaciones.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de doña R.F.A., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo el art. 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Según el artículo 44.2 C) de la LCSP, pueden ser objeto de recurso especial los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico

El Ayuntamiento de Lazkao tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:



- a) Existe un error en la aplicación de la fórmula de valoración de las ofertas económicas para los trabajos fuera de presupuesto. El poder adjudicador ha atribuido cero puntos a la oferta de la recurrente en este concreto criterio de adjudicación cuando una estricta aplicación de la misma conferiría a BROCOLI 16,46 puntos, esto es, más puntos de los establecidos como máximo para dicho criterio (6 puntos). Ello conlleva a que la fórmula deba considerarse errónea por incongruente.
- b) Incluso si se sustituyera el valor de “50” (puntos a distribuir) de la fórmula por el valor “1” o “2” en función de la categoría de los trabajos fuera del presupuesto, el resultado seguiría siendo absurdo por salir valores negativos, siendo el error material indubitado.
- c) Finalmente, se solicita que se declare la nulidad del acuerdo de adjudicación y, una vez subsanadas las irregularidades, se retrotraigan las actuaciones para una nueva valoración; subsidiariamente, se anule el procedimiento de licitación por vicios insubsanables.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador alega lo siguiente:

- a) La referencia con arreglo a la fórmula anterior para valorar las propuestas de los licitadores de los llamados trabajos fuera de presupuesto constituye efectivamente un error material, ya que se hace una genérica remisión a la fórmula de distribución de los 50 puntos de la propuesta económica, cuando lo que se pretendía, utilizando la misma fórmula, era distribuir 1 y 2 puntos en función de la categoría de los trabajos fuera del presupuesto a valorar.
- b) Dado que la recurrente solicita la retroacción de las actuaciones una vez anulado el acto de adjudicación, circunstancia con lo que se muestra de acuerdo el Ayuntamiento de Lazkao, procede que el OARC realice la valoración de las



ofertas en los conceptos debatidos con la aplicación de la fórmula adecuada a la distribución real de los puntos establecidos en el PCAP. Subsidiariamente, solicita que se acuerde la retroacción de las actuaciones para que dicha valoración la realice la mesa de contratación.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

BROCOLI alega que la fórmula de valoración de los trabajos fuera de presupuesto es errónea por incongruente al dar unos resultados absurdos.

El análisis del motivo aducido debe partir de las cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) en las que constan los criterios de adjudicación y documentación a presentar en la oferta, recordando que al no haber sido impugnados los citados pliegos, han sido consentidos por las partes por lo que éstas deberán estar a lo establecido en ellos:

13. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

Los criterios de apreciación automática, así como las fórmulas que se utilizarán para valorarlos, son los siguientes:

- La propuesta económica.

50 puntos para la oferta más económica. Para el resto de las ofertas comprendidas entre la base de licitación y la oferta más económica, la siguiente formulación:

$$P = 50 - \Delta \%$$

Siendo P: puntos valorados.

$$\Delta \% = \frac{\text{oferta analizada} - \text{oferta má económica}}{\text{media de las ofertas}} * 100$$

Por otra parte, las labores que se viene a denominar "*Trabajos fuera de presupuesto*", y que se relacionan en el apartado 1.18 del Pliego de Condiciones Técnicas.

En este apartado se relacionan 4 supuestos, con el precio máximo para cada uno de ellos:

m² de resiembra de césped : 2,50 €

m² de corte de césped : 0,55 €

m² de aireado : 1,41 €

Ud. de plantación de árboles (árbol no incluido) ; 60,87 €.



Para la valoración de las propuestas que se presenten relativas a éstas labores, se reservan un total de 6 puntos, desglosados en:

Tareas	Puntos
m ² de resiembra de césped	1
m ² de corte de césped	2
m ² de aireado	1
Ud. de plantación de árboles (árbol no incluido)	2

(...)

A continuación, se expresan las apreciaciones de este Órgano sobre las cuestiones planteadas.

a) Sobre la aplicación de la fórmula

La recurrente considera que la fórmula de valoración de los trabajos fuera del presupuesto se ha aplicado mal y además es errónea por incongruente. Analizados el expediente y el recurso, este OARC / KEAO estima que, aun siendo cierto que la aplicación de la fórmula no ha sido correcta por la existencia de un error material, el motivo impugnatorio ha de ser desestimado. Debe tenerse en cuenta que la pretensión principal del recurso consiste en que se declare la nulidad de la resolución de adjudicación para que se retrotraigan las actuaciones y se proceda a corregir las puntuaciones otorgadas a los trabajos fuera de presupuesto (1.18 del Pliego de Prescripciones Técnicas) una vez corregido el error material de hecho denunciado. Asimismo, la recurrente no cuestiona ni la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (proyecto de ejecución del servicio, cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas), ni la valoración de la oferta económica relativa a la propuesta económica de las partidas señaladas en los conceptos 1.1 a 1.15 del PPT realizada con dicha fórmula. Delimitada la pretensión principal, es cierto que la referencia en el PCAP para la valoración de los “trabajos fuera del presupuesto” La valoración de cada precio ofertado se realizará aplicando la fórmula anterior no es correcta porque se refiere a la fórmula que distribuye los 50 puntos de la propuesta económica, pero no puede



obviarse que la simple adecuación de la misma al valor de los puntos a distribuir para el citado criterio la hacen plenamente aplicable. Por ello, este Órgano no alcanza a entender los resultados que la recurrente obtiene al sustituir “50” por el valor “1” o “2” en función si se trata de una categoría u otra de los trabajos fuera de presupuesto que le sirven para denunciar la incongruencia de la fórmula.

A juicio de este OARC / KEAO, llegar a comprender que la verdadera intención de la Administración es distribuir los puntos de cada subcriterio establecidos con claridad en el PCAP utilizando la misma fórmula que la de la “propuesta económica”, como señala el propio apartado 13 del PCAP, no requiere un trabajo hermenéutico precisado de herramientas jurídicas complejas, ni tampoco un exhaustivo análisis sistemático de las cláusulas oscuras (ver, la Resolución 128/2019 del OARC / KEAO). Por tanto, a juicio de este Órgano la remisión a la “fórmula anterior” es una imprecisión que pudo ser fácilmente subsanable a través de una lectura detenida de los pliegos o mediante la oportuna consulta ante el poder adjudicador que la recurrente no efectuó y, por lo tanto, esta no puede obtener el amparo que el principio de transparencia concede al licitador diligente (ver, Resolución 123/2019 de este Órgano). Finalmente, y de conformidad con el principio de congruencia, de la hipotética estimación de la pretensión (anulación del acuerdo de adjudicación y retroacción de las actuaciones para una nueva valoración), no se derivaría un beneficio tangible para BROCOLI, ya que no podría, en ningún caso, ser la adjudicataria del contrato al ser superada en la puntuación global por otra empresa (con la correcta aplicación de la fórmula obtiene en este criterio 4,68 puntos cuando la diferencia total con la primera clasificada es de 5,78 puntos).

b) Sobre el recurso indirecto

En segundo lugar, el recurrente plantea como pretensión subsidiaria que se anule el procedimiento de licitación; el argumento para ello radicaría en que los pliegos adolecen de vicios insubsanables (la incongruencia de la fórmula de valoración los “trabajos fuera de presupuesto”, más arriba señalados) que permiten



su impugnación, aunque sea fuera del plazo previsto para ella en el artículo 50.1 b) de la LCSP (figura jurídica generalmente conocida como “recurso indirecto”).

b.1) Doctrina general

Sobre el denominado recurso indirecto, figura que, en definitiva, es la que fundamenta la pretensión analizada, este OARC / KEAO ha establecido la siguiente doctrina (ver, por todas, la Resolución 107/2019):

- La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en el plazo previsto para ello, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. Esta doctrina ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE (ver el apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, EU:C:2015:166, de 12 de marzo de 2015, y todas las anteriores que en él se citan), que considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.
- Lo anterior ha sido matizado por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con



posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es, por ejemplo, el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado (ver la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58).

- Además, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco número 137/2019, de 15 de mayo de 2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:1674, que desestima un recurso contencioso administrativo contra la Resolución 139/2017 del OARC / KEAO, extiende la posibilidad del recurso indirecto a los vicios que afecten a derechos y libertades del recurrente susceptibles de amparo constitucional.

El núcleo de la figura, tal y como la ha delimitado la jurisprudencia del TJUE, radica en proteger a los licitadores del daño que les causa un acto del poder adjudicador (especialmente, la exclusión del interesado o la adjudicación a otro operador económico) que está amparado por una regla de los pliegos que no fue objeto de recurso en el momento procesal oportuno y cuyo carácter perjudicial no pudo ser racionalmente percibido en dicho momento por un licitador normalmente diligente. Se trata de un remedio de la insuficiencia del plazo preclusivo para garantizar la protección efectiva de los intereses de las empresas. Consecuentemente, la admisibilidad del recurso indirecto exige, como fundamento previo, un acto del procedimiento perjudicial para el recurrente y una cláusula de la documentación contractual que lo ampare, que es precisamente la que se recurre por vía indirecta.

b.2) Sobre la admisibilidad del recurso indirecto en el presente caso

Una vez aplicada la doctrina general expuesta en el epígrafe anterior, este Órgano entiende que no cabe admitir la pretensión. Por un lado, el recurrente impugna la adjudicación del contrato porque existe un error en los pliegos a la hora de referirse a las fórmulas de valoración referidas a los “trabajos fuera de



presupuesto” pero, analizada dicha circunstancia, no puede considerarse que dicho error provoque ninguna ilegalidad o ambigüedad en una interpretación integradora de la cláusula 13 del PCAP para un licitador razonablemente diligente, y mucho menos que dichas características no pudieran percibirse en el plazo de recurso generalmente habilitado para recurrir los documentos contractuales o cuando menos para haber solicitado una aclaración al poder adjudicador. En este sentido, se observa que la descripción del criterio de adjudicación debatido indica claramente el precio máximo unitario de los cuatro tipos de trabajos y el desglose de puntos para cada uno de ellos con un máximo de 6 para el conjunto. Ello posibilita, por un lado, que los licitadores puedan elaborar sus proposiciones con un conocimiento adecuado de lo que demanda el poder adjudicador, y por otro, que la evaluación de las ofertas esté constreñida por límites reglados que impidan la arbitrariedad del órgano de contratación en la selección (ver, por ejemplo, la Resolución 133/2015 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99). Por otro lado, no se da el requisito señalado anteriormente del acto del procedimiento perjudicial para el recurrente, por cuanto que la imposibilidad de ser adjudicatario no viene de la incorrecta aplicación de la fórmula sino de la existencia de otra oferta económicamente más ventajosa aplicados todos los criterios de adjudicación (art. 1.1 de la LCSP).

Por todo ello, no hay motivo para no aplicar a la impugnación lo que la propia jurisprudencia europea ha establecido como criterio generalmente aplicable para asegurar el efecto útil del recurso especial, es decir, el efecto preclusivo del plazo para la impugnación de los pliegos, lo que lleva a la inadmisión del motivo de recurso. Consecuentemente, debe inadmitirse este motivo impugnatorio, de acuerdo con lo dispuesto en la letra d) del artículo 55 de la LCSP.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BROCOLI, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, parques y zonas verdes del casco urbano”, tramitado por el Ayuntamiento de Lazkao.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

CUARTO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso especial.

QUINTO: 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, 2019ko urriaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de octubre de 2019