



Recurso nº 044/2012

Resolución nº 069/2012

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

En Madrid, a 21 de marzo de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.A.V y D. D.G.A.P en nombre y representación de la mercantil VAUGHAN SYSTEMS S.L.U. contra la resolución de 17 de febrero de 2012, del Rector de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo por la que se adjudicaba el contrato de servicio educativo a prestar a los alumnos participantes en los cursos de inmersión lingüística en la lengua inglesa en sus sedes, mediante procedimiento abierto, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 12 de enero de 2012, el Rectorado de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo convocó licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación del Servicio educativo a prestar a los alumnos de los cursos de inmersión lingüística en sus sedes, por un valor estimado de 5.320.000,- euros, en la que presentaron oferta la recurrente y la Unión Temporal de Empresas integrada por BERLITZ DE ESPAÑA S.A., OPENED S.L., OPENCASTEL S.L. y OPENFIVE S.L.

Segundo. La licitación se llevó a cabo 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 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 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El 17 de febrero de 2012 el órgano de contratación adoptó el acuerdo de adjudicación del contrato mencionado a favor de la Unión temporal de empresas integrada por BERLITZ

DE ESPAÑA S.A., OPENED S.L., OPENCASTEL S.L. y OPENFIVE S.L., por un importe de 3.920.000 € (IVA exento).

Tercero. Contra dicha resolución la representación de VAUGHAN SYSTEMS, S.L.U. ha interpuesto recurso ante este Tribunal, con fecha de entrada en su registro de 2 de marzo de 2012, por el que solicita la anulación de la resolución de 17 de Febrero y que por el Tribunal se ordene la revisión de las valoraciones del otro licitador y se efectúe una nueva adjudicación por el Rectorado de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

Con fecha 7 de marzo de 2012 se remite a este Tribunal el correspondiente expediente acompañado del informe del órgano de contratación.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la empresa adjudicataria el 8 de marzo de 2012 otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, de estimarlo oportuno, formulara las alegaciones que a su derecho convinieran sin que conste la presentación de las mismas dentro del plazo establecido.

Quinto. El Tribunal, en sesión del día 14 de marzo de 2012 acordó conforme a lo establecido en el artículo 45 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el mantenimiento de la suspensión automática del expediente de contratación.

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.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, contra acto recurrible de conformidad con el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en tiempo y forma adecuados.

Tercero. La cuestión de fondo planteada por la recurrente se reduce a su discrepancia con la valoración efectuada por el órgano de contratación de las mejoras que oferta la adjudicataria. En particular, considera que debe rebajarse la puntuación atribuida a las

ofertadas por ésta de 11 a 7,5 puntos. Ello implicaría que el total de puntos obtenidos por la UTE pasaría de 137 a 133,5, por lo que sería superada por la puntuación atribuida a la recurrente que ha sido de 135,4. En apoyo de ello indica con referencia a las mejoras ofertadas que benefician directamente a los alumnos lo siguiente:

a) 0,5 puntos por la aportación de 140 becas: a su juicio no puede calificarse ni siquiera de poco significativa, sino de nula trascendencia, habida cuenta de que el curso se dirige a 14.000 estudiantes becarios y que dicha mejora sólo beneficiará al 1% del total de estudiantes, por lo que su valoración contradice el criterio de que deba beneficiar a la totalidad de los alumnos que la propia comisión valoradora fijó como base de su actuación.

b) 0,5 puntos por la aportación de 200 cursos online: mejora que igualmente carece de entidad, por afectar a un 1,43% de los estudiantes becarios, por lo que su toma en consideración es incompatible con el criterio de que debe beneficiar a la totalidad de los alumnos.

c) 0,5 puntos por la aportación de 800 Job Interviews: mejora que a su juicio tiene nula entidad por no beneficiar más que a un 5,71% de los estudiantes becarios, por lo que su atribución de valor contradice el criterio de que debe beneficiar a la totalidad de los alumnos.

d) 0,5 puntos por la aportación de 200 inscripciones TOEIC: asimismo de nula entidad, pues no beneficia sino a un 1,43% de los estudiantes becarios, siendo pues su toma en consideración incongruente con el criterio de que las mejoras beneficien a la totalidad de los alumnos.

A su juicio ninguna de estas mejoras es significativa de conformidad con el criterio de valoración establecido por la comisión valoradora (beneficio a los alumnos), por lo que deben valorarse todas ellas con cero puntos.

Asimismo entiende que deben reducirse a cero puntos los dos atribuidos por la mejora consistente en Apoyos al Director Nacional, Director de Estudios y supervisores en algunas sedes, que la propia Comisión Evaluadora califica como poco significativa en el proceso organizativo, careciendo de sentido que por una mejora de contenido similar y de mayor alcance aportada por VAUGHAN SYSTEMS S.L.U., hasta el punto de haber sido

considerada como mejora significativa, se conceda a la recurrente únicamente un punto. Consecuente con ello entiende que deben asignársele sólo 0,5 puntos.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe argumenta de contrario los anteriores razonamientos indicando que la recurrente hace una interpretación excluyente de los criterios de valoración de las mejoras utilizados por la comisión creada ad hoc proponiendo no valorar en absoluto cualquier mejora que no se refiera a la totalidad de los alumnos; frente a ello, la mesa, siguiendo el criterio de la comisión de valoración, entiende que se le puede otorgar valor a aquellas mejoras que supongan una ventaja económica o de otro tipo aunque sólo afecten a parte del alumnado, sin perjuicio de valorar especialmente las que incidan en la totalidad de los alumnos. Asimismo entiende el órgano de contratación que la valoración otorgada a las mejoras de la adjudicataria referidas a la asistencia a la Dirección Técnica y Académica de la Universidad contratante en relación con la fase de ejecución del objeto del contrato, es adecuada pues no se trata de una sola mejora, sino de varias que, aunque poco significativas considerada una a una, valoradas en su conjunto deben alcanzar la puntuación otorgada.

Cuarto. El pliego de cláusulas administrativas particulares correspondiente a la licitación del contrato a que se refiere el presente recurso se limita a indicar en relación con las mejoras que deberá incluirse en el Sobre nº 3 la documentación relativa a las *“mejoras que, respetando las especificaciones generales contenidas en los pliegos, se puedan aportar a la realización del contrato, sin coste alguno para la administración. Dichas mejoras tendrán que ser valoradas económicamente por las empresas licitadoras y explicadas de una forma clara y concisa. Esta valoración y estas aclaraciones podrán servir para una más adecuada ponderación por el órgano de contratación, el cual podrá separarse de la valoración ofrecida por la empresa en función de sus propias consideraciones hacia el valor de las mejoras”* y en cuanto a su valoración que las *“mejoras en la prestación de los servicios que no incrementen el precio”* se evaluarán con un máximo de 15 puntos, sin determinar nada más en relación con los requisitos que deben reunir para ser admisibles ni la valoración que debe atribuirse individualizadamente a cada una de ellas y en función de qué cualidades de las mismas debe atribuirse en mayor o menor cuantía.

Resulta así que la admisión como mejoras de las ofertadas por los licitadores y la determinación del valor atribuible a cada una de ellas queda al arbitrio del órgano de contratación sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las mejoras ofertadas no impliquen incremento del precio.

En tales términos es evidente que en la aplicación de las cláusulas del pliego no queda garantizada la necesaria igualdad ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas presentadas. En consecuencia, debemos plantearnos la cuestión de si tal cláusula es, de aplicación obligatoria a pesar de todo o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta.

A este respecto es preciso recordar que, como ya hemos reconocido en multitud de nuestras resoluciones siguiendo una insistente doctrina del Tribunal Supremo, los pliegos que rigen la licitación y ejecución de los contratos constituyen la ley de los mismos. Ello significa, en principio, que de no haber sido impugnados en tiempo y forma y declaradas nulas algunas de sus cláusulas deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto en todo momento las que sean nulas de pleno derecho.

Como consecuencia de ello, y puesto que el pliego de cláusulas administrativas particulares que analizamos no ha sido impugnado ni se ha declarado, por tanto, la nulidad de ninguna de sus cláusulas deberíamos entender que, en principio, es de plena aplicación lo que supondría tomar en consideración también las cláusulas referentes a las mejoras y a su valoración.

Frente a este criterio, nuestra resolución de 20 de julio de 2011, por la que resolvimos el recurso 155/2011 ya dispuso que *“la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial pues como ha recordado 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”*. Lo que nos lleva ya a considerar que si no se han establecido previamente los criterios a aplicar para la valoración de las mejoras, el pliego adolece de evidentes vicios en cuanto a su validez.

También en dicha resolución citábamos el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 59/2009, de 26 de febrero que se pronunciaba favorablemente *“a la posibilidad de admitir mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”*. Es decir que, en todo caso, la admisión de estas mejoras comporta la necesidad de identificarlas suficientemente así como el establecimiento de los criterios claros y precios para valorarlas.

Aplicando esta doctrina al caso presente debemos destacar que en las cláusulas cuyo contenido se ha transcrito previamente queda manifiesta la insuficiente regulación de las mejoras habida cuenta de que ni figuran detalladas, ni se expresan sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente quedando claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración, lo que ha obligado a fijar a posteriori reglas y subcriterios de valoración a la comisión designada para llevarla a cabo en franca contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia mencionada anteriormente.

Así las cosas, es indudable que, como dijimos en nuestra resolución 5/2012, de 5 de enero, por la que resolvimos el recurso nº 317/2011, *“la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de igualdad que debe ser conocida por este Tribunal sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras”*. Afirmación esta última que no puede entenderse como una contradicción de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con la impugnación de los pliegos pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho. Y no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio. En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos *“que lesionen los derechos y*

libertades susceptibles de amparo constitucional”, entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley.

Frente a este argumento no cabe aducir que las cláusulas en cuestión no comportan por sí mismas una infracción del principio de igualdad porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta.

Asimismo, el Tribunal, al apreciarla, no debe hacerla extensiva al resto de las cláusulas que integran el pliego afectado, puesto que, dada la plena independencia de unas respecto de las otras pueden, permanecer invariables a pesar de la anulación que acordamos. En consecuencia, procede la aplicación del artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a cuyo tenor: *“El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”* y en base de lo en él dispuesto declarar la conservación de todos los restantes actos y trámites del procedimiento, en los términos que en el próximo fundamento expondremos.

Quinto. Atendidos los razonamientos que preceden resulta claro que sólo debe declararse la nulidad de pleno derecho de las cláusulas del pliego correspondiente que se refieren a las mejoras y a su valoración debiendo acordar la improcedencia de su aplicación. Por todo ello, en principio pudiera parecer que procede estimar parcialmente el recurso declarando la nulidad de la adjudicación así como la retroacción del procedimiento hasta la fase de valoración para efectuar una nueva sin tener en cuenta las mejoras ofertadas por ambos licitadores. Sin embargo, puesto que de ello no derivaría ningún efecto sobre la adjudicación del contrato pues la valoración de la adjudicataria seguiría siendo superior a la de la recurrente, procede en aras de la economía procesal, confirmar la resolución impugnada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar, por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. R.A.V y D. D.G.A.P en nombre y representación de la mercantil VAUGHAN SYSTEMS S.L.U. contra la resolución del Rector de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo dictada el 17 de febrero de 2012, por la que se adjudicaba el contrato de servicio educativo a prestar a los alumnos participantes en los cursos de inmersión lingüística en la lengua inglesa en sus sedes, confirmando la resolución impugnada en relación con la adjudicación del contrato que en ella se efectúa.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación.

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 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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.