TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 690/2016

Recurso nº 621/2016 C.A. Castilla-La Mancha 35/2016

Resolución nº 690/2016

En Madrid, a 09 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.P.R, en nombre y representación de SERVIMUN, SL, contra el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares aprobado por el Ayuntamiento de Escalona en la licitación del "Servicio para la administración en materia de recaudación", el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.-Por Resolución del Alcalde–Presidente del Ayuntamiento de Escalona de fecha 2 de junio de 2016 se acordó el inicio del expediente para la contratación del servicio para la administración en materia de recaudación, a adjudicar por el procedimiento abierto.

SEGUNDO.-. Mediante resolución del Alcalde–Presidente del Ayuntamiento de Escalona de fecha 3 de junio de 2016 se aprobó el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP).

TERCERO.- El anuncio de licitación se produjo mediante edicto publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo de 23 de junio de 2016.

CUARTO.-. El día 7 de julio de 2016 SERVIMUN, SL formuló anuncio previo al Ayuntamiento de Escalona de su propósito de recurrir la resolución de 3 de junio de 2016 del Alcalde– Presidente por el que se aprobaba el PCAP del contrato de servicio para la administración en materia tributaria del citado Ayuntamiento.

Proyecto CSP www.contratosdelsectorpúblico.es

El escrito de interposición de dicho recurso fue recibido en la secretaría de este Tribunal el 11 de julio de 2016.

QUINTO.- Dado traslado del recurso el órgano de contratación presentó informe de fecha 14 de julio de 2016.

Puesto el recurso en conocimiento de los restantes interesados para que alegaran lo que a su derecho conviere, RECAUDACIÓN Y SERVICIOS ERECA, SL presentó escrito el 21 de julio de 2016 interesando la íntegra desestimación del recurso.

SEXTO.- Mediante resolución de fecha 21 de julio de 2016 de la Secretaria del Tribunal en ejercicio de competencias delegadas, se acordó la suspensión de la resolución recurrida en tanto fuera resuelto el presente recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el convenio suscrito por la Junta de Comunidades de Castilla–La Mancha con la Administración General del Estado al amparo del artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

SEGUNDO.- La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley a cuyo tenor: "Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso".

Efectivamente, SERVIMUN, SL es perjudicada por la resolución recurrida dado que por su objeto social puede concurrir a la adjudicación de un contrato de servicios profesionales.

TERCERO.- La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada dicha interposición al órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

CUARTO.- El contrato objeto del recurso es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP al tratarse de un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27 el anexo II del TRLCSP con un valor superior a 209.000 euros, en particular se trata de un contrato de servicios comprendido en la categoría 27 y con un valor de 234.924,44 euros.

Por su parte, el acto objeto del recurso es la resolución de 3 de junio de 2016 por la que se aprueba el PCAP, acto cuya impugnabilidad está expresamente recogida en el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

En consecuencia, el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, estando todas las partes conformes con este punto.

QUINTO.- Como primer motivo del recurso se alega la nulidad de la cláusula cuarta, regla séptima, apartado A, número 2 del PCAP por la que se atribuyen hasta un máximo de 20 puntos al licitador que ofrezca el menor plazo de inicio en la prestación del servicio. Considera la recurrente que dicha cláusula es nula al suponer una ventaja para el actual prestador del servicio (art. 32.d TRLCSP). Alegación a la que añade que no se determina en el PCAP el modo en que se adjudicaran los 20 puntos que, como máximo, puede recibir la oferta que ofrezca el menor plazo de inicio.

En su informe el órgano administrativo admite que el criterio impugnado favorece al actual contratista por tener ya montado el servicio. Circunstancia frente a la que admite no poder hacer nada la Administración y sin apreciar vicio legal en ello dado que la interrupción del servicio durante el menor tiempo favorece a la Administración. Respecto del modo de adjudicar los puntos señala que se estará a la media de valores emitida por cada miembro de la mesa de contratación.

RECAUDACIÓN Y SERVICIOS ERECA, SL señala que el criterio impugnado puede favorecer al actual prestatario del servicio pero que ello no determina su nulidad dado que el mayor beneficiario es el Ayuntamiento y porque los demás licitadores podrían obtener hasta 19,99 puntos frente a los 20 que obtendría el actual contratista.

SEXTO.- De las alegaciones referidas en el ordinal anterior resulta que todas las partes del presente recurso admiten que el epígrafe impugnado favorece al actual contratista frente a los restantes licitadores, circunscribiéndose la controversia en si dicho trato de favor resulta o no justificado.

Al respecto el artículo 32.d) del TRLCSP se muestra rotundo al sancionar con la nulidad de pleno derecho a "todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración". En este mismo sentido se pronuncia la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, cuyo artículo 45 dice:

"1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que

otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración".

A la vista de dichos preceptos es incuestionable que debe declararse la nulidad de un epígrafe que, todas las partes admiten, favorece indirectamente al actual contratista puesto que es el que menor tiempo precisa para poner en funcionamiento el servicio dado que ya lo tiene instalado. Ventaja que no queda justificada por ser favorable para el interés público que discurra el menor tiempo entre el fin de la actividad de un contratista y el inicio de la del otro. En este sentido debe apuntarse que el Ayuntamiento dispone de medios suficientes para garantizar la continuidad del servicio contratacado sin alterar la debida igualdad entre los licitadores. Medios tales como no esperar a que el contrato concluya antes de celebrar el inmediato de tal forma que el nuevo contratista pueda instalar su servicio antes de que el anterior contratista deje de prestarlo.

Respecto del modo de adjudicar los 20 puntos que como máximo puede recibir el licitador que oferte el menor plazo de inicio nada disponen los pliegos sobre el modo en que dichos 20 puntos se distribuirán. Sostiene el órgano de contratación en su informe que se adjudicarán atendiendo a la media de la votación de cada vocal de la mesa de contratación, pero ni dicho criterio de ponderación resulta del PCAP ni se concretan las pautas a seguir por los vocales de la mesa en la valoración de un criterio que, por ser objetivo –menor plazo de inicio ofertado–, no requiere una especial valoración técnica que justifique atribuir un amplio grado de discrecionalidad a la mesa de contratación.

Por todo ello entendemos que se ha vulnerado el deber de concretar con suficiente precisión los criterios de ponderación de las ofertas. Y es que este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones la necesidad de que los pliegos concreten tanto los criterios de adjudicación como las reglas de ponderación, los cuales no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.

Así, en la Resolución n° 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, ya poníamos 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 noviembre 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 n° 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. Citábamos entonces lo dispuesto en el artículo 150.4 del TRLCSP:

"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, y como se concluía asimismo en la resolución citada, 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.

Conforme lo expuesto procede estimar este primer motivo del recurso y acordar la nulidad de la cláusula cuarta, regla séptima, apartado A, número 2 del PCAP por favorecer al anterior contratista del servicio y por no concretar los parámetros para adjudicar los 20 puntos atribuidos en aquel epígrafe.

SÉPTIMO.- Como segundo motivo del recurso se impugna la cláusula cuarta, regla séptima, apartado B, número 7 por la que se atribuyen 0,1 puntos a cada empresa que haya prestado servicios iguales al objeto de este contrato en el Ayuntamiento de Escalona. Considera la recurrente que dicha cláusula contraviene el artículo 32.d) del TRLCSP.

En su informe el órgano de contratación sostiene que el sentido de dicha cláusula es premiar al contratista que "ha venido dando cumplimiento feliz a sus contratos" y en resultar, a su juicio, "lógico" que una Administración disponga de la potestad de elegir a la empresa que ya conoce y que presta cumplidamente sus servicios.

Por su parte RECAUDACIÓN Y SERVICIOS ERECA, SL resalta el escaso valor –0.1 puntos por año– la previa prestación del servicio licitado. Argumento al que añade que son varias las sociedades que, en algún momento, han prestado aquel servicio para el Ayuntamiento de Escalona.

OCTAVO.- En la valoración de este segundo motivo del recurso procede reproducir lo ya dicho respecto del primero. Tanto el artículo 32.d) del TRLCSP citado por el recurrente como el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, declaran la nulidad de aquellas cláusulas por las que se favorezca a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. Y en el presente caso es obvio que atribuir 0,1 puntos por año a las empresas que hubieran prestado el servicio licitado para el Ayuntamiento licitante supone una ventaja a las empresas que previamente han contratado con la Administración contratante.

A mayor abundamiento debe señalarse que no es solo que el epígrafe impugnado atribuya a una ventaja a los previos adjudicatarios de contratos similares sino que también es contraria al artículo 150.2 del TRLCSP en relación con el artículo 78.1.a) de esta misma norma. Y es que, como en reiteradas ocasiones ha declarado este Tribunal los contratos previamente celebrados por uno de los licitadores no pueden ser empleados como criterio para valorar las ofertas sino únicamente para determinar la solvencia técnica o profesional en la forma y con las limitaciones previstas en el artículo 78.1.a) del TRLCSP.

NOVENO.- En su tercer motivo del recurso la recurrente impugna la cláusula cuarta, regla séptima, apartado B, número 6 del PCAP por la que se atribuye un punto por cada trabajador que el licitador contrate durante toda la vigencia del contrato. Protesta que no se establezca un límite máximo de puntuación lo que podría dar lugar a ofertas abusivas en las que se incluyera un número de trabajadores superior al necesario con el único propósito de incrementar la puntuación de la oferta.

El órgano de contratación replica en su informe que la ley no le obliga a fijar un máximo de puntuación, añadiendo que no es previsible que un empresario aumente artificialmente el número de trabajadores adscritos a la ejecución del contrato por el coste económico que ello supone.

RECAUDACIÓN Y SERVICIOS ERECA, SL afirma sucintamente que el vicio invocado por la recurrente, en su caso, sería formal y que debiera valorarse por delante del criterio 5 – que valora como mejora la ampliación del horario de oficina–, circunstancias que le llevan a concluir que el criterio impugnado no afecta a la puntuación de los criterios valorables mediante la aplicación de fórmulas.

DÉCIMO.- El artículo 67.2.j) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige que los pliegos de cláusulas administrativas particulares contengan “indicación expresa, en su caso, de la autorización de variantes o alternativas, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas”.

Del tenor literal de dicho precepto se desprende que cuando los pliegos prevean la posibilidad de que los licitadores oferten mejoras deberán concretar los límites con los que dichas mejoras podrán ser admitidas. Este precepto es vulnerado por la disposición impugnada por la que no se fija el límite sobre el que es admitida la mejora. Siendo ello así se infringe el principio de igualdad, lo cual nos lleva a admitir la pretensión de anulación de la recurrente respecto del criterio de adjudicación aquí examinado.

Avalan esta conclusión nuestra resolución y el informe 59/2009, de 26 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado.

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 interpuesto por D. F.J.P.R, en nombre y representación de SERVIMUN, SL, contra el PCAP aprobado por el Ayuntamiento de Escalona en la licitación del servicio para la administración en materia de recaudación declarando la nulidad de:

- La cláusula cuarta, regla séptima, apartado A, número 2 del PCAP por la que se atribuyen hasta un máximo de 20 puntos al licitador que ofrezca el menor plazo de inicio en la prestación del servicio.
- La cláusula cuarta, regla séptima, apartado B, número 7 por la que se atribuyen 0,1 puntos a cada empresa que haya prestado servicios iguales al objeto de este contrato en el Ayuntamiento de Escalona
- La cláusula cuarta, regla séptima, apartado B, número 6 del PCAP por la que se atribuye un punto por cada trabajador que el licitador contrate durante toda la vigencia del contrato.

SEGUNDO.- Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

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 Castilla–La Mancha, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.