



Recurso nº 399/2016 C.A Región de Murcia 33/2016

Resolución nº 470/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de junio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. M.M.M., en representación de ARACIL BUS, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento de “*Servicio de transporte de personas usuarias del Centro Municipal de Discapacitados de Fortuna*”, Expt. 09/2015/CSER, convocado por el Ayuntamiento de Fortuna, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Fortuna convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2015 y en el Boletín Oficial del Estado de 5 de noviembre de 2015, la licitación del contrato de servicio de transporte de personas usuarias del Centro Municipal de Discapacitados de dicha localidad.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP), y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fortuna de 28 de abril de 2016 se adjudicó el contrato a la mercantil AUTOCARES FORTUNA, S.A.

En este mismo acuerdo, con carácter previo se desestimaban las alegaciones formuladas por el ahora recurrente ARACIL BUS S.L, al amparo del artículo 40.3 del TRLCSP, frente al acta de la Mesa de Contratación de 10 de marzo de 2016, de apertura, valoración de oferta económica (sobre C) y propuesta de adjudicación, publicada en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Fortuna.



Cuarto. Frente al ahora mencionado acuerdo de adjudicación de 28 de abril de 2016, la mercantil ARACIL BUS S.L ha interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha de 23 de mayo de 2016.

De conformidad también con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran. La mercantil adjudicataria AUTOCARES FORTUNA S.L ha presentado las mismas por escrito de fecha 30 de mayo de 2016.

Quinto. El 26 de mayo de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión automática del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma que según lo previsto en el artículo 47.4 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Murcia el 4 de octubre de 2012, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de noviembre de 2012 por Resolución de la Subsecretaría de 5 de noviembre de 2012.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, y por tanto susceptible de este recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40, apartados 1 y 2, del TRLCSP



Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una empresa que ha concurrido al procedimiento de licitación de referencia.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, se invoca por el recurrente la nulidad de pleno derecho de la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares, por considerar que su redacción abstracta y genérica vulnera el principio de igualdad y concurrencia entre los licitadores.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe se opone a esta consideración del recurrente, afirmando que la redacción de la mencionada cláusula 7 cumple con las prescripciones del artículo 150 del TRLCSP y goza de la suficiente expresividad a fin de que los licitadores pudieran formular sus ofertas con pleno conocimiento de antemano de los aspectos a valorar por la mesa, cuya actuación consideran está motivada dentro de los márgenes de discrecionalidad técnica, sin fijar subcriterio alguno y sin que haya incurrido en error patente ni arbitrariedad. También alega, la que considera como doctrina consolidada de este Tribunal, sobre la consideración de los pliegos como “ley del contrato” y la inadmisibilidad de su impugnación por vía indirecta una vez que el licitador ha acudido al procedimiento presentando su oferta y sin haber previamente impugnado directamente los mismos.

Sexto. Expuestos en estos términos las dos posturas encontradas, y encontrándose apoyada la del órgano de contratación por las alegaciones formuladas por la mercantil adjudicataria en el escrito presentado en el seno de este procedimiento, procede en primer lugar conocer el contenido de la mencionada cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Cláusula 7. Criterios objetivos de selección.

Conforme al art. 150 TRLCSP, se establecen como criterios de adjudicación del contrato los siguientes:

Criterio evaluable por aplicación de fórmulas (sobre C)

- *Precio del contrato (hasta 50 puntos).*



Se asignará la máxima puntuación (50 puntos) prevista en este apartado a la oferta que contenga el menor precio, puntuándose las demás ofertas de forma proporcional, según la fórmula que se indica seguidamente:

Puntuación oferta X = 50 x precio mínimo de oferta/ precio oferta X.

Criterio evaluable según juicio de valor (sobre B)

- Memoria técnica de prestación del servicio (hasta 50 puntos). Los licitadores presentarán una memoria técnica descriptiva de la ruta o rutas a las que concurra, que incluya la propuesta de prestación del servicio, con el mayor detalle posible y, en todo caso, los siguientes extremos:

- a) Medios personales y materiales, acreditando documentalmente la disponibilidad de los mismos (hasta 20 puntos).*
- b) Planificación de las tareas para llevar a cabo el servicio, con organización de los medios personales y materiales (hasta 20 puntos).*
- c) En su caso, mejoras consistentes en prestaciones adicionales que no tengan coste para el Ayuntamiento y se consideren de utilidad para el servicio (hasta 10 puntos).*

En este apartado, se valorará la memoria técnica, otorgando la máxima puntuación posible a la mejor de las ofertas desde el punto de vista de la prestación del servicio y valorando proporcionalmente las otras.

Será rechazada toda proposición que no alcance una puntuación global igual o superior a los 25 puntos en el apartado correspondiente a la memoria técnica de prestación de servicio.

Con arreglo al artículo 152.2 TRLCSP, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas, en cuanto al criterio del precio, se apreciará de acuerdo a los supuestos contemplados en el art. 85 RGCAP. En caso de identificar alguna proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, habrá de seguirse el procedimiento previsto en el artículo 152.3 y 4 TRLCSP.”.

De la lectura de esta cláusula, y en particular de la parte de la misma relativa al sobre B sobre criterios de valoración técnica no sujetos a fórmula, resulta a juicio de este Tribunal evidente la falta de concreción, determinación y desarrollo de los mismos, y muy en particular de la parte relativa a las mejoras.

En este punto, hemos de comenzar recordando la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan y ponderen con la suficiente precisión en los Pliegos, sin que resulte admisible la expresión de criterios abiertos e imprecisos que dejen plena libertad a los técnicos y a la Mesa de Contratación a la hora de su concreción en el proceso de valoración de las ofertas.

Tal y como ha señalado este Tribunal en distintas resoluciones, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos y de igual modo las mejoras, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los Pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.

Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Abundando en tal consideración, en la Resolución nº 102/2013, de 6 de marzo, señalábamos que su determinación no puede dejarse a una decisión puramente discrecional del órgano de contratación o de la comisión técnica que le asista adoptada con posterioridad a la apertura de las ofertas, puesto que ello puede generar arbitrariedades y desigualdades entre los concurrentes

De igual modo, hemos de citar lo dispuesto en el artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: *“Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. [...] Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se*



enumerarán por orden decreciente de importancia”. De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que como norma general se ponderen los criterios de valoración, y de otra, que la ponderación puede hacerse fijando una banda de valores que debe reunir como requisito esencial tener una amplitud adecuada. Con este último requisito, pone de manifiesto el legislador que tampoco en este punto es admisible una total discrecionalidad en el órgano de contratación. Como indica el precepto transcrito, la banda de valores debe tener una amplitud “adecuada”. Bien es cierto que este término tiene la condición de concepto jurídico indeterminado y, por consiguiente, que es prácticamente imposible concretar a priori cuál debe ser esa amplitud. Pero, al menos, su exigencia nos dice que, por deber ser “adecuada”, la facultad del órgano de contratación para fijar tal amplitud no es ilimitada, es decir no es discrecional”.

Por tales razones, la falta de concreción de las puntuaciones en los Pliegos, dejando entera libertad a la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración para trazar los criterios de valoración de la oferta, supone un vicio de nulidad de pleno Derecho del artículo 62.1, a) LRJPAC por infracción del principio de igualdad (artículo 14 CE). Entrando, por consiguiente, en franca colisión con todos los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

En la misma línea de razonamiento, en la Resolución nº 65/2013, de 6 de febrero citada por la reciente Resolución nº 575/2014, indicábamos: *“Ante supuestos similares, en numerosas resoluciones de este Tribunal se ha declarado la improcedencia de la aplicación de ese tipo de cláusulas. Como referencia, en la Resolución 69/2012, con apoyo doctrinal detallado - Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, asunto Alexandroupulis-, se concluía que en un procedimiento de licitación, no se pueden fijar a posteriori reglas de ponderación o subcriterios de adjudicación no establecidos en el pliego y que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho “... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”. Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente los subcriterios y pautas a aplicar para la valoración de las mejoras, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación del sector público*



exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. Al declarar la nulidad del criterio de adjudicación relativo a las mejoras, es obligado declarar también la nulidad del proceso de licitación, puesto que, como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria), “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”.

Séptimo. Examinados los referidos criterios a la luz de la doctrina ahora expuesta, resulta de forma palmaria, como ya señalamos, que su definición y su forma de valoración son demasiado amplias dejando en manos de los técnicos y de la Mesa la más absoluta libertad a la hora de establecer los parámetros de valoración de las ofertas en lo que se refiere a los criterios de adjudicación.

Así, en el de medios personales y materiales, en principio sólo se exigía acreditar la disponibilidad de los mismos, y en el segundo, el de planificación de las tareas para llevar a cabo el servicio con organización de medios personales y materiales, ni tan siquiera se mencionan cuáles serán los elementos, subcriterios o circunstancias que se tendrán en cuenta en la valoración.

De forma muy especial se observa la indefinición en lo tocante a las mejoras, valoradas con diez puntos, y sobre las que únicamente se exige, como anteriormente se ha expuesto, que consistan en: prestaciones adicionales, (condición inherente o propia de toda mejora), que no tengan coste y que sean, con buen criterio, lógicamente, de utilidad para el servicio.



Prueba en todo caso evidente de la indefinición, es desde luego el contenido del propio acta de valoración técnica, de fecha 12 de febrero de 2016, a cuya reproducción, en su primera parte, se va a proceder por considerarla este Tribunal muy relevante, y justificación además suficiente y fundamental para adoptar la decisión final, al resultar de ella, indiscutiblemente, acreditada la discrecionalidad con que el órgano de contratación ha llevado a cabo la valoración técnica de este sobre B.

Su contenido parcial es el siguiente:

“Memoria Técnica de prestación del servicio.-

1.- Medios Personales y materiales:

Personal:

- *Autocares Fortuna, S.L., presenta una relación del personal donde se indican los nombres, categoría profesional, fecha de antigüedad, grupo de cotización, tipo de contrato y años de experiencia de todos los trabajadores, asimismo acompaña como anexos informes de Vida Laboral de código de cuenta de cotización de la Empresa a la Seguridad Social, y certificados de formación continua de conductores. Presenta un total de 6 conductores, un administrativo y dos monitores, todos con más de 10 años de experiencia, y manifiesta la ampliación de plantilla de 3 a 5 trabajadores.*
- *Aracil Bus, S.L., manifiesta que dispone de conductores con más de 10 años de experiencia y que cuentan con formación para su puesto de trabajo (presenta certificados asistencia a cursos y diplomas por jornadas formativas) pero no presenta justificación que acredite la relación laboral de estos trabajadores con la empresa.*

Medios materiales:

- *Autocares Fortuna, S.L., indica la marca y modelo, nº de plazas, fecha de matriculación y matrícula de cada uno de los autobuses que va a destinar a cada ruta, siendo la antigüedad media de estos tres autobuses de 6 meses, disponiendo de todos los servicios necesarios para el cumplimiento del servicio. También presenta una relación de 5 vehículos de reserva con todas sus características. Como anexos presenta documentación técnica de todos los vehículos, certificados de la compañía de seguros.*



- *Aracil Bus, S.L., presenta una relación de 8 autobuses con fecha de matriculación comprendida entre 2004 y 2014 e indica que están autorizados para el transporte escolar y de menores, presenta en los anexos documentación técnica de los mismos, pero no indica que autobús va destinado a cada ruta.*

Valoración del apartado Medios materiales y personales (máximo 20 puntos):

Oferta de Autocares Fortuna, S.L.....20 puntos.

Oferta de Aracil, Bus, S.L.....10 puntos.”.

De esta parte de la valoración técnica transcrita resulta con claridad palmaria la inexistencia de criterio alguno conocido con carácter previo con arreglo al cual va a llevarse a cabo la valoración.

De su lectura, resulta que en lo que a los medios materiales se refiere, lo que se ha tenido en cuenta en la valoración ha sido que se acredite la relación laboral, porque aparentemente esta parece que fuera la diferencia entre ambas ofertas, y la que lo ha acreditado ha obtenido más puntos, sin que se conozca cuántos en concreto porque el valor es conjunto para los medios personales y los materiales.

En cuanto a los medios materiales, una diferencia entre las ofertas que podría haber sido determinante en la puntuación sería la de especificación del autobús que se va a destinar a cada ruta.

En el segundo criterio, el de planificación de tareas, también ARACIL BUS obtiene la mitad de puntos que la mercantil adjudicataria, 10 puntos frente a 20 de AUTOCARES FORTUNA S.L.

Cómo se ha indicado, resulta aún todavía más revelador de esta falta de determinación, el criterio relativo a las mejoras, en el que se especifican las que ha propuesto cada mercantil, y de nuevo, sin explicación ni justificación ninguna previa, ARACIL BUS obtiene igualmente la mitad de puntos que AUTOCARES FORTUNA S.L, 5 puntos frente a 10 puntos.

Se procede a su reproducción:

“3. Mejoras al servicio:

- *Autocares Fortuna, S.L., tres excursiones gratuitas al año. Disposición de un taxi con conductor para el Centro ante cualquier emergencia. Vehículo de reserva para el*

Centro. GPS y Wiffi en todos los autobuses. Mejoras en cada una de las rutas ampliando el recorrido.

- *Aracil Bus, S.L., los conductores y acompañante llevarán teléfonos móviles. Vehículos con GPS. Una excursión trimestral gratuita.*

Valoración del apartado Mejoras (máximo 10 puntos):

Oferta de Autocares Fortuna, S.L.....10 puntos

Oferta de Aracil Bus, S.L.....5 puntos”.

Octavo. En definitiva, no cabe sino estimar que procede anular el Acuerdo de adjudicación impugnado, en tanto se sustenta en la selección de una oferta basada en una valoración realizada por la Mesa vulnerando los principios esenciales de la contratación pública, al haber establecido parámetros y coeficientes de ponderación de las ofertas al amparo del cuadro de características que establece criterios de adjudicación abiertos e imprecisos en relación con la organización del servicio, metodología y mejoras.

Asimismo, y en la línea de la doctrina formada por este Tribunal, el efecto de dicha anulación no puede ser eliminar la valoración de estos criterios, y estar al resto de los fijados por el Pliego sino que, siendo nula de pleno Derecho la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares, no cabe sino anular el procedimiento de licitación.

A la luz de esta doctrina, este Tribunal al hacer la declaración de nulidad, en aras a garantizar el máximo respeto a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación en los procedimientos de concurrencia competitiva (artículo 1 del TRLCSP), necesariamente ha de declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación que podrá, en su caso, reanudarse desde su Acuerdo inicial subsanando las infracciones advertidas, precisando con el grado de detalle necesario la definición de estos criterios de adjudicación y de los subconceptos integrantes del mismo, así como la ponderación relativa aplicable a cada uno de ellos, muy especialmente en el criterio de mejoras.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. ^a M.M.M., en representación de ARACIL BUS, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento de “*Servicio de transporte de personas usuarias del Centro Municipal de Discapitados de Fortuna*”, Expt. 09/2015/CSER, convocado por el Ayuntamiento de Fortuna, con expresa declaración de nulidad de pleno Derecho de la cláusula relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor y consiguiente anulación de todo el procedimiento de licitación, todo ello con retroacción de actuaciones al momento inicial del mismo, pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar acordada conforme a los artículos 45 y 46 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del referido cuerpo legal.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.