



Recurso nº 137/2015 C. Valenciana 27/2015

Resolución nº 253/2015

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

En Madrid, a 23 de marzo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.S.V. en nombre de PRODUCCIONES MIC, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación para la contratación del Servicio de redacción, impresión, edición, acabado, y reparto del BIM Berca (expediente nº PODCH 2/2014), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Pleno del Ayuntamiento de Algemesí aprobó en su sesión celebrada el 28 de noviembre de 2.014 el expediente de contratación PODCH 2/2.014. Tras suspenderse la tramitación del procedimiento el 18 de diciembre y modificar el contenido de la cláusula décima del Pliego de Cláusulas Administrativas, el 30 de enero se volvió a aprobar el expediente de contratación.

El 6 de febrero de 2.015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato antes mencionado, que incluía los Pliegos de Condiciones rectores del contrato ya modificados.

Segundo. El 11 de febrero de 2.015 la recurrente anunció el presente recurso especial ante el registro general del Ayuntamiento de Algemesí. El recurso se presentó ante este Tribunal el 16 de febrero de 2.015.

Tercero. El órgano de contratación ha presentado el preceptivo informe el día 18 de febrero de 2.015.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, calificado por la recurrente como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y del Convenio de Colaboración de 22 de marzo de 2013 suscrito entre la Comunidad Autónoma de Valencia y el Ministerio de Hacienda, delegando en este Tribunal las competencias de la Generalitat Valenciana para entender de este tipo de recursos contractuales.

Segundo. El acto señalado formalmente en su escrito por la recurrente, los pliegos rectores del contrato, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. En cuanto a los requisitos de forma y de tiempo, hay constancia de que los recurrentes presentaron su escrito de recurso dentro del plazo legalmente establecido para ello.

Cuarto. Respecto de la legitimación activa para interponer el recurso especial consta en el expediente que la empresa que ha recurrido los pliegos tiene intención de presentar su oferta a la licitación. Por lo tanto, entendemos que concurre el requisito de legitimación para recurrir.

Quinto. En el recurso se plantean varias alegaciones de fondo. La primera de ellas se refiere a la incorrecta definición de los criterios cuantificables automáticamente, y concretamente de las mejoras. Entiende la recurrente que el criterio contenido en el punto A de la cláusula décima del pliego de cláusulas administrativas limita innecesariamente el importe de las mejoras que se pueden ofrecer al Ayuntamiento de Algemesí para la realización del servicio y ello supone que no existen incentivos para que las empresas presenten mejoras cuya valoración económica global supere los 8.000 euros.

Por otro lado, en opinión de la recurrente este es en realidad un criterio de valoración que depende de un juicio de valor y no un criterio automático ya que la mesa de contratación deberá evaluar la acreditación documental de las mejoras propuestas, por lo que puede estimar discrecionalmente que dichas mejoras no son aceptables o valorables. En esta licitación, según expone, las mejoras son totalmente difusas puesto que no se especifica concretamente qué se va a valorar, sino de manera genérica o a modo de ejemplo, por lo que queda enteramente a juicio de los evaluadores considerar o no como mejoras lo presentado en las ofertas.

En segundo lugar, en el recurso la parte recurrente manifiesta su disconformidad con los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor contenido en el punto B de la cláusula décima del Pliego de Cláusulas Administrativas. Critica el excesivo peso que este criterio tiene dentro de la licitación, puesto que se le asigna un total de 50 puntos, la mitad de los puntos totales. Afirma igualmente el recurrente que este criterio de adjudicación parece encaminado a valorar con mejores puntuaciones a las empresas que ya realizan o han realizado el servicio y que conocen mejor la realidad sociocultural de la localidad.

En tercer lugar, expone el recurso que se ha producido la vulneración de lo dispuesto en el artículo 150 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público pues no se designa ni identifica al comité encargado de la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, a pesar de que tales criterios, incluidas las mejoras, superan en peso al único criterio cuantificable automáticamente, que es el precio.

Finalmente, entiende la recurrente que los criterios de adjudicación en general no son correctos, ya que no se encaminan a escoger la oferta económicamente más ventajosa, pues, además de lo ya expuesto, la fórmula que se aplicará a la valoración económica no permite que la diferencia de puntuación entre las licitadoras en el apartado del precio vaya a ser sustancial.

Sexto. En el informe del órgano de contratación se señala, respecto del primer argumento del recurso que tanto los criterios de adjudicación del presente pliego como las mejoras en el previstas cumplen los requisitos establecidos en los artículos 150 y 147 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como en la

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y de este Tribunal. Expone a este respecto que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato los debe determinar el órgano de contratación y que las mejoras que van a ser objeto de valoración pueden ponderarse de forma matemática y de acuerdo con su importe, con la finalidad de incrementar la precisión en dicha valoración, no suponiendo estas mejoras margen de discrecionalidad alguno para la Administración y no constituyendo un criterio sujeto a juicio de valor.

Por esta razón la valoración del único criterio dependiente de un juicio de valor no tiene más peso que el conjunto de los criterios cuantificables automáticamente, no siendo necesaria la presencia del Comité de expertos y no infringiéndose la normativa vigente en este punto.

Por otro lado, el conocimiento de la realidad sociocultural del municipio es un aspecto importante pero no único del contrato teniendo en cuenta su objeto y se puede adquirir con facilidad, no siendo exclusivo de empresas anteriores adjudicatarias del contrato.

Séptimo. Comenzando con la primera de las cuestiones planteadas en el recurso, referente a las mejoras y a su posible valoración, podemos comenzar transcribiendo lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas acerca de esta cuestión. Dice el apartado A de la cláusula décima del pliego:

“2. Mejoras: 10 puntos

Se valorarán las mejoras que las empresas se comprometan a ofrecer referidas a los aspectos técnicos materiales, capacidad organizativa, medioambientales y cualquiera otro que se considere conveniente por la correcta realización de las tareas exigidas y que no suponen incremento de los costes del servicio. Las mejoras deberán presentarse con valoración económica que se acreditará documentalmente. Se valorará, por ejemplo, el aumento de la tirada de ejemplares o aumento de los números editados anualmente.

Se valorará 1 punto por cada 800 euros de mejora.”

El recurrente critica la imposibilidad de que las mejoras pueden exceder de un coste de 8.000. También expone que se trata de mejoras no concretadas y que ello determina que no estemos en presencia de un criterio automático de valoración.

El artículo 147 del TRLCSP, sobre la admisibilidad de variantes o mejoras establece que *“cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente esa posibilidad”*. El apartado 2 de este precepto exige imperativamente la precisión en el anuncio de licitación de los elementos y las condiciones en que queda autorizada la presentación de mejoras: *“La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación”*.

Esta no es una cuestión novedosa para este Tribunal, quien ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del efecto de una posible falta de concreción de las mejoras en diversas resoluciones. En la Resolución nº 177/2015 manifestamos al respecto que la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige, por imperativo legal, su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o en su caso en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas.

Por su parte, en nuestra Resolución nº 130/2015 indicamos que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público proscribía las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación, criterio este consolidado a lo largo de sus múltiples resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan -Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012)- el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea

(TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH).

En el presente caso resulta del contenido del Pliego la inclusión de algunas mejoras indeterminadas. Así se observa respecto de *“cualquiera otro que se considere conveniente por la correcta realización de las tareas exigidas y que no suponen incremento de los costes del servicio.”* No se explicita en el Pliego sobre qué elementos concretos pueden presentarse estas mejoras, por lo que los licitadores, al presentar sus ofertas, no saben qué contenidos van a poder ser valorados como mejora.

Ello conculca claramente el art. 147 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y la doctrina constante de este Tribunal. En efecto, como dijimos, por ejemplo, en nuestra resolución 5/2012, de 5 de enero, por la que resolvimos el recurso nº 317/2011, esta fórmula supone necesariamente una infracción del principio de igualdad, principio esencial en la contratación del sector público y cuya infracción ha de determinar la declaración de nulidad de pleno derecho de esta cláusula del pliego.

Pero esta declaración de nulidad, que debe llevar a la estimación del presente recurso, no supone que pueda admitirse el argumento referente a que las mejoras constituirán un criterio sujeto a juicio de valor. Es evidente que el órgano de contratación debe corregir la indefinición padecida en la determinación de las mejoras valorables, pero una vez que se produzca esta circunstancia existe en el pliego una fórmula adecuada, precisa y automática que permite valorar dichas mejoras cuando se ofrezcan.

La misma conclusión podemos alcanzar respecto al establecimiento de un límite superior al establecimiento de las mejoras, límite que puede ser fijado discrecionalmente por la Administración sin que ello genera ninguna merma del principio de igualdad de los licitadores.

Octavo. Aunque la conclusión anterior ya implica la estimación del presente recurso, con el fin de agotar el debate y evitar nuevos recursos posteriores sobre las mismas cuestiones ya suscitadas, hemos de resolver las demás cuestiones planteadas en este recurso. Ahora bien, la resolución de estas cuestiones habrá de hacerse exclusivamente

atendiendo a la redacción actual del pliego, con la advertencia de que la misma podría no mantenerse en futuras redacciones y a los exclusivos efectos de determinar si la estimación de este recurso es total o parcial.

Expone el recurrente que se ha otorgado un excesivo peso a los criterios dependientes de un juicio de valor. Teniendo en cuenta la redacción actual Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, hay que partir de la normativa legal en vigor para poder saber si es posible que el órgano de contratación escoja el peso de los diferentes criterios de adjudicación del contrato.

Pues bien, a la vista de la normativa vigente, esta es una posibilidad no proscrita por el Artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que prevé que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, indudablemente ligada a la ponderación de criterios no automáticos, o el precio. Del mismo modo, la norma prevé un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato, respecto de los cuales se limita a decir que se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Es cierto que en la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, pero también lo es que la propia ley permite la posibilidad de atribuir a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Evidentemente el legislador busca la mayor objetividad posible en la valoración de la ofertas y ese plus de objetividad se logra mediante la aplicación de criterios automáticos, pero esto no quiere decir que si los criterios subjetivos definidos guardan una correcta relación con el objeto del contrato y con la actividad a realizar no pueda darse un peso importante al aspecto técnico subjetivo.

Siempre partiendo del hecho de que las mejoras no han sido correctamente definidas, cuando lo sean conforme a lo que hemos expuesto en el apartado anterior, el otorgamiento de un peso del 50% a la valoración subjetiva del conjunto de las actividades a desarrollar en la ejecución del contrato, teniendo en cuenta las características de innovación, viabilidad, calidad técnica del Proyecto de actuación presentado, y que tenga en cuenta la realidad sociocultural de la localidad así como la coordinación, puesta en valor y optimización de los recursos materiales y humanos empleados, no parece erróneo, excesivo ni infundado, guarda una clara relación con el objeto contractual y atiende de modo preciso a la actividad que se va a desarrollar. Por todo ello este argumento del recurso debe ser desestimado.

Noveno. Por lo que se refiere a la ventaja que el recurrente afirma que los pliegos otorgan a las empresas que ya han ejecutado o están ejecutando el presente contrato, ventaja derivada de la exigencia de un conocimiento de la realidad sociocultural de la localidad en cuestión, este Tribunal coincide con el criterio expuesto en el informe del órgano de contratación en el sentido de que es perfectamente posible para cualquier licitador tener un conocimiento genérico de esa realidad. Es claro que la finalidad del pliego es que se realice una oferta adaptada a las circunstancias del contrato, no ofertas genéricamente estructuradas sin relación alguna con el contenido de la publicación del Ayuntamiento de Algemesí, pero este conocimiento en modo alguno puede ser exclusivo de quienes han ejecutado el contrato con anterioridad, pues bastaría a cualquier licitador tener acceso a los ejemplares anteriores del Boletín para conocer los precedentes de las publicaciones del Ayuntamiento. Otra cosa es que en el momento de la valoración no se atiende a las condiciones genéricamente descritas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pero esta es una cuestión que todavía no se ha producido y que en modo alguno se puede prejuzgar.

Décimo. Afirma el recurrente que es necesario el establecimiento de un comité encargado de la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor, en la medida en que el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público afirma que cuando los criterios dependientes de un juicio de valor excedan en peso relativo a los automáticos, 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.

Pero teniendo en cuenta que la definición exacta y precisa de las mejoras en el pliego es necesaria para que el mismo pueda tener validez en los términos del fundamento de derecho séptimo de esta resolución, habrá que esperar a que sean definidas de nuevo las mejoras para poder saber si alguna de ellas está sujeta a un juicio de valor, no pudiendo anticiparse cuál va a ser la decisión que a este respecto adopte el órgano de contratación. Obviamente, de mantenerse un peso igual o inferior al 50%, tal Comité no sería necesario.

Undécimo. Finalmente el recurrente concluye que, como consecuencia de todos los defectos que denuncia en su escrito, el pliego de cláusulas administrativas particulares no favorece la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Sin embargo, en la medida en que no compartimos tales argumentos, más que en lo mencionado en el apartado séptimo de esta resolución referente a las mejoras, este motivo, formulado en términos muy genéricos y carente de la mínima argumentación que sería exigible, sirva como ejemplo la crítica a la fórmula para ponderar el precio que es una fórmula bien sencilla y puramente proporcional, tampoco puede ser estimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F.S.V. en nombre de PRODUCCIONES MIC, S.L. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación para la contratación del Servicio de redacción, impresión, edición, acabado, y reparto del BIM Berca (expediente nº PODCH 2/2014) y en su consecuencia, anular el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares citado.

Segundo. 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 Comunidad Valenciana, en el plazo de 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.