



EB 2014/87

EB 2014/88

EB 2014/89

Resolución 97/2014, de 25 de septiembre 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 interpuestos contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de limpieza de edificios municipales del Ayuntamiento y otros Entes que la estructuran y se han adherido, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 7 de agosto de 2014 el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián remite al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) los siguientes recursos contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de limpieza de edificios municipales del Ayuntamiento y otros Entes que la estructuran y se han adherido, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián.

a) Recurso EB 2014/87, interpuesto por GALANT GARBITASUNA, S.L.U. (en adelante, “GALANT”) el 4 de agosto de 2014 y referido al lote 2.

b) Recurso EB 2014/88, interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS (en adelante, “FCC”) el 4 de agosto de 2014 y referido al lote 1.



c) Recurso EB 2014/89, interpuesto por UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZA (en adelante, “UNI 2”) con fecha 6 de agosto de 2014 y referido al lote 1.

Los recursos vienen acompañados del expediente administrativo y de los informes del órgano de contratación a los recursos, previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido las de la empresa UNI 2 en el Recurso 2014/88.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Habida cuenta de que todos los recursos se refieren al mismo acto y que guardan entre ellos una íntima conexión, procede su acumulación para resolverlos también en un único procedimiento, tal y como expresa el artículo 73 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

El acto que se recurre se refiere a un contrato de servicios de la categoría 14 (Servicios de limpieza de edificios, etc.) del Anexo II del TRLCSP sujeto a regulación armonizada según el artículo 16.1 b) TRLCSP.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso:



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

El acto recurrido es, en los tres casos, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de julio de 2014 adjudicando el contrato y excluyendo la oferta de UNI 2 al lote 1 por considerarla desproporcionada.

CUARTO: Consta la legitimación de los recurrentes y la representación de quienes actúan en su nombre.

QUINTO: Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en los artículos 3.2 a) y 3.3 a) del TRLCSP.

SÉPTIMO: Recurso 2014/87 de GALANT (lote 2).

A) Contenido del recurso

a) GALANT alega que el acto impugnado no argumenta ni razona si las propuestas de los licitadores se ajustan a las prescripciones técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT); tampoco motiva las causas por las que se asignan las puntuaciones a cada licitador. El informe de valoración incumple la exigencia de motivación, ya que no explica el proceso seguido para aplicar los criterios de adjudicación o para concluir que la adjudicataria cumple con los requisitos del pliego. Todo ello infringe el artículo 151.4 TRLCSP, genera una clara indefensión a la hora de articular la impugnación y conlleva la nulidad del acto.

b) Existen errores en la valoración técnica de la oferta del recurrente, ya que no se han tenido en cuenta para la citada valoración exigencias del PPT que su propuesta contempla; en concreto, el recurso se refiere a los apartados plan



operativo, plan de racionalización, mejoras y aportación de medidas sociales; se denuncia que el informe de valoración se ha alejado de los criterios de valoración, pues no los toma como referencia para juzgar la idoneidad de cada una de las propuestas.

c) Finalmente, solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción del procedimiento hasta el momento de la valoración de las ofertas, momento en el que la propuesta de GALANT debió obtener la mejor puntuación y resultar adjudicataria.

B) Informe del poder adjudicador

El poder adjudicador alega que el contenido del acto impugnado está amparado por la discrecionalidad técnica, que corresponde a la Administración y que no puede ser revisada con criterios jurídicos en vía de recurso especial. Por otro lado, se han aplicado correctamente todos los criterios y subcriterios previstos en los pliegos, existiendo motivación suficiente de las puntuaciones otorgadas, como lo demuestra el hecho de que los argumentos del informe de valoración han podido ser discutidos por el recurrente.

OCTAVO: Recurso 2014/88 de FCC (lote 1).

A) Contenido del recurso

El recurrente entiende que la valoración de las ofertas económicas no ha respetado los Pliegos, pues la fórmula empleada por el Ayuntamiento se aparta de ellos; conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el precio se valora, como criterio automático, con un máximo de 50 puntos, de la siguiente forma:

«Se valorará la rebaja en dos tramos, de la siguiente manera:



Primer tramo de valoración: Para rebajas en el precio de licitación hasta 5.021.500 euros IVA incluido, se otorgarán 49 puntos al que oferte 5.021.500 euros IVA incluido y al resto proporcionalmente (entre 5.172.750 euros IVA incluido y 5.021.500 euros IVA incluido).

Segundo tramo de valoración: Para ofertas que sean inferiores a 5.021.500 euros IVA incluido, se aplicará la siguiente fórmula: $p = 50 - (2,924/b)$, donde

p es la puntuación obtenida

b es el % de baja con respecto al tipo de licitación, que se tomará con un máximo de 3 decimales.»

La oferta de la recurrente ascendió a 5.159.818 euros IVA incluido, por lo que se encuadraría dentro del primer tramo; ello implica que debió aplicarse una regla de proporcionalidad, de modo que, cuanto más se aleje la oferta de los 5.021.500 euros (importe que merecería 49 puntos), menor sería su puntuación. Expresado en términos matemáticos sería una proporcionalidad inversa:

Oferta óptima: 5.021.500 euros-----49 puntos

Oferta de FCC: 5.159.818 euros-----x puntos

Es decir:

$$\text{Puntuación FCC} = \frac{49 * 5.021.500 \text{ euros}}{5.159.818 \text{ euros}} = 47,68 \text{ puntos}$$

El poder adjudicador aplica un sistema de interpolación lineal que resulta en atribuir “0” puntos a la oferta que iguala el tipo de licitación, en lugar de la citada proporcionalidad inversa, que es el sistema previsto en el PCAP; en concreto, la operación realizada por el poder adjudicador, que concluye en atribuir al recurrente 4,18 puntos, es la siguiente:



$$\text{Puntuación FCC} = \frac{49 * (\text{Presupuesto licitación} - \text{Presupuesto ofertado})}{(\text{Presupuesto licitación} - \text{Precio mínimo})}$$

Adicionalmente, alega que no parece razonable que las ofertas del primer tramo se puntúen como dice el poder adjudicador, con diferencias entre 0 y 49 puntos, para diferencias de importe de 150.000 euros y sin embargo las del segundo tramo, que podían ser mucho más dispares, sólo podrían obtener puntuación en el estrecho margen de 1 punto (entre 49 y 50).

En suma, la interpretación del Ayuntamiento no sólo es contraria a la literalidad del PCAP sino también al sentido común, por lo que se solicita la anulación del acto impugnado y la adjudicación del contrato al recurrente o, subsidiariamente, la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva valoración que atienda a la literalidad del PCAP.

B) Alegaciones de UNI 2

La interpretación del recurrente no se ajusta al PCAP, que sí fue correctamente aplicado por el Ayuntamiento; en concreto, FCC entiende que la fórmula se aplica sobre valores absolutos cuando el pliego se refiere a “rebajas” y sólo cuenta con el valor mínimo del tramo cuando debe computar también el máximo, como pide la literalidad del PCAP. En concreto, la aplicación de la fórmula sería la siguiente:

Paso 1: Cálculo de la Rebaja

Valor Máximo del tramo	Valor mínimo del tramo	Rebaja	Puntuación Asignada
5.172.750,00	5.021.500,00	151.250,000 €	49
Valor Máximo del tramo	Oferta a Valorar (FCC)	Rebaja	Puntuación a Asignar
5.172.750,00	5.159.826,44	12.923,560 €	X



Paso 2: Aplicación de la Fórmula de forma proporcional

Rebaja	Puntuación Asignada
151.250,000 €	49
12.923,560 €	4,187

Por todo ello, se solicita la desestimación del recurso.

C) Informe del poder adjudicador

La interpretación pretendida por FCC es contradictoria, porque es incompatible el puntuar las ofertas en proporción a los importes y que la valoración pueda ir de 0 a 50 puntos; la proporcionalidad no se determina por el importe de la oferta, sino por la baja respecto al presupuesto. Es evidente que para obtener puntuación hay que ofertar rebajas sobre el precio máximo, por lo que el precio ofertado igual al tipo de licitación debe recibir 0 puntos. La interpretación de FCC lleva al absurdo de que una oferta al tipo de licitación obtenga 47,56 puntos; tal valoración vulneraría el artículo 150.2 TRLCSP. Por otro lado, la interpretación del Ayuntamiento no ha sido confusa para los demás licitadores.

NOVENO: Recurso 2014/89 de UNI 2 (lote 1).

A) Contenido del recurso

a) Estando UNI 2 incurso en sospecha de temeridad, la Mesa de Contratación y los responsables municipales le requirieron aclaraciones sobre conceptos específicos de su oferta, las cuales se remitieron en varios escritos o se expusieron en reuniones presenciales. Finalmente, el Director Financiero del poder adjudicador emitió un informe técnico sobre la oferta anormalmente baja, el cual se basa a su vez en el informe económico titulado "sobre el contrato de prestación de servicios de limpieza de edificios municipales del Ayuntamiento de San Sebastián y de entidades asociadas", que analiza los costes concurrentes en la prestación de un servicio de las características del sometido



a contratación; este informe económico no fue publicado junto con los pliegos ni forma parte de la documentación contractual.

b) La exclusión se justifica por la reducidísima cantidad de beneficio industrial (0,3% de la facturación), lo que no es aceptable teniendo en cuenta que los cálculos del coste de personal sobrepasan el límite de lo razonable en materias como los costes financieros, la amortización de los activos inmovilizados, el absentismo o el coste de Seguridad Social (32,2%, calculado con base en el coste medio de los servicios de la empresa en Gipuzkoa, lo que no parece una forma de cálculo muy lógica); una pequeña variación en variables fuera del control de la empresa harían desaparecer el Beneficio Industrial y parte de los gastos generales. En definitiva, la oferta es notablemente inferior al importe fijado en los Pliegos como umbral de temeridad.

c) El recurrente entiende que se han vulnerado los artículos 1, 139 y 152.4 del TRLCSP y 9.3 de la Constitución; en concreto, recuerda que no se puede excluir una oferta si no se llega a la conclusión de que no puede ser cumplida, a la que no se puede llegar simplemente por el tamaño del margen de beneficio. Asimismo, la motivación, en una materia en la que debe ser especialmente rigurosa, no acredita que la proposición no pueda ser cumplida.

d) Insuficiencia de la motivación porque:

- Se pondera incorrectamente la rebaja ofrecida respecto al umbral de temeridad, que el recurrente estima muy escasa en relación con el volumen del contrato.
- Se aplican indebidamente subconceptos económicos y cifras no vinculantes en la apreciación de la temeridad, previstos en el informe económico, cuya fecha de elaboración se desconoce y que no es documento contractual.



- El umbral de temeridad se fijó sobre el importe anual de la prestación, no sobre costes unitarios, por lo que la temeridad debe apreciarse sobre dicho precio global.
- El informe económico se basa en datos de 2011, que no pueden aplicarse a la actual coyuntura.
- Los argumentos utilizados para justificar la exclusión son genéricos y no desmienten las razones del recurrente; en particular, una eventual disminución del beneficio industrial (que además no tiene por qué producirse) no es suficiente para excluir la oferta por temeraria.

e) Finalmente, solicita la anulación del acto impugnado y la adjudicación del lote 1 a UNI 2.

B) Informe del poder adjudicador

- a) Se recuerda que la Administración debe procurar que el precio del contrato se ajuste al mercado (artículo 87.1 TRLCSP), para lo cual se elaboró un informe económico, documento interno fundamental a la hora de analizar la viabilidad de las ofertas presentadas.
- b) La empresa no ha conseguido enervar la presunción de temeridad en la que estaba incurso (es decir, la carga de la prueba recaía en ella).
- c) El coste de personal es un referente básico de este tipo de contratos, como se deduce del artículo 152.3 TRLCSP.
- d) No se ha probado la pertinencia de los costes unitarios de explotación de la oferta.



DÉCIMO: Las cuestiones planteadas por los recursos acumulados, y que este Órgano debe resolver, son, en síntesis, las siguientes:

A) Sobre la motivación de la adjudicación (Recurso EB 2014/87, lote 2)

En varios apartados GALANT critica la puntuación que se otorga a su oferta en el informe de valoración de criterios que requieren un juicio de valor. Al igual que hemos realizado en otras ocasiones, debe exponerse en primer lugar el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes. Así, en diversas resoluciones del OARC/KEAO se ha manifestado que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, 7/13 admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 – RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840 -). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “*núcleo material de la decisión*”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.» Dado que este Órgano no aprecia infracción alguna en estos aspectos, que son los únicos sobre los que puede pronunciarse, el recurso debe ser desestimado. En este sentido, se observa que la motivación del acto impugnado es suficiente, pues se da razón del proceso lógico que ha concluido en la puntuación atribuida y no se aprecian los errores o arbitrariedades señalados por el recurso, estando las diferencias de criterio entre el recurso y el informe justificadas por la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración. Asimismo, debe recordarse que, en contra de lo que señala el recurrente y a diferencia de lo



que sucede con la aplicación de los criterios de valoración, la consideración de que una oferta está ajustada a los Pliegos no exige motivación expresa.

**B) Sobre la aplicación del criterio de apreciación automática “precio”
(Recurso EB 2014/88, lote 1)**

El contenido literal de la cláusula cuyo alcance se discute es el siguiente:

«Precio.....Hasta 50 puntos.

Se valorará la baja en dos tramos, de la siguiente manera:

Primer tramo de valoración: Para rebajas en el precio de licitación hasta 5.021.500 euros IVA incluido, se otorgarán 49 puntos al que oferte 5.021.500 euros IVA incluido y al resto proporcionalmente (entre 5.172.750 euros IVA incluido y 5.021.500 euros IVA incluido).

Segundo tramo de valoración: Para ofertas que sean inferiores a 5.021.500 euros IVA incluido, se aplicará la siguiente fórmula: $p = 50 - (2,924 / b)$, donde

p es la puntuación obtenida

b es el % de baja con respecto al tipo de licitación, que se tomará con un máximo de tres decimales.»

La cláusula está incluida dentro de los criterios de valoración sujetos a apreciación automática. Los criterios de apreciación automática se describen en el artículo 150.2 TRLCSP como «(...) aquellos que hagan referencia 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.» Por tanto, es imprescindible, para que un criterio pueda considerarse automático, que la puntuación atribuida resulte de la mera aplicación de una fórmula preestablecida en los pliegos. Ello diferencia este tipo de criterio de los criterios sujetos a un juicio de valor, en los que cabe, en mayor o menor medida, la discrecionalidad técnica del poder adjudicador. Del carácter automático del criterio se deduce la necesidad de que el pliego establezca una “ecuación o



regla que relaciona objetos matemáticos o cantidades” –ésa es la definición de “fórmula” según el diccionario de la RAE–, de cuya aplicación resultará la puntuación de cada oferta. La fórmula no puede ser ambigua, ni susceptible de interpretación o necesitada de ella para su correcta aplicación, pues entonces se desvirtuaría su carácter automático, ya que la operación de interpretación o de elección de uno de los sentidos del criterio de entre los varios posibles desmentiría su automatismo e introduciría un factor discrecional que es ajeno a este tipo de criterios. Este automatismo y falta de ambigüedad de la fórmula se consigue habitualmente expresándola en la notación propia de las matemáticas, un “lenguaje simbólico formal” que, a diferencia del lenguaje literario, carece de ambigüedad; como es bien sabido, una fórmula matemática no se interpreta, se aplica según su sentido unívoco. En el supuesto analizado, la puntuación del primer tramo no se ha expresado en notación matemática, sino en términos literarios. Salvo que dicha expresión literaria sea extremadamente precisa, esta opción puede desembocar en que para la aplicación sea necesaria una operación interpretativa, lo que excluye el carácter automático del criterio. Esto es precisamente lo que ha sucedido; como claramente se deduce del debate entre el recurrente, el poder adjudicador y la empresa alegante, el criterio es ambiguo al menos en dos aspectos:

- el primero de ellos es si la fórmula debe aplicarse sobre el importe total de la oferta que se valora o sobre el importe de la rebaja ofertada respecto al precio de licitación. En apoyo de la primera tesis, se observa que el pliego cita las cantidades globales y no el importe o porcentaje de la rebaja, y que los términos de la proporcionalidad se delimitan en función de dichos importes globales y no del importe rebajado respecto al tipo de licitación –se dice “entre 5.172.750 euros IVA incluido y 5.021.500 euros IVA incluido”–. Por el contrario, la segunda interpretación se ve apoyada por el uso del término “se valorará la rebaja...”.



- la segunda cuestión, relacionada con la primera, es si la proporcionalidad que pide la fórmula propone una interpolación lineal entre los importes de las ofertas de modo que a la oferta de importe igual al tipo le correspondan “0” puntos –porque se valoran rebajas y una oferta igual al tipo no contiene rebaja alguna–, o si debe aplicarse una fórmula de proporcionalidad inversa para todas las ofertas incluidas en el tramo entre 5.021.500 euros y 5.172.750 euros, incluidas las que ofertan el tipo de licitación –precisamente, 5.172.750 euros–.

Como bien señalan las partes del procedimiento, optar por una u otra interpretación lleva a resultados de puntuación diferentes. Llegados a este punto, debe señalarse que no es necesario que este OARC / KEAO determine cuál de las interpretaciones es la más adecuada al contenido de los pliegos o a la legislación contractual. Para resolver la impugnación es suficiente con constatar la misma existencia de una ambigüedad o de varias interpretaciones posibles o, dicho de otro modo, con comprobar que el criterio cuya aplicación se discute, a pesar de que así se denomine, no es de aplicación automática porque previamente a dicha aplicación es necesario interponer una operación interpretativa basada en una apreciación discrecional. Debe señalarse que esta constatación es independiente de que alguna de las interpretaciones pueda ser más razonable que las otras, pues lo importante a efectos de este recurso es que no cabe una aplicación automática, por lo que el criterio pasa a estar sujeto a un juicio de valor sobre el alcance de una fórmula que no se ha expresado con rigor matemático. Esta ausencia de un sentido unívoco es admitida por el propio poder adjudicador, que dice, por ejemplo, que «podría discutirse cuál es la redacción más clara» o que «es verdad que el valor de la oferta máxima y su valoración de 0 puntos no se expresa explícitamente (...)». Hablar de la interpretación de una fórmula matemática es una contradicción en los propios términos, pues interpretar implica elegir un sentido, considerado el correcto, de entre los varios posibles de una expresión, es decir, emitir un juicio de valor, y en un criterio automático correctamente conformado no cabe más que un único sentido, correspondiendo al poder adjudicador únicamente aplicarlo, sin emitir juicio de valor alguno.



La conclusión es que bajo el manto de un criterio “evaluado automáticamente mediante la aplicación de una fórmula”, nos encontramos con un criterio sujeto a un juicio de valor que da lugar a que puedan resultar puntuaciones diferentes en función de la forma de aplicación elegida. En un criterio que el pliego presenta como automático esta discrecionalidad es inaceptable y convierte en arbitrario cualquier sistema de aplicación que se elija, pues la irregularidad radica en la propia construcción defectuosa del criterio, que permite ilegítimamente varias formas distintas de aplicarse a elección del poder adjudicador. En consecuencia, debe determinarse la nulidad del criterio por ser contraria a los principios de transparencia e igualdad de trato de los artículos 1 y 139 del TRLCSP y del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. 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 del correspondiente recurso. En este caso, los Pliegos no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a Administración y 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 que se analiza o nos ocupa, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución al tratarse de un criterio que otorga al poder adjudicador la posibilidad de una atribución de puntuaciones discriminatoria (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TARC, 129/2013, y la Resolución 22/2014 del OARC / KEAO). La posibilidad de arbitrariedad se extendería a



todo el procedimiento si se permitiera que la estipulación inválida ganara firmeza por beneficiarse del principio de acto consentido al no haber sido recurrida en su momento. Debe recordarse que en un criterio que el pliego presenta como automático cualquier atisbo de discrecionalidad es inaceptable, por lo que todos los sistemas de aplicación que se elijan serían igualmente arbitrarios, pues la irregularidad radica en el propio criterio, que permite o exige una discrecionalidad donde no debiera existir. Consecuentemente, una simple retroacción de actuaciones para elegir otro sistema de aplicación no sería suficiente para eliminar la arbitrariedad, por lo que procede declarar la nulidad del criterio de valoración (ver, por todas, la Resolución 5/2014 de este OARC / KEAO).

La última cuestión que debe examinarse es qué repercusión tiene en el procedimiento la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula afectada. Sobre esta cuestión, debemos referirnos nuevamente a la Resolución 5/2014 de este Órgano, que alude a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), que afirma que «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.» De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria expuesta, debe anularse la totalidad del proceso de licitación por ser un criterio de adjudicación nulo de pleno derecho y también los actos posteriores que son consecuencia de su aplicación como es la resolución de adjudicación.

En virtud del principio de congruencia (artículo 47.2 TRLCSP), esta anulación afecta sólo al lote 1.



C) Sobre la exclusión por oferta anormal o desproporcionada (Recurso EB 2014/89)

Dado que la estimación parcial del Recurso EB 2014/88 implica la anulación de la licitación, es innecesario entrar a valorar las alegaciones de este recurso, cuya aceptación llevaría, como mucho, a la retroacción de actuaciones. Sin embargo, considerando la necesidad de una nueva licitación, puede ser de interés exponer el criterio de este Órgano sobre algunas cuestiones planteadas por esta impugnación.

En primer lugar, debe señalarse que cláusulas de temeridad similares a la que se utiliza en este caso, que fija el umbral de anormalidad o desproporción de la oferta en un importe previamente conocido y consignado en el pliego en lugar de hacerlo mediante una comparación con las demás ofertas, con lo que el citado umbral es desconocido “a priori”, han sido anuladas por este OARC / KEAO en sus Resoluciones 80/2014 y 88/2014, cuyo contenido se reproduce parcialmente a continuación:

«Sin embargo, esa libertad absoluta de los órganos de contratación para la fijación por los órganos de contratación de los parámetros para determinar si una oferta es o no desproporcionada, puede verse matizada por la lectura conjunta de los apartados 1. y 2. del artículo 152 de TRLCSP. Así, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación y los límites objetivos de desproporcionalidad se refieren únicamente al precio, como en el caso de los pliegos objeto de recurso, parece que una interpretación sistemática de los dos primeros apartados del citado artículo nos lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso.

A esta misma conclusión, aunque por otra vía, llega la Comisión Nacional de la Competencia, que en su Guía sobre la Contratación Pública y Competencia 2010¹ afirma que:

10. Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas. Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en

¹ Citada en el Informe 11/2014, de 7 de mayo de la JCCACAA y en la Resoluciones 42/2014 y 212/2013 del TACRC



precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los “umbrales de temeridad” de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios. (...)»

En segundo lugar, hay que recordar que la finalidad última del procedimiento de apreciación de anormalidad o desproporción de una oferta es verificar si una oferta cuyo contenido es excepcionalmente ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución –el artículo 152.4 TRLCSP dice que “la oferta no puede ser cumplida”–. Esta imposibilidad de la ejecución no puede deducirse, sin más análisis, del desglose de los costes de la proposición o del valor del margen de beneficio.

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,

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el Recurso EB 2014/87, interpuesto por GALANT contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicios de limpieza de edificios municipales del Ayuntamiento y otros Entes que la estructuran y se han adherido”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián (lote 2).

SEGUNDO.- Estimar parcialmente el Recurso EB 2014/88 interpuesto por FCC contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicios de limpieza de



edificios municipales del Ayuntamiento y otros Entes que la estructuran y se han adherido”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián (lote 1), declarando la nulidad del criterio de adjudicación “Precio” y anulando la licitación.

TERCERO: No entrar a resolver el Recurso 2014/89 interpuesto por UNI 2 contra el acuerdo de adjudicación del contrato “Servicios de limpieza de edificios municipales del Ayuntamiento y otros Entes que la estructuran y se han adherido”, tramitado por el Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián (lote 1).

CUARTO: 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.

QUINTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

SÉPTIMO: 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 irailaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de septiembre de 2014