



**Recursos nº 260/2013 y 281/2013**

**Resolución nº 233/2013**

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

En Madrid, a 20 de junio de 2013.

**VISTOS** los recursos interpuestos por D. M.A.A.B.(recurso 260/2013), en representación de ARASTI BARCA MARÍA DE LOS ÁNGELES Y MIGUEL ÁNTONIO SOCIEDAD CIVIL (en adelante, ARASTI) y por D. F.L.C.-D.(recurso 281/2013), en representación de EULEN, S.A., contra la Resolución de adjudicación del contrato de gestión del servicio de la escuela infantil de la Base Aérea de Gando (Expediente 4 14 00 13 0040 00), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** La Sección Económico Administrativa 014 del Mando Aéreo de Canarias (en lo sucesivo SEA-MACAN o el órgano de contratación) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado y en el BOE, los días 26 de febrero (rectificado el 12 de marzo) y 4 de marzo de 2013, respectivamente, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de gestión del servicio de la escuela infantil de la Base Aérea de Gando. Presentaron oferta, entre otras empresas, ARASTI y EULEN. El valor estimado del contrato se cifra en 354.952 euros.

**Segundo.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo previsto en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en adelante TRLCSP) fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). El contrato, de la categoría 24 del Anexo II del TRLCSP, no está sujeto a regulación armonizada.

**Tercero.** El 16 de abril de 2013, se reúne la Mesa de contratación para calificar la documentación administrativa presentada. El 23 de abril, en acto público, se procede a la apertura de las ofertas económicas. El 2 de mayo, se formula el informe técnico de análisis y valoración de las seis ofertas presentadas y admitidas. El mismo día, la Mesa de contratación formula la propuesta de clasificación y, de acuerdo con ella, propone la adjudicación del contrato a la empresa Ana Naya García, S.L. (en adelante, ANA NAYA), clasificada en primer lugar con 98 puntos. La empresa EULEN quedó clasificada en segundo lugar, con 97,39 puntos; en tercer lugar quedó ARASTI con 95,94 puntos. Una de las ofertas quedó excluida porque, de acuerdo con el PCAP, *“se considerarán bajas temerarias las ofertas que sean inferiores al 10% del precio de licitación, las cuales serán rechazadas”*.

El 16 de mayo se resuelve la adjudicación de acuerdo con la propuesta de la Mesa y, al día siguiente, se notifica a todos los licitadores.

**Cuarto.** Contra dicho acuerdo, ARASTI, previo anuncio al órgano de contratación, ha interpuesto recurso especial mediante escrito presentado en el registro electrónico de este Tribunal el 31 de mayo de 2013.

Por su parte, EULEN lo hizo el 5 de junio, mediante escrito presentado en el órgano de contratación.

**Quinto.** El 5 de mayo se recibió en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación relativo al primero de los recursos presentados. El informe sobre el segundo de los recursos se recibió el 10 de junio.

**Sexto.** El 5 de junio, el Tribunal acordó mantener la suspensión en la tramitación del expediente producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP. El 6 y el 11 de junio, la Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos a las empresas que habían presentado oferta para que formularan las alegaciones que estimasen oportunas. Así lo ha hecho ANA NAYA en el plazo habilitado.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP- este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 260/2013 y 281/2013 por guardar entre sí íntima conexión y dirigirse ambos contra la Resolución de adjudicación de 16 de mayo de 2013.

**Segundo.** Los recursos se interponen contra el acuerdo de adjudicación en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 200.000 euros, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolverlos corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del mismo texto legal.

**Tercero.** Los recursos han sido interpuestos dentro del plazo legalmente establecido y por personas legitimadas para ello, al haber concurrido a la licitación. Aunque el segundo de los recursos no se anunciara previamente al órgano de contratación, es criterio reiterado por este Tribunal que tal ausencia no puede considerarse como un vicio que impida la válida continuación del procedimiento

**Cuarto.** La empresa ARASTI fundamenta su recurso en que en la valoración de la capacitación del personal auxiliar (hasta 8 puntos) se ha otorgado la misma puntuación a ANA NAYA, EULEN y ARASTI, cuando el personal de ésta última tiene una titulación y capacitación muy superior, por lo que debió obtener una mayor puntuación.

En cuanto a EULEN, alega que la notificación y la Resolución de adjudicación no están suficientemente motivadas pues se remiten a *“un acta y a unos informes técnicos que no han sido facilitados a los licitadores, por lo que continúan sin conocer los fundamentos reales de la adjudicación”*.

**Quinto.** Respecto a las alegaciones de ARASTI, el órgano de contratación considera que en la puntuación de la capacitación del personal auxiliar *“se ha antepuesto aquellas titulaciones relacionadas con funciones de auxiliar de escuela infantil, de aquellas otras titulaciones, que... tienen otras funciones encomendadas dentro de una escuela infantil.*

*No se ha tenido en cuenta el principio de a mayor titulación universitaria, mayor puntuación, pues para el puesto de auxiliar no es necesaria dicha titulación. Por contra del criterio de la titulación, se ha determinado que todas las personas propuestas para desarrollar la función de auxiliar, perteneciente al grupo de apoyo que nos interesaba, tienen la capacidad técnica suficiente para realizar las funciones. Por ese motivo se ha dado a todas las empresas licitadoras 8 puntos”.*

La adjudicataria ANA NAYA, en sus alegaciones al primero de los recursos considera también que no es congruente dar mayor puntuación, como pretende la recurrente, a titulaciones que no capacitan ni autorizan para desempeñar docencia en el primer ciclo de educación infantil. Además, entiende que para el personal auxiliar de apoyo no se puede considerar que capacite mejor la titulación superior o media *“cuando lo que debe ser objeto de baremación son, en puridad, la titulación y capacitación técnica como auxiliares”.* Concluye por ello que *“la oferta presentada por la recurrente no trasluce ningún dato relevante y justificado en el que pueda estimarse la experiencia para el dominio del puesto específico de Auxiliares de la Escuela Infantil de la Base de Gando. Sin embargo, nuestra empresa sí justifica en su oferta que todo el personal auxiliar ostenta una contrastada experiencia en dicho centro...”* con lo que su oferta se podría calificar incluso como superior a la de la recurrente.

En cuanto al recurso de EULEN, el órgano de contratación considera que *“el escrito de notificación y su anexo,... cumple con los requisitos contemplados en el art. 151.4. c) del TRLCSP... Los datos de los cálculos parciales y totales figuran detallados en el Anexo al escrito, del que no hace mención la parte recurrente.”.* Además, a EULEN, a petición propia, se le entregaron *“todos los cálculos de valores emitidos por los técnicos, miembros de la Mesa de Contratación. Los cálculos de valoración son los recogidos en la cláusula 7 de del Pliego de Cláusulas Administrativas, por lo que no cabe admitir la falta de información necesaria que permita a la empresa EULEN presentar las alegaciones necesarias en defensa de sus Derechos”.*

**Sexto.** A fin de enmarcar debidamente la cuestión, conviene analizar las disposiciones de los pliegos respecto a la presentación y valoración de las ofertas.

La cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) establece que la presentación de las proposiciones se hará en dos sobres, el sobre nº 1 con la

documentación general y el sobre nº 2 “*Proposición económica*”, con la “*Documentación acreditativa de las circunstancias a tener en cuenta en la valoración de los criterios expresados en el apartado «Adjudicación atendiendo a varios criterios» de la cláusula 7*”.

La indicada cláusula 7 del PCAP, relativa a los criterios de adjudicación, establece que “*Los criterios objetivos a tener en cuenta para la valoración de las ofertas por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, que servirán de base para la adjudicación del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 150 de la TRLCSP, serán los siguientes:*

<i>Proyecto educativo</i>	<i>30 puntos de puntuación máxima</i>
<i>Precio</i>	<i>25 puntos de puntuación máxima</i>
<i>Personal</i>	<i>20 puntos de puntuación máxima</i>
<i>Servicio de comedor</i>	<i>15 puntos de puntuación máxima.</i>
<i>Otros servicios</i>	<i>10 puntos de puntuación máxima”</i>

En la cláusula indicada se detallan a continuación las pautas a seguir en la valoración de cada criterio y, en ocasiones, de los subcriterios en que se desdoblan, pero sin distinguir los criterios evaluables de forma automática de aquellos donde se aplica un juicio de valor.

Las únicas fórmulas detalladas se refieren al precio (ponderado con 25 puntos), al número de auxiliares (con un máximo de 12 puntos, dentro del criterio de “*personal*”) y al servicio de comedor -precio, sistema de cobro y plazo de aviso para utilizarlo- (hasta 11 puntos, dentro del criterio de “*servicio de comedor*”). En total 48 puntos.

En los restantes criterios (52 puntos en total) se especifican unas pautas de valoración, en algún caso bastante detalladas, pero que no suponen una asignación automática de la puntuación. Son los correspondientes al *Proyecto educativo* (30 puntos); *capacitación del personal auxiliar* (8 puntos); *valoración de los menús presentados* (4 puntos) y *otros servicios* (10 puntos).

El artículo 150 del TRLCSP, relativo a los criterios de valoración de las ofertas, establece:

*“2.... Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de*

*un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.*

*La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.*

...

*4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos,... En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo...”*

Por su parte, el capítulo IV del Real Decreto 817/2009 concreta la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor y determina (artículo 27) que la apertura de los sobres con la documentación relativa a criterios de juicio de valor, se llevará a cabo en un acto de carácter público y, en ese acto, “sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado”.

En la licitación impugnada, la documentación relativa a todos los criterios a valorar, mediante fórmula o no, se presentó en el mismo sobre (sobre 2). Por tanto, en el PCAP y en el procedimiento de valoración de las ofertas, se han incumplido palmariamente las disposiciones legales transcritas: no se estableció la presentación en sobre diferenciado

de la oferta relativa a los criterios cuantificables mediante juicio de valor; tampoco la valoración de éstos se hizo por un comité de expertos o por un órgano técnico especializado, ni se indicó nada al respecto en el PCAP y, por último, la valoración de esos criterios se hizo después de abrir las ofertas económicas.

En conclusión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las cláusulas del PCAP relativas a la presentación de proposiciones y valoración de las ofertas deben considerarse nulas de pleno derecho por ser contrarias al ordenamiento jurídico y al principio de transparencia de los procedimientos al que debe sujetarse la contratación del sector público.

Declarada la nulidad de esas cláusulas, no es necesario pronunciarse sobre las cuestiones planteadas en los recursos. No obstante, y a los meros efectos dialécticos, se juzga conveniente entrar a conocer de sus alegatos.

**Séptimo.** En cuanto a la valoración de la *capacitación del personal auxiliar*, impugnada por ARASTI, el PCAP establece literalmente (cláusula 7.3):

***“Capacitación del personal auxiliar (entre 1 y 8 puntos)  
Titulación y capacitación técnica”.***

Se trata de un criterio cuantificable mediante juicio de valor donde, como se indica en el fundamento anterior, no se han aplicado los procedimientos establecidos en el TRLCSP.

En todo caso, la referencia del PCAP a la “titulación y capacitación técnica” requeriría que a la hora de puntuar, se tuvieran en cuenta ambos factores.

En el informe técnico solo consta que a todas las proposiciones admitidas se les otorga la máxima puntuación (8 puntos). En el informe del órgano de contratación, como recogimos en el fundamento quinto, se justifica porque: *“Por contra del criterio de la titulación, se ha determinado que todas las personas propuestas para desarrollar la función de auxiliar, perteneciente al grupo de apoyo que nos interesaba, tienen la capacidad técnica suficiente para realizar las funciones. Por ese motivo se ha dado a todas las empresas licitadoras 8 puntos”.*

El criterio aplicado sería adecuado si el PCAP asignara los 8 puntos por tener una titulación y capacitación técnica igual o superior a una determinada. Pero si, como establece la cláusula 7.3 transcrita, se debe valorar entre 1 y 8 puntos, no resulta congruente que, superado un mínimo de titulación o capacitación técnica, se puntúen igual todas las ofertas.

**Octavo.** La cuestión que se suscita en el recurso de EULEN es si la información facilitada a la recurrente por el órgano de contratación, es conforme con las normas que se establecen en el artículo 151.4 del TRLCSP, respecto a la notificación de la adjudicación:

*“4. La adjudicación deberá ser motivada,...*

*La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.*

*En particular expresará los siguientes extremos:...*

*c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.*

De acuerdo con ello y como ha manifestado este Tribunal en reiteradas ocasiones, (valga como referencia la Resolución 92/2012, de 18 de abril) para que las notificaciones puedan considerarse válidas *“no basta con reseñar indicaciones genéricas. De acuerdo con el artículo 151.4 el acto de información se entenderá motivado de forma adecuada, si al menos contiene los elementos que permitan al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundada. De lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, generándole indefensión y provocando recursos innecesarios”.*

En el caso que nos ocupa, la notificación del acuerdo de adjudicación se limita a señalar que la oferta de la recurrente no ha sido seleccionada por *“No ser la de mayor puntuación*



*conforme a los criterios reflejados en el PCAP, según se detalla en el Anexo*". En ese anexo, se detallan los puntos asignados a cada oferta en cada uno de los criterios de valoración y, en el caso del servicio de comedor, en cada subcriterio. Por su parte, la Resolución de adjudicación, se remite a la *"propuesta y motivación de la adjudicación formulada por la Mesa"*.

Por lo tanto, a EULEN se le facilitaron las puntuaciones obtenidas en cada criterio de valoración, algunas de las cuales -como ya referimos en el fundamento sexto- resultan de la aplicación automática de los criterios establecidos en el PCAP (precio; número de auxiliares; precio comedor;...) por lo que no requieren mayor información. Pero otros criterios (proyecto educativo, cualificación del personal auxiliar;...) precisan de alguna información adicional sobre la puntuación otorgada.

Es verdad que, como ha hecho la otra empresa recurrente, también EULEN pudo solicitar el acceso al informe técnico de valoración y a las ofertas de los restantes licitadores para evaluar si formulaba recurso fundado en esa valoración. Pero no es menos cierto que la notificación no contiene elementos suficientes para poder fundamentar mínimamente un recurso; como hemos manifestado en múltiples resoluciones, facilitar la puntuación de cada criterio de valoración no es información suficiente en el sentido requerido por el artículo 151.4 del TRLCSP transcrito. A la licitadora recurrente debería habersele facilitado al menos una referencia sucinta a las ofertas presentadas y las pautas seguidas en la puntuación de los criterios sujetos a juicio de valor.

Al no hacerlo así, se ha privado a EULEN de los elementos suficientes para evaluar la posibilidad de fundamentar un recurso contra la adjudicación y, por tanto, se ha infringido el mandato contenido en el artículo 151.4 del TRLCSP.

**Noveno.** Hay que hacer notar también que la disposición del PCAP relativa a las bajas desproporcionadas, aunque no ha sido objeto de recurso, es contraria a algunos de los principios que informan la contratación del sector público.

Como ya referimos en el antecedente tercero, en la cláusula 7.2 del PCAP, relativa a la fórmula de valoración del precio se dispone que: *"Se considerarán bajas temerarias las ofertas que sean inferiores al 10% del precio de licitación, las cuales serán rechazadas"*.

Por su parte, el artículo 152 del TRLCSP es bien preciso en sus apartados 2 a 4 cuando señala que:

*“2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.*

*3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato,....*

*En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...*

*4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior.*

El umbral para apreciar que una oferta puede ser desproporcionada o anormal se define en los pliegos cuando, como es el caso, hay más de un criterio de valoración. En caso de que se supere ese umbral, no se puede excluir de modo automático la proposición, sino que es preciso dar audiencia al licitador a fin de que éste pueda justificar la viabilidad de su oferta.

La disposición del PCAP que obliga a rechazar las ofertas incursas en presunción de temeridad, debe reputarse nula de pleno derecho por ser contraria a la salvaguarda de la

libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Máxime si se tiene en cuenta que, como hemos señalado en otras resoluciones (como referencia Resolución 42/2013, de 23 de enero), al definir el umbral para apreciar la posible baja temeraria con referencia al precio de licitación y no al conjunto de ofertas válidas se puede llegar a desnaturalizar la propia figura de la “*baja anormal o desproporcionada*”. Al referir la anormalidad al precio de licitación, se pueden considerar como temerarias ofertas que, de acuerdo con la situación del mercado y la práctica comercial del sector, no debieran ser contempladas como tales. Así lo ha señalado la Comisión Nacional de la Competencia en su *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, donde recomienda evitar la utilización de sistemas que establezcan el “*umbral de temeridad*” con carácter previo a la presentación de las proposiciones (recomendación transcrita también en la Resolución 42/2013 indicada).

Todo ello conlleva a la estimación de los recursos, con expresa declaración de nulidad de la adjudicación y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor y la plasmación en los pliegos de los criterios para una correcta apreciación de las ofertas que presenten las empresas licitadoras.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar los recursos interpuestos por D. M.A.A.B.(recurso 260/2013), en representación de ARASTI BARCA MARÍA DE LOS ÁNGELES Y MIGUEL ÁNTONIO SOCIEDAD CIVIL y por D. F.L.C.-D.(recurso 281/2013), en representación de EULEN, S.A., contra la Resolución de adjudicación del contrato de gestión del servicio de la escuela infantil de la Base Aérea de Gando y anular los pliegos y retrotraer las actuaciones al momento previo a su aprobación al objeto de que se modifiquen los mismos de acuerdo con los criterios expuestos en los fundamentos sexto y noveno de esta resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión del expediente de contratación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 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 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.