

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Acuerdo 61/2014

Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por VALORIZA FACILITIES, s.f., frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de limpieza de la Residencia Municipal Casa de Amparo», del Ayuntamiento de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de noviembre de 2013 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado “Servicio de limpieza de la Residencia Municipal Casa de Amparo”, convocado por el Ayuntamiento de Zaragoza; contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, procedimiento abierto, tramitación anticipada, oferta económicamente mas ventajosa, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 1 002 594,70 euros, IVA excluido.

En el anuncio se señala que el plazo de presentación de ofertas finalizaba a las 13 horas del día 16 de diciembre de 2013.

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos la recurrente, VALORIZA FACILITIES, S.A. (en adelante VALORIZA) y EULEN, S.A. (en adelante EULEN) que resultaría adjudicataria.

La Mesa de contratación se reúne el 15 de enero de 2014 para proceder al examen de la documentación administrativa presentada por los licitadores. Se advierten deficiencias y omisiones subsanables en varios de ellos, para lo cual se les requirió, a los efectos de subsanación, según se recoge en el acta correspondiente.

TERCERO.- El 4 de febrero de 2014, la Mesa de Contratación acuerda la exclusión de una de las licitadoras, por carecer de la categoría exigida en la clasificación de contratistas, y la admisión de las restantes. A continuación, procedió a la apertura del Sobre 2 de los licitadores admitidos, Propuesta sujeta a evaluación previas, y acordó la remisión del expediente administrativo y la documentación técnica al Servicio de Conservación de Arquitectura, con objeto de que emita el correspondiente informe.

CUARTO.- La Mesa de Contratación se reúne nuevamente el 3 de junio de 2014, para analizar el resultado de la evaluación previa según el informe técnico emitido por el Servicio de Conservación de Arquitectura de fecha 28 de mayo de 2014. La Mesa muestra su conformidad al informe, y acuerda la celebración de una sesión pública para dar a conocer el resultado de la valoración y proceder a la apertura del Sobre 3.

En reunión de la Mesa de contratación el 11 de junio de 2014, se da cuenta del resultado de la valoración sometida a juicio de valor y se procede a la apertura del Sobre 3, Oferta económica y propuesta sujeta a evaluación posterior», dando lectura pública de las proposiciones económicas. La Mesa acuerda remitir la documentación al Servicio de Conservación de Arquitectura para la aplicación de las formulas previstas en el Pliego de Cláusulas Particulares Especificas de la licitación (en adelante PCAPE), y determinar axial la puntuación obtenida. En sesión de la Mesa celebrada el 14 de julio de 2014, se da cuenta del informe de fecha 25 de junio de 2014, del Servicio de Conservación de Arquitectura, en relación con la aplicación de las formulas previstas en el PCAPE. En el informe se señala que la empresa VALORIZA ha presentado una oferta de 0 euros en uno de los apartados de su propuesta económica (aprecio/hora limpieza a requerimiento»), lo que supone que, al aplicar la formula prevista en el PCAPE, las ofertas del resto de licitadores obtendrían cero puntos. El Servicio de Conservación de Arquitectura propone, en este punto, aplicar una formula diferente a la prevista en el Pliego. La Mesa de contratación rechaza esta opción, al considerar que no puede cambiarse la forma de valoración de las ofertas una vez aprobado el Pliego, sin que se realice la modificación del mismo por los cauces legales. Se constata que no se ha recogido en el PCAPE criterio alguno para determinar si las ofertas pueden considerarse desproporcionadas y, a la vista de los acuerdos de Tribunales Administrativos de Contratos que se citan en el acta, teniendo en cuenta que los contratos exigen onerosidad y que esta es una obligación irrenunciable, la Mesa acuerda no puntuar a VALORIZA en ese apartado. Todas estas circunstancias se recogen en las actas de las sesiones de la Mesa de contratación.

QUINTO.- El 5 de agosto de 2014, tuvo entrada, en el Registro del Ayuntamiento de Zaragoza, recurso especial en materia de contratación interpuesto por Da Isabel Lopez de Andujar Montero, en representación de VALORIZA, contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de 14 de julio de 2014, por el que se acordaba la no puntuación de la recurrente en el apartado «aprecio/hora limpieza a requerimiento» contenido en su propuesta económica. El recurso se traslada al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el 7 de agosto de 2014.

SEXTO.- Por Acuerdo 50/2014, de 8 de agosto de 2014, este Tribunal, acordó la in admisión del recurso especial presentado por VALORIZA, por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación.

SÉPTIMO.- El Ayuntamiento de Zaragoza, con fecha 13 de agosto de 2014, requirió a la empresa EULEN la presentación de la documentación prevista en el artículo 151.2 TRLCSP, al ser la oferta económicamente mas ventajosa para los intereses municipales, según la valoración, clasificación y propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de contratación, en su sesión de 31 de julio de 2014.

OCTAVO.- Presentada la documentación requerida por EULEN, por Decreto del Consejero del Área de Urbanismo, Infraestructuras, Equipamientos y Vivienda, del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 3 de septiembre de 2014, se resolvió la adjudicación del contrato del Servicio de limpieza de la Residencia Municipal Casa de Amparos, a la empresa EULEN, publicándose en el Perfil de contratante de la corporación municipal el 5 de septiembre de 2014.

NOVENO.- El 22 de septiembre de 2014, tuvo entrada, en el Registro del Ayuntamiento de Zaragoza, recurso especial en materia de contratación interpuesto por Da Isabel Lopez de Andujar Montero, en representación de VALORIZA, contra el Decreto del Consejero del Área de Urbanismo, Infraestructuras, Equipamientos y Vivienda, del Ayuntamiento de Zaragoza, de fecha 3 de septiembre de 2014, por el que se adjudicaba el contrato a la empresa EULEN. El recurso se traslada al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón el 29 de septiembre de 2014, junto con el expediente y el informe exigido en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El recurso alega y fundamenta, en resumen, lo siguiente: a) Incorrecta aplicación de la formula de valoración de la oferta económica. En particular se refiere a la formula de valoración del precio/hora a requerimiento ($P = 5 \times \text{min./Of.}$). Considera que la aplicación de la formula descrita en el pliego no ofrece lugar a dudas, y que la presentación de una oferta de 0 euros en este apartado, conlleva la asignación de la mayor puntuación (5 puntos) al ser la oferta mas económica, y calcular la ponderación de las demás con arreglo a la formula prevista. Reproducen la doctrina de los Tribunales administrativos de contratos que consideran adecuados al caso. b) Mantiene, frente al criterio de la Mesa de contratación, que si es posible puntuar cuando se produce una oferta de 0 euros, lo que ocurre es que el resto de licitadores obtienen 0 puntos en ese concreto apartado, pues el pliego es claro y la aplicación de la formula no deja lugar a dudas. Tal como lo ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) en su Resolución 02/2012, de 5 de enero.

c) Mantiene, frente al criterio de la Mesa de contratación, que no puede alegarse falta de onerosidad a su oferta, ya que el valor de 0 euros consignado en su oferta afecta únicamente a una parte complementaria de la prestación, siendo evidente que si va a haber contraprestación económica, teniendo ese valor de 0 euros una incidencia menor en el volumen total del contrato.

d) Apuntan además que, al no recoger el Pliego criterio alguno para determinar si hay baja temeraria, y no siendo el único criterio de valoración el precio, no puede entenderse ninguna oferta como desproporcionada, hecho que asume la propia Mesa. Por todo lo alegado, solicita que se estime el recurso y se proceda a la retracción de las actuaciones al momento procesal oportuno, ordenando al órgano de contratación la valoración de la oferta económica en cumplimiento del criterio previsto en el pliego. Solicita, además, la suspensión del procedimiento, en tanto se pronuncia el Tribunal.

DÉCIMO.- El 3 de octubre de 2014, D. Jose Luis Cábelos Martin, en nombre y representación de EULEN, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, solicitando su desestimación. Alega que el PCAPE es claro en cuanto a que «se aplicará un criterio de proporcionalidad», por lo que la pretensión de la recurrente de que se le asigne la máxima puntuación en el apartado, y 0 puntos a las restantes, es contraria a este criterio de proporcionalidad. La solución adoptada por la Mesa es, además de justa y equitativa, la única posible para garantizar esta proporcionalidad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa VALORIZA para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP. También queda

acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.b) TRLCSP, y el recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el fondo del asunto, este Tribunal debe pronunciarse respecto de la medida cautelar solicitada por la recurrente, que pide al Tribunal dicte de manera expresa un acuerdo comunicando al órgano de contratación la suspensión. Se debe poner de manifiesto que la suspensión de la tramitación del expediente de contratación es automática por imperativo legal (ex artículo 45 TRLCSP) cuando el acto recurrido es el de adjudicación, y se mantendrá hasta que se pronuncie expresamente el Tribunal, sin que pueda procederse a la formalización del contrato, ni comenzarse su ejecución. La resolución que adopte deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación, salvo que estimando el recurso declare la nulidad de la misma, en cuyo caso la suspensión queda sin objeto, o si concurren otras circunstancias que exigen mantenerla, como puede ser la retracción de actuaciones al momento de realizar la notificación, en los casos de notificación defectuosa.

TERCERO.- Son varias las pretensiones y cuestiones jurídicas que motivan la interposición del recurso. Plantea el recurrente, como primer motivo de impugnación de la adjudicación del contrato, la incorrecta aplicación de la fórmula de valoración de la oferta económica. En particular se refiere a la fórmula de valoración del denominado precio/hora a requerimientos ($P = 5 \times \text{min.}/\text{Of.}$). Considera el recurrente, que la aplicación de la fórmula descrita en el PCAPE no ofrece lugar a dudas, y que la presentación de su oferta, de 0 euros en este apartado, debería haber supuesto la asignación de la mayor puntuación (5 puntos) al ser la oferta más económica, y calcular la ponderación de las demás con arreglo a la fórmula prevista. Entiende y considera quien recurre, que la Mesa de contratación no ha aplicado el PCAPE en la valoración de su oferta; y, lejos de hacerlo, le asigna 0 puntos por el criterio precio/hora a requerimientos, alegando que, en otro caso, es imposible puntuar las ofertas del resto de licitadores.

El artículo 22 del Real decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo de la Ley 30/2007, atribuye a la Mesa de contratación la valoración de las distintas proposiciones, en los términos previstos en los artículos 150 y 151 TRLCSP, clasificándolas en orden decreciente de valoración, para posteriormente elevar propuesta al órgano de contratación. Para realizar dicha clasificación el órgano de contratación ha de atender a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio, por mandato expreso del citado artículo 151 TRLCSP.

Los Pliegos constituyen la ley del contrato, y no solo vinculan a las partes en el cumplimiento y ejecución del contrato, sino también al órgano de contratación, y a la Mesa de contratación, en el desarrollo del procedimiento de licitación. axial pues, en el procedimiento de adjudicación no pueden desvirtuarse, o inaplicarse, los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos, ni tampoco realizarse interpretaciones diferentes de las que resultan de la aplicación de los mismos. Es decir, la Mesa de contratación debe proceder a la aplicación estricta de los Pliegos en el procedimiento de licitación sin que su intervención pueda dar lugar a la aplicación de criterios o interpretaciones que no resulten directa y claramente de los mismos. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 128/2011, de 14 de febrero, en su fundamento de derecho tercero, advierte del alcance de la vinculación de las reglas que contienen los pliegos en los siguientes términos: así bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la Administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SST de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00 (RJ2004/5448), y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)>>.

Pues bien el PCAPE establece en cuanto a los criterios objetivos de valoración de la oferta, a los que asigna 70 puntos: «Para la valoración de la oferta económica se aplicará un criterio de proporcionalidad respecto de la oferta más favorable a los intereses municipales. Así:

a) Respecto al precio/m² y día natural se le atribuirá la puntuación máxima de 65 puntos, calculando la ponderación de los demás con arreglo a la fórmula: $P = 65 \times \text{min.}/\text{Of.}$

b) Respecto al precio/hora limpieza a requerimiento se le atribuirá la puntuación máxima de 5 puntos, calculando la ponderación de los demás con arreglo a la fórmula: $P = 5 \times \text{min.}/\text{Of.}$ »

No ofrece duda alguna, que la oferta más favorable a los intereses municipales, en este apartado, es la presentada por el licitador recurrente. Y, en su consecuencia, debe obtener la puntuación máxima (5 puntos), por mandato expreso de lo dispuesto en PCAPE, tal y como se afirma en el Informe del Arquitecto Técnico Jefe de la UT de Obras de Conservación y Limpiezas, de 25 de junio de 2014.

La duda se suscita en la aplicación del criterio de proporcionalidad para la asignación de la puntuación al resto de los licitadores, pues la proporcionalidad es una relación constante entre magnitudes mediales o cuantificables, siempre que la constante no sea cero (0). Pues en tal caso, el resultado es cero (0). Pero que el resultado de la proporción sea cero, no significa que no sea puntuable, como bien afirma el recurrente;

significa que la puntuación al resto de licitadores, como consecuencia de la fórmula establecida para la proporción en el PCAPE, es cero (0). Es el PCAPE quien establece la fórmula con la que hay que hallar la proporcionalidad, y no el licitador, que se limita a presentar su oferta. El órgano de contratación podía haber limitado el resultado de la proporción cero (0) en el propio PCAPE, solamente con la previsión de que aquellas ofertas con valor cero (0), o con valor negativo, no serían tomadas en consideración ni objeto de puntuación. Y, en el mismo sentido, el órgano de contratación, podía haber previsto que toda oferta de valor cero (0), o con valor negativo, sería considerada anormal o desproporcionada.

Por lo expuesto, la Mesa de contratación debió proceder a la aplicación estricta de los Pliegos en el procedimiento de licitación. Y axial, ante un supuesto similar al planteado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el que se abordaba la posibilidad del desistimiento de la licitación, en su Resolución 2/2012, de 5 de enero, concluye lo siguiente: «Es verdad que si un licitador ofrece cero para un determinado precio y/o comisión, aparte de obtener la máxima puntuación para ese concepto valorable, determinará para el resto de licitadores la atribución de cero puntos en relación con dicho concepto como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de la menor; pero ello no convierte en inaplicable la fórmula, tal como pretende el órgano de contratación. Simplemente, conduce a puntuar (proporcionalmente) con cero puntos todas las ofertas que difieran de la que incorpora el valor cero con respecto al precio y/o comisión de que se trate. Cuestión distinta es el resultado comprobado de aplicar la citada fórmula, tras haber procedido a la apertura y examen de las ofertas económicas en el procedimiento objeto de este recurso. Ello así, no considera este Tribunal que concurra el presupuesto contemplado en el artículo 139.4 de la LCSP (art. 155.4 TRLCSP), para efectuar el desistimiento cuya impugnación nos ocupa».

El origen y causa de esta circunstancia se encuentra en la valoración y ponderación como criterio independiente al que se asignan 5 puntos, de una prestación obligatoria, la del precio de la hora de limpieza a requerimiento (sin límite máximo o mínimo de cuantificación), al margen, o de forma separada, a la valoración del precio del metro cuadrado y DIA natural (que es la verdadera contraprestación del objeto del contrato); sin que se advierta en el expediente del procedimiento las razones de esta especialidad, en cuanto a su diferenciación y valoración, de este criterio de adjudicación. Y de tal circunstancia viene a derivarse que, al final, la adjudicación del contrato depende de los 5 puntos de este criterio.

En principio, parece que tal efecto no ha sido previsto ni querido por el Servicio que propone la licitación, de a.C. que en el Informe indicado del Arquitecto Técnico de 25 de junio de 2014, se propusiera, para obtener una proporción lineal, una fórmula distinta a la contemplada en el PCAPE, para la valoración del precio de la hora de limpieza a requerimiento. Sin embargo, y como afirmo la Mesa de contratación, no es posible utilizar una fórmula distinta a la del PCAPE, para la valoración. Lo que ocurre es, que tampoco es posible dejar de puntuar a quien presenta la mejor oferta a los intereses municipales, asignándole, como indica el PCAPE, la máxima puntuación. El problema no radica en la oferta económica presentada por el licitador recurrente, sino en la fórmula establecida para valorar el criterio precio, por lo que la aplicación de la misma no puede perjudicar al que, en la confianza del sistema de ponderación, realiza la mejor oferta.

Procede, en consecuencia, estimar esta causa del recurso.

CUARTO.- El recurrente defiende también, frente al criterio de la Mesa de contratación, que no puede alegarse falta de onerosidad a su oferta, ya que el valor de 0 euros consignado afecta únicamente a una parte complementaria de la prestación, siendo evidente que si va a haber contraprestación económica, teniendo ese valor de 0 euros una incidencia menor en el volumen total del contrato.

Una de las cuestiones más debatidas en la teoría del Derecho patrimonial es, precisamente, la relativa a la gratuidad u onerosidad de los actos y negocios jurídicos. Debate que trae causa de la ausencia de regulación normativa acerca de que es la onerosidad de un contrato, en el Derecho positivo. Sin necesidad de analizar con detenimiento la doctrina iusprivatista, puede afirmarse que no es precisa la existencia de una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, entre las obligaciones o sacrificios, sino que basta la existencia de una relación de causalidad, para la afirmación del carácter oneroso de una prestación. Es la relación de causalidad entre dos prestaciones, entre una prestación y una obligación o entre dos obligaciones, cualquiera que sea la equivalencia objetiva o no de las mismas, la que provoca el que se produzca el contrato oneroso.

En el derecho público, tradicionalmente, el carácter oneroso de un contrato se ha referido a la existencia de un intercambio de prestaciones entre las partes contratantes; contraponiéndose, de este modo, a la figura de los contratos gratuitos, en los que uno de los contratantes se compromete a proporcionar al otro una ventaja pero sin recibir equivalente alguno, es decir, con ausencia de contraprestación. Es decir, la existencia de retribución y el coste económico para una de las partes es la característica de la onerosidad.

En el ámbito comunitario, el TJUE ha admitido la configuración amplia del concepto onerosidad en las relaciones contractuales. axial, en la Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, Ordene Delhi Architeti

y otros, se afirma que el carácter oneroso de un contrato se refiere a la prestación que se ofrece al contratista por la realización del objeto del contrato (FAA. 77) o, en términos parecidos, en la Sentencia de 25

de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH, el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación (FAA. 45); si bien, en este punto, se ANADE una matización importante, puesto que el Tribunal de Justicia exige que la prestación debe conllevar, además, un beneficio económico directo para el poder adjudicador (FAA. 49). axial pues, en el procedimiento objeto del recurso, es claro y meridiano que el licitador recurrente oferta cero (0) euros por el precio de la hora de limpieza a requerimiento (oferta por la que debe obtener 5 puntos) porque obtiene la retribución de este eventual servicio con cargo al precio general del contrato. Y esta consideración no se desvirtúa por el órgano de contratación. Es mas, ni siquiera es posible afirmar que las horas a requerimiento, cuyo precio puntúa cinco puntos, vayan a realizarse (es decir, requerirse) o no. Toda vez que no existe ningún mínimo, como tampoco máximo, de horas. Y no deja de sorprender que en el criterio principal, la diferencia entre el recurrente y licitador que ha resultado adjudicatario sea de un 4,53 %. Porcentaje sensiblemente próximo a 5. De manera que resulta verosímil, como afirma el recurrente, que ese valor de 0 euros ofertado, se retribuye con cargo al precio general del contrato. En consecuencia, y por lo expuesto, procede admitir este motivo del recurso. En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, presentado por Da Isabel Lopez de Andujar Montero, en nombre y representación de VALORIZA FACILITIES, s.f., frente a la adjudicación del contrato del Servicio de limpieza de la Residencia Municipal Casa de Amparos, por el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Anular la adjudicación del contrato y ordenar la retracción de las actuaciones al momento de valoración y clasificación de las ofertas, para su valoración conforme a la formula prevista en el PCAPE, respecto al precio/hora limpieza a requerimiento ($P = 5 \times \text{min./Of.}$), asignándole a VALORIZA la máxima puntuación en el mismo.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- El Ayuntamiento de Zaragoza deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo 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 la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.