

Recurso 123/2016

Resolución 184/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 4 de agosto de 2016.

Visto el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN CÍRCULO DE EMPRESAS ANDALUZAS DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSULTORÍA Y OBRA PÚBLICA (CEACOP)** contra el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el procedimiento de contratación denominado “Ejecución de edificio para la Facultad de Psicología de la Universidad de Málaga” (Expte. OB. 04/2016 SARA) promovido por la Universidad de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El procedimiento de licitación se convocó mediante anuncios publicados, en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 11 de mayo de 2016, y en el Boletín Oficial del Estado número 129, de fecha 28 de mayo de 2016.



Asimismo, el anuncio fue objeto de publicación el 11 de mayo de 2016 en el perfil de contratante de la Universidad de Málaga, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 29 de junio de 2016, según consta en las citadas publicaciones.

El valor estimado del contrato asciende a 28.381.389,68 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

TERCERO. El 15 de junio de 2016, fue presentado en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN CÍRCULO DE EMPRESAS ANDALUZAS DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSULTORÍA Y OBRA PÚBLICA (CEACOP) contra el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato citado en el encabezamiento.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 16 de junio de 2016, se solicita a CEACOP que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada asociación recurrente teniendo entrada en este Tribunal el 17 de junio de 2016.



QUINTO. Con fecha 16 de junio de 2016, mediante oficio la Secretaría de este Tribunal le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso, solicitándole el informe sobre el mismo, el expediente de contratación completo, listado de licitadores participantes en el procedimiento y las alegaciones a la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente. El 23 de junio de 2016 tiene entrada en el Registro de este Tribunal la documentación mencionada, salvo el listado de licitadores participantes en el procedimiento. Posteriormente, con fecha 4 de julio de 2016, se recibe en este Tribunal listado de licitadores remitido por el órgano de contratación.

SEXTO. Mediante Resolución de 29 de junio de 2016, este Tribunal adoptó la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. Por la Secretaría del Tribunal con fecha 5 de julio de 2016, se concedió un plazo de 5 días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.



En el supuesto analizado, la competencia de este Tribunal para la resolución del presente recurso deriva del convenio formalizado, el 21 de diciembre de 2012, entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Málaga.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

A este respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente 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.”*

Por su parte, el artículo 31, apartados 1 y 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.”

Sobre la legitimación activa de las asociaciones existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender,



igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo. Asimismo este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la legitimación activa de las asociaciones, entre las más recientes, en la Resolución 254/2015, de 15 de julio, en la 41/2016, de 18 de febrero y en la 151/2016, 1 de julio.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, en el artículo 2 de los estatutos de CEACOP se establecen como fines de la asociación, entre otros: *“a) La representación, gestión, defensa, desarrollo y fomento de los intereses económico-sociales, empresariales y asociativos comunes a sus miembros; y e) Representar, gestionar, y defender los intereses empresariales, profesionales y asociativos de su miembros frente a la Administración, Organismos Autónomos, Tribunales, Asociaciones, Colegios, Cámaras, Federaciones, Sindicatos de Trabajadores y Técnicos, Personas Físicas y jurídicas o cualesquiera otras entidades, pudiendo intervenir en negociaciones y adoptar las decisiones procedentes en la formalización de convenios, patos y acuerdos administrativos, fiscales, laborales y de cualquier otro tipo. Asimismo, y previa solicitud expresa por escrito podrá realizar actuaciones en representación y defensa de los solicitantes, siempre que no lesionen los intereses de otros miembros”*.

En este sentido, CEACOP impugna determinados extremos de los pliegos al considerar que los mismos perjudican los intereses generales de sus asociados,



por lo que es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la asociación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma en la impugnación de la licitación objeto del presente recurso al amparo de lo previsto en el citado artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El contrato objeto de licitación es un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, siendo su valor estimado de 28.381.389,68 euros y el objeto del recurso es el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la licitación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. Antes de entrar en la cuestión de fondo planteada, procede analizar si el recurso ha sido interpuesto en plazo.

Al respecto, el artículo 44.2 a) y c) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:



a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.

b) (...)

c) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.”

Respecto al cómputo del plazo de impugnación del pliego de cláusulas administrativas particulares, hemos de indicar que la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 28 de mayo de 2016, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido antes en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Universidad de Málaga. En consecuencia, el recurso presentado el 15 de junio de 2016 en el Registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del citado plazo legal.

En cuanto al cómputo del plazo para recurrir el anuncio de licitación, ha de tenerse en cuenta, además del citado artículo 44.2 c) del TRLCSP, lo dispuesto en el artículo 19.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, cuyo tenor es *“Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que ésta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha*



de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, según proceda.»

En el supuesto examinado, la licitación ha sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea por lo que ha de estarse a la fecha de esta publicación para computar el plazo de interposición del recurso frente al anuncio. La publicidad de la convocatoria en aquel diario oficial tuvo lugar el 11 de mayo de 2016, por lo que el recurso presentado el 15 de junio de 2016 se ha interpuesto fuera del plazo establecido, debiendo éste inadmitirse respecto del anuncio impugnado.

Sin embargo, esta inadmisión del recurso respecto de la impugnación del anuncio de licitación lo es desde el punto de vista formal que no material, toda vez que del contenido del recurso no se aprecia que dicho anuncio haya sido objeto de impugnación, habiéndolo sido solo el pliego de cláusulas administrativas particulares.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente centra su recurso en dos alegatos, por un lado, cuestiona la fórmula utilizada para la valoración de la oferta económica solicitando su anulación, y por otro lado, cuestiona la cláusula 27.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares relativa al abono de la obra solicitando, asimismo, su anulación.

En cuanto al alegato relativo a la fórmula para la valoración económica y con objeto de centrar los términos de la controversia y solventar la cuestión planteada por la recurrente, procede traer a colación el contenido de la misma,



recogido en el Anexo VIII.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en el que se señala lo siguiente:

“1.- Oferta económica: Hasta 40 puntos

El criterio objetivo del precio debe tener en la puntuación total un peso equivalente al 40%.

Se valorará con la máxima puntuación a la proposición que ofrezca un mayor porcentaje de baja siempre que no se considere temeraria. Se aplicará con carácter previo a la determinación de la puntuación económica, un umbral por debajo del cual se considera que las proposiciones no puedan ser cumplidas como consecuencia de ser desproporcionadas o temerarias, de acuerdo con los criterios establecidos en el Anexo XVI.

Las ofertas se valorarán aplicando la siguiente fórmula:

Si $(Licit-Oferta)/Licit$ está entre 0 y 0.05, entonces:

$$Puntos = 400 \times ((Licit-Oferta)/Licit) + 10$$

Si $(Licit-Oferta)/Licit$ está entre 0.05 y 0.10, entonces

$$Puntos = 180 \times (((Licit-Oferta)/Licit)-0.05) + 30$$

Si $(Licit-Oferta)/Licit$ es mayor que 0.10, entonces:

$$Puntos = (((Licit-Oferta)/Licit)-0.10)/(((Licit-Min)/Licit)-0.10)+39$$

Licit = Presupuesto de licitación; Oferta = Oferta que se está puntuando; Min = Oferta mínima presentada.

Todas sin IVA. Toda oferta que supere el presupuesto de licitación será excluida”

Alega la recurrente que del contenido del criterio parece desprenderse que el reparto de puntos es aparentemente lineal y proporcional pero ello solo se produce cuando el valor de la oferta más económica es decir, la de baja máxima,



está en el primer tramo entre 0 y 0,05. Pero si seguimos con el desarrollo de la cláusula, se constata que cuando la baja máxima es mayor que 0,05, hipótesis que se cumple siempre, el reparto será según el documento que adjuntamos como número 4. En dicho documento la recurrente hace una simulación para un determinado número de empresas y, a su juicio, para bajas sobre el precio de licitación de entre el 10,20 y el 20,08 % la puntuación que les correspondería sería de 39,06 a 39,71 puntos.

Denuncia la recurrente que existe una desproporción en el reparto de los puntos, pues a las ofertas económicas que tienen alguna posibilidad de resultar adjudicatarias, las más próximas a la baja máxima el valor de un punto porcentual de baja se valora con muy pocos puntos, existiendo un gran diferencial de puntos para el supuesto que fuese absolutamente proporcional.

En otros términos, a su juicio, se utiliza una fórmula progresiva que determina que los puntos de la valoración económica se diluyan y tengan una mayor preponderancia los puntos de la valoración técnica subjetiva, no valorables mediante fórmulas objetivas, en contra de lo expresado en el TRLCSP, es decir, sea cual sea la valoración económica, que se debe ubicar en una horquilla concreta para obtener la mayor puntuación, con una diferencia de escasos 5 puntos en la valoración técnica se es adjudicatario con toda seguridad.

Concluye la recurrente que en la práctica ello implica que se deja al arbitrio del órgano de contratación la adjudicación de la licitación. O lo que es lo mismo, pasa a primar el criterio subjetivo sobre el objetivo, y ello a pesar de que en apariencia, pesan lo mismo los criterios objetivos y subjetivos -50 puntos cada uno-. La consecuencia de todo ello es que el criterio objetivo del precio infringe lo dispuesto en el artículo 150.2 TRLCSP.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la fórmula establecida es proporcional y supone valorar con el máximo de puntos la mejor oferta económica, es decir la que presente mayor baja respecto al importe de licitación pero estableciendo tres rangos para el reparto del resto de puntos en función de la baja ofertada.

Afirma el órgano de contratación que para determinar los valores que limitan cada uno de los rangos se ha considerado el Proyecto de Ejecución -documento director para la ejecución de la obra-, tanto a nivel de memoria, planos, pliegos, presupuestos y mediciones.

- El primer rango se establece desde una baja del 0 % hasta una baja del 5 %. Es una reparto lineal de puntos que tiene como partida 10 puntos, para quien iguale el precio de licitación y 30 puntos para una baja del 5 %. Cuanto mayor es la baja mayor puntuación se obtiene.

- El segundo rango se establece desde una baja del 5 % hasta el 10 %. También es un reparto proporcional de puntos entre 30 y 39 puntos. Cuanto mayor es la baja, mayor puntuación se obtiene.

- El tercer rango se establece desde una baja del 10 % hasta la baja máxima ofertada. Como las anteriores, se trata de un reparto proporcional de puntos, en este caso entre 39 y 40 puntos.

A juicio del órgano de contratación, la progresividad de la fórmula establecida en ningún caso deja al arbitrio de esta Administración la adjudicación del contrato, puesto que a mayor baja ofertada mayor puntuación obtendría el licitador, no incumpléndose los preceptos establecidos en el artículo 150.2 del TRLCSP, como alega la recurrente, en cuanto que trata de adjudicar el contrato



a la oferta que sea, en conjunto, la económicamente más ventajosa para la Administración, que no es, en todas las ocasiones, la oferta de precio más bajo. Tampoco es contraria al principio de economía en la gestión de los fondos públicos, aunque la diferencia de puntos no sea significativa a partir del último rango. Igualmente las ofertas más económicas no lograrán una puntuación inferior a la otorgada a ofertas menos económicas, lo que no se contradice con el establecimiento de técnicas de valoración basadas, en tramos, en índices correctores o cualesquiera otros que sean considerados convenientes por el órgano de contratación, siempre y cuando den como resultado la condición primera.

Concluye el órgano de contratación que no resulta contrario a derecho pretender que el sistema de medición utilizado, que no desvirtúa el resultado de la aplicación de los criterios automáticos, evite que los licitadores adopten comportamientos de riesgo, realizando mayores bajas ya que la oferta económica (criterio objetivo principal) junto al resto de criterios objetivos aportará cualitativamente puntuaciones más altas que el resto de los criterios de valoración. La finalidad que se persigue con la aplicación de esta fórmula es evitar una inadecuada ponderación del criterio precio que pueda contaminar los criterios técnicos, y alterar de hecho que la oferta adjudicataria sea la económicamente más ventajosa. Dicha fórmula, a juicio del órgano de contratación resulta acertada en el sector de la construcción donde una incorrecta ponderación puede alterar los aspectos técnicos, generalmente los más determinantes de cara a una correcta ejecución del proyecto y romper la necesaria relación calidad/precio.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto de este primer alegato del recurso.



De las alegaciones de las partes y del análisis realizado por este Tribunal se infiere que no existe controversia en el hecho cierto de que la fórmula establecida en el PCAP para la valoración de la oferta económica es proporcional a tramos, con una peculiaridad y es que cualquier licitador, aunque no oferte baja alguna, esto es que iguale el presupuesto de licitación, parte de inicio con una puntuación de 10 sobre 40 puntos.

En efecto, los que oferten una baja del 0 al 5 % obtendrán de forma lineal entre 10 y 30 puntos, recordemos que quien oferte una baja del 0 % -que iguale el presupuesto de licitación- obtiene 10 puntos; los que oferten una baja del 5 al 10 % obtendrán de forma lineal entre 30 y 39 puntos y los que oferten entre una baja del 10 % hasta la baja máxima (en teoría podría ser del 100 %) obtendrán de forma lineal entre 39 y 40 puntos.

La controversia está en que, a juicio de la recurrente, dicha fórmula de reparto del criterio de la oferta económica conculca el segundo párrafo del artículo 150.2 del TRLCSP, que establece que *“En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos 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. 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.”

Sobre este particular ha tenido ocasión de manifestarse este Tribunal en sus Resoluciones 387/2015, de 11 de noviembre y 408/2015, de 4 de diciembre. En ambas resoluciones se analizaron por el Tribunal sendos supuestos en los que la fórmula de valoración de la oferta económica a partir del 10 % de bajada del precio y hasta la baja máxima, la puntuación permanecía inalterable. En esta última resolución este Tribunal manifestaba lo siguiente:

«Sobre tal cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 387/2015, de 17 de noviembre, donde tras un profuso análisis de la doctrina en la materia, se concluye que “el criterio que aplica la mesa de contratación de no valorar más a las ofertas que bajan más del 10 % respecto al tipo de licitación, es contrario al principio de obtener la oferta económicamente mas ventajosa, según lo expuesto.”

En la citada resolución mencionábamos la doctrina existente en la materia por parte de los diversos órganos consultivos sobre contratación pública y una reciente sentencia del Tribunal General (Sala Primera) de la Unión Europea, de 16 de septiembre de 2013, dictada en el asunto T-402/06.

Pues bien, en primer lugar, conviene recordar que la Comisión Europea ya se manifestó acerca de esta cuestión en su Dictamen motivado de 23 de diciembre de 1997, en relación al procedimiento de adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia en el que las ofertas económicas, según el pliego, se valorarían en atención a



las cuantías que más se aproximaran a las medias aritméticas de todas las ofertas admitidas. A juicio de la Comisión, este sistema desvirtuaba la noción de “oferta económicamente más ventajosa”, por lo que instó a España a adoptar las medidas necesarias para conformarse al contenido del Dictamen. El razonamiento de la Comisión era el siguiente:

“la opción de la oferta económicamente más ventajosa supone combinar varios criterios teniendo en cuenta las propuestas que mejor cumplen cada uno de ellos y ponderarlos, a poder ser de acuerdo con unos coeficientes previamente establecidos. Otra cosa es que, una vez aplicados los coeficientes, la oferta resultante como más ventajosa desde un punto de vista económico no sea la más barata, ni la mejor técnicamente, ni la que el mejor servicio técnico ofrezca, sino la que combine de forma óptima el conjunto de criterios. Pero lo que no se entiende, salvo que el poder adjudicador esté haciendo un juicio de valor sobre las ofertas más bajas, eludiendo así las disposiciones del art. 37 de la Directiva 92/50/CEE, es que, en la valoración de un determinado criterio, en este caso el precio, no se puntúe la mejor oferta, sino la más mediana, de la misma manera que no se entendería que bajo el criterio técnico se prefiriese la solución técnica más próxima a todas las demás, en vez de la mejor, o en el capítulo del plazo, la oferta que tardase lo que el promedio de las otras y no la más rápida”.

Por lo que respecta a la doctrina de las Juntas Consultivas, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 4/11, de 28 de octubre de 2011, concluía que *“en todo caso, en cuanto se refiere al precio del contrato, en los pliegos de cláusulas*



administrativas particulares, al fijar el procedimiento de valoración, no puede atribuirse a las proposiciones admitidas una valoración de la que resulte que la oferta más baja no obtiene la puntuación más alta, y consecuentemente sean mejor ponderadas ofertas que tengan un precio mayor que cualquiera de las restantes ofertas que se sitúen por debajo de la misma o dicho de otra forma la oferta más baja ha de ser la que, en cuanto al precio, reciba la mayor puntuación.”

La Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia, mediante Dictamen 1/2001, de 21 de mayo, sobre el criterio de valoración del precio ofertado en los concursos, concluía afirmando que *“deberá cumplirse en todo caso la condición de que ofertas más económicas no pueden recibir una puntuación inferior a la otorgada a ofertas menos económicas”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, a través del Informe 5/98, de 26 de junio, sobre valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos, señalaba que *“el principio imperante es el de puntuar mejor a la oferta menor, cualquiera que sea la forma o fórmulas de efectuarla, con respeto al derecho de audiencia de las ofertas anormalmente bajas”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, mediante Informe 4/97, de 6 de mayo, afirmaba que *“la valoración del precio en función de la baja media resultante de todas las ofertas presentadas no resulta adecuada a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública”*.



La Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia, por medio del Informe 04/2003, de 27 de junio, sobre la valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos, sostenía igualmente la aplicación del criterio de las Instituciones comunitarias.

Asimismo, hemos de hacer mención a la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) de la Unión Europea, de 16 de septiembre de 2013, dictada en el asunto T-402/06, que condena al Reino de España declarando la invalidez del criterio de la medias aritméticas.

La Sentencia comienza recordando que toda actuación en materia de contratación pública está condicionada a respetar el principio de igualdad de trato. Así, el apartado 66 de la sentencia alude a este principio señalando que el mismo *“(...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora.”*

Encuadrada la cuestión desde la lógica del principio de efectiva transparencia e igualdad de trato, el Tribunal General analiza la validez o no del sistema del precio medio concluyendo en su ilegalidad. Así el apartado 77 de la Sentencia declara que *“(...) Si bien la oferta más ventajosa económicamente no es siempre aquella que tiene el precio más bajo, debe observarse que, en condiciones de*



perfecta igualdad de las ofertas por lo que respecta a todos los demás criterios pertinentes, incluidos los técnicos, una oferta más barata debe necesariamente considerarse más ventajosa, desde el punto de vista económico, que una oferta más cara. Pues bien, en una situación como ésta, la aplicación del método del precio medio, que daría lugar a que se adjudicase el contrato a una oferta más cara que otra, no puede calificarse de conforme con el criterio de la oferta más ventajosa económicamente”

De este modo, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea concluye de forma categórica que la aplicación del método del precio medio es contraria al principio de transparencia y al principio de igualdad de trato. El precio más bajo, ya sea un único criterio o acompañe a otros, debe ser valorado de igual forma, referenciando la puntuación sobre el precio más bajo, que obtendrá la mejor puntuación. Así pues, el criterio precio exige una ponderación proporcional ascendente que asigne la puntuación atendiendo al mejor precio ofertado.

A la vista de cuanto se ha expuesto, hemos de concluir que, si bien en el supuesto examinado el sistema de valoración del precio no ha utilizado el método del precio medio -sino que prevé un límite máximo de bajada (el 10%) a partir del cual, cualquiera que sea el porcentaje de baja ofertada, la puntuación será la misma-, el efecto también es contrario al principio de oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones económicamente y desmotiva a los licitadores a presentar ofertas con precios más competitivos. En tal sentido, hemos de mencionar la Resolución 109/2014, de 24 de octubre, del



Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad de Euskadi, conforme a la cual “(...) *El criterio impugnado establece un sistema de puntuaciones según el porcentaje de baja ofertado con el límite del 15 %, pues a partir de éste, sea cual sea el porcentaje de baja ofertada, la puntuación asignada será la misma. Esta forma de valorar el precio no sólo es contraria al principio de la oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones, sino también porque su señalamiento en los pliegos o en el documento descriptivo desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas con los precios más competitivos, sobre todo si, como en el caso analizado, el límite es previamente conocido (ver la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, en especial los apartados 92 y siguientes) pues el uso de este mecanismo puede contribuir a reducir los incentivos de las empresas a ofrecer condiciones más ventajosas, puesto que es suficiente ofertar un determinado valor, conocido ex ante, para obtener la puntuación máxima en un elemento concreto.*”

Con base en lo expuesto, hemos de estimar este motivo del recurso y anular el criterio de adjudicación de evaluación automática establecido en el PCAP y denominado <<oferta económica>>, al resultar contrario a los principios de libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa, impidiendo a los licitadores formular sus ofertas en sana competencia.»

En los casos analizados en las citadas Resoluciones 387/2015 y 408/2015, este Tribunal entendió que las fórmulas para la valoración de la oferta económica imponían un “umbral de saciedad o saturación” que limitaba en la práctica las



mejoras a la baja de las posibles ofertas económicas sobre el presupuesto de licitación a una porcentaje máximo -en aquellos casos del 10 %-, sin que a partir de dicho porcentaje se pudieran valorar las bajas superiores que pudieran hacerse, lo que se consideró carente de justificación, pues no hay razón alguna para que no puedan proponerse bajas en las ofertas económicas superiores sobre el presupuesto de licitación con el consiguiente incremento de puntos para tales ofertas y el consiguiente beneficio económico para la Administración.

En este mismo sentido se manifestaba el informe 760 del Tribunal de Cuentas, de 26 de abril de 2007, relativo a la contratación en el ámbito de la Seguridad Social en los ejercicios 2004 y 2005 señalando que “(...) *las Entidades Gestoras y la TGSS, deberían renunciar al establecimiento de umbrales de saciedad en la valoración del criterio económico, puesto que a través de ellos se está penalizando a las ofertas más baratas de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado a la Administración, no obtienen una mayor puntuación. Esta actuación supone que la Seguridad Social renuncia a priori y de forma automática a la obtención de una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no permite tampoco la formulación de alegación alguna por parte de los contratistas en justificación de su oferta a pesar de que, con carácter previo, ya han acreditado convenientemente su solvencia para la ejecución del contrato (...). Cabe añadir finalmente, que si con este tipo de límites los órganos de contratación pretenden excluir posibles proposiciones anormalmente bajas que pudieran poner en peligro la posterior ejecución correcta del contrato, a juicio de este Tribunal, el medio adecuado para lograrlo debe ser la regulación expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la baja temeraria, garantizando asimismo el otorgamiento del trámite de audiencia al contratista (artículos 86 y 83.3 del TRLCAP)*”.



En el supuesto que se está analizando no existe un tope absoluto *stricto sensu* para las bajas de las ofertas económicas, que son nominal y formalmente posibles, pero se establece un criterio de valoración de la proposición económica que las priva de relevancia práctica, agravado por el hecho de que el mínimo de puntuación no es cero sino el 25 % del total (10 puntos sobre un máximo de 40), y ello en correspondencia con el objetivo de la fórmula de valoración confesado por el órgano de contratación consistente en disuadir bajas que él considera incompatibles con el objeto del contrato.

Su efecto, por tanto, es semejante al de los umbrales de saciedad o saturación tratados anteriormente, de modo que puede afirmarse que se está penalizando a las ofertas económicas más baratas de tal modo que, por debajo de determinados límites o umbrales (5 y 10 % en el presente caso), aunque bajen el precio ofertado al órgano de contratación, no obtienen una puntuación relevante, lo que disuade una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no se permite la formulación de alegación alguna por parte de los contratistas en justificación de su oferta de modo que la baja obtenga una puntuación relevante. En este sentido se manifiesta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 4/2016, de 12 de enero.

Asimismo, el informe 42/2012, de 7 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus consideraciones jurídicas segunda y tercera se manifiesta en un sentido parecido: “2. *Conforme se ha expuesto, atendiendo a la valoración de la oferta económica, se atribuye una valoración de 0 a 40 puntos a las ofertas que se presenten por encima del 85 % del presupuesto base de licitación y de 40 a 45 a las que se encuentren por debajo de ese importe. Esto significa, en la práctica, que se atribuye más valor a las ofertas más baratas, mientras que las más caras o de precio superior, se le da menos*



puntuación, por lo que las empresas que las presenten tienen menos posibilidades, en principio, de resultar adjudicatarias del contrato. Esta situación no es contraria a las normas de contratación, ni a los principios que rigen esta materia. No hay ninguna norma que prohíba establecer estas fórmulas de valoración (...).

3. No obstante lo anterior, el escrito de consulta pone de manifiesto el siguiente hecho: “La mayoría de los licitadores deducen que la mejor oferta es irse al 85%, pues matemáticamente es la óptima”, con lo que el comportamiento de los licitadores pasa a ser previsible/conocido no de un modo cierto pero sí aproximado. Esta circunstancia socava, en cierta medida, el espíritu y finalidad de la norma, esto es, que la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor tenga lugar con total autonomía de la voluntad, o lo que es lo mismo, sin ningún tipo de distorsión que pudiera venir del conocimiento de la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas o porcentajes. Adicionalmente, parece claro, así lo indica el escrito de consulta, que si la mayoría de los licitadores obtienen la misma puntuación por el criterio precio (40 puntos), van a ser el resto de criterios, principalmente los dependientes de un juicio de valor (50 puntos), los determinantes de cara a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. En ese sentido conviene recordar que la Ley da preferencia o prioridad al establecimiento en los pliegos de criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas, que si bien es cierto en el pliego que nos ocupa formalmente sería si, sin embargo la realidad práctica podría evidenciar lo contrario (...)”. El informe concluye “(...) Así, se advierte que fórmulas en las que el licitador puede saber previamente cuál es la puntuación que va a obtener, sin tener en consideración las demás, pueden degenerar en estrategias que lleguen a desvirtuar una correcta concurrencia.”

También, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón se ha manifestado en ese sentido en su informe 6/2014, de 3 de marzo, cuando señala



que “En todo caso, tampoco sería correcta la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes. Y ello porque, lógicamente, se incumple la regla de ponderación proporcional y se limita la economía de escala de las proposiciones, lo que contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

Tampoco sería admisible la fórmula que prevé otorgar puntuación a las bajas nulas, ya que existirá menos diferencia de puntos entre su oferta y la de un competidor con una baja mayor; en el caso de la fórmula lineal, la pendiente de la recta de puntuación es menor, de modo que el número de puntos otorgados por incremento en la baja será menor.”

En definitiva, si analizamos la adecuación de la fórmula de la valoración de la oferta económica prevista en el Anexo VIII.1 del PCAP al artículo 150.2 del TRLCSP, ha de admitirse que al disminuir la relevancia en la valoración global de las bajas económicas que superen la cifras de baja consideradas razonables por el órgano de contratación (5 y 10 %), se produce un efecto homogeneizador de la puntuación que se atribuirá por la oferta económica, fundamentalmente en el caso del 10 %, dado que se otorga una valoración relativa mucho menor al tramo por encima del 10 % que disuadirá bajas adicionales a ese porcentaje -recuérdese que con una baja del 10 % se obtienen 39 de los 40 puntos totales-, lo que tiene como efecto global que los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor adquieren una relevancia relativamente mayor, pudiendo pasar a ser los decisivos con independencia de la ponderación formal que se les atribuya nominalmente en el PCAP.



En consecuencia, mediante la utilización de la fórmula de valoración establecida en el Anexo VIII.1 del PCAP se induce la oferta económica en torno a una baja del 10 % y se propicia que sean los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor los determinantes de la adjudicación. Por ello, aunque formalmente se respete la ponderación establecida en el PCAP, se homogeneiza la valoración de la oferta económica perdiendo su importancia relativa, lo que desplaza hacia los criterios sujetos a juicio de valor el fundamento de la adjudicación, en contra de la finalidad que inspira el párrafo segundo del artículo 150.2 del TRLCSP, que de este modo resulta vulnerado.

Procede pues la estimación de este primer alegato del recurso.

SÉPTIMO. En el segundo y último de los motivos del recurso, la recurrente cuestiona la cláusula 27.3 del PCAP relativa al abono de la obra pues, a su juicio, no respeta lo previsto en el artículo 216.4 del TRLCSP.

Al respecto, el artículo 216.4 del TRLCSP establece lo siguiente: *“La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 222.4, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo*



correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 222.4 y 235.1, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio, salvo acuerdo expreso en contrario establecido en el contrato y en alguno de los documentos que rijan la licitación, siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de presentación de la factura en el registro correspondiente, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono.”

Por su parte, la citada cláusula 27.3 del PCAP establece que: “A los efectos de lo prevenido en el artículo 216.4 del texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público. RDL 3/2011 de 14 de Noviembre, y en uso de la libertad de pactos prevista en el artículo 25 del mismo, el contratista se obliga, antes de ejercitar el derecho que le confiere el primero de los preceptos (art. 216.4), a estar a la espera del resultado final de la liquidación del contrato una vez ejecutado el mismo según los plazos acordados, por lo que a tal efecto, el derecho de reclamación quedará en suspenso hasta tanto se verifique la referida liquidación total del contrato, momento en el cual, si así procediera, se realizarían las compensaciones oportunas derivadas del retraso en el pago y en la ejecución del contrato, quedando expedito, salvo pacto en contrario, desde ese momento, el derecho de reclamación antes referido.”



En el recurso, alega la recurrente que el artículo 216.4 del TRLCSP es de obligado cumplimiento para la Administración, y viene a establecer la obligación de pago de las certificaciones en un plazo legal de 30 días. En caso contrario, el contratista, sin necesidad de intimar el abono de los intereses tiene derecho a los mismos, teniendo la Administración obligación de abonarlos junto con el pago de la certificación o factura. Con ello se está obligando a la Administración a que cumpla con una obligación legal.

Sin embargo, afirma la recurrente, en el presente caso la Universidad de Málaga pretende eludir la obligación de pagar en el plazo legalmente establecido, y para ello, introduce en el pliego la cláusula 27.3, que en la práctica hace unilateral el abono de los citados intereses de demora, y por ende, la necesidad de cumplir con el plazo de pago legal. A su juicio, la Administración no puede introducir una cláusula que en la práctica le permite retrasarse en el pago, y no tener que abonar los intereses de demora, que como penalidad le impone la Ley, hasta la finalización del contrato, no de la obra en si, sino del propio contrato, coincidente con la liquidación total del mismo.

Entiende la recurrente que se suspende su derecho de reclamar los intereses de demora por el retraso en el pago de las certificaciones hasta la liquidación total del contrato, esto es, después de que se produzca la recepción, la expedición de la certificación final y el plazo de garantía -que además su ampliación se valora como criterio de adjudicación-, y se devuelva la fianza constituida. En definitiva, la Universidad con la citada cláusula está imponiendo la eliminación de los intereses de demora en beneficio propio.

Además, alega que la Universidad podrá compensar estos intereses de demora en una certificación ordinaria por las supuestas penalidades en que el



contratista puede incurrir, lo cual es un sistema de triple garantía para la Administración: puede aplicar la penalización minorando el importe de certificación o ejecutando la garantía o fianza y ahora, compensando los intereses de demora.

Concluye su alegato señalando que la cláusula 27.3 del PCAP es manifiestamente abusiva, dado que garantiza, no solo que la Administración pueda no pagar en plazo sin consecuencias, inmediatas, sino que además hace imposible el cobro de los intereses de demora en un plazo razonable o prudencial, ligando la percepción de los mismos a compensaciones, y hechos futuros, liquidación del contrato, cuya ampliación es además premiada como mayor valoración en los criterios objetivos.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que la cláusula impugnada, tiene exclusivamente como objeto el trasladar a un momento procedimental concreto -la liquidación del contrato-, el ejercicio de los derechos de reclamación que en todo momento mantiene intacto el contratista. En modo alguno la cláusula establece renuncia alguna de los derechos del contratista que permanecen intactos o indemnes en todo momento: el cobro de la certificación en los plazos establecidos y, en su caso, el cobro de los intereses de demora ante un hipotético retraso desde el momento previsto expresamente en la Ley.

Así pues, afirma el informe al recurso, el único objeto de la mencionada cláusula viene a ser el trasladar al momento de la liquidación del contrato las posibles deudas contraídas, tanto por la Administración como por el contratista con relación a los posibles retrasos habidos en la ejecución contractual, ya sea en el pago de alguna certificación, ya sea, en el cumplimiento de los plazos de ejecución comprometidos por el contratista; no es otro el propósito, de manera



tal, que en ese momento es cuando se efectuarían las liquidaciones que hubieran lugar por concurrir, cualquiera de las circunstancias antes señaladas, pero naturalmente, manteniendo siempre, e intactos, los derechos económicos de una y otra parte contemplados en la Ley: tanto los derivados por el posible retraso en el cobro de certificaciones, como los derivados por el retraso en la ejecución de la obra; derechos de crédito o si se quiere deudas generadas, por una y otra parte que podrán ser, en ese momento de la liquidación del contrato, compensadas conforme disponen, entre otros, los artículos 1156 y 1195 de nuestro Código Civil.

En suma, a su juicio, esa posible compensación de deudas contemplada en la cláusula debatida, y que se sustenta en los preceptos antes referidos de nuestro ordenamiento civil, cuya aplicación por otro lado viene a ser supletoria conforme previene el artículo 19 del TRLCSP, a su vez, viene a ser también una manifestación más de la cláusula "Pacta sunt servanda", que por otro lado queda expresamente recogida asimismo en el precitado TRLCSP, en su artículo 25, mediante el principio de libertad de pactos.

Asimismo, señala el órgano de contratación que como Administración Pública, no puede comprometer crédito por encima del importe autorizado para cada ejercicio conforme a las normas que rigen estas operaciones, ni reconocer obligaciones económicas por encima del crédito presupuestario afectado.

Además, puntualiza el informe al recurso, con la inclusión de la cláusula 27.3 del PCAP la Administración también pretende protegerse ante el incumplimiento del contratista pretendiendo que se reconozcan obligaciones económicas por encima del crédito autorizado para el ejercicio a las que no puede hacer frente precisamente por tal motivo, reconocimiento que serían nulos de pleno derecho



incurriendo además el funcionario o autoridad que adopte dicha decisión en responsabilidad disciplinaria y contable.

Concluye el órgano de contratación señalando que con esta cláusula, en ningún momento y de manera abusiva, pretende, como ya se ha expresado palmariamente en el informe al recurso, limitar los derechos del futuro adjudicatario del contrato, sino que intenta evitar que la Administración padezca consecuencias desfavorables causadas por un incumplimiento del contratista.

OCTAVO. Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto de este segundo y último de los alegatos del recurso.

Del análisis de la cláusula 27.3 del PCAP se infiere que su pretensión es aplazar hasta la liquidación del contrato el momento del ejercicio por parte del contratista de su derecho a percibir, en su caso, los intereses de demora, instante en que se procedería, si hubiese lugar, a realizar las oportunas compensaciones derivadas, por un lado, del retraso en el pago por parte de la Administración, y por otro lado, del retraso en la ejecución de la obra por parte del contratista.

Al respecto, este Tribunal considera que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 216.4 a cuyo tenor "*La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 222.4, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes*



de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.”.

El precepto transcrito en lo que aquí interesa nos lleva a la conclusión de que la Administración está obligada a abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra, y además, si se demorase en el pago por encima de esos treinta días deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de ese plazo, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro. Ello significa que vencido el citado plazo de treinta días a partir de la fecha de aprobación de las certificaciones de obra la Administración está obligada por el mencionado mandato legal a abonar al contratista, además del pago del precio, los correspondientes intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro.

La cuestión fundamental, sin embargo, se refiere a si se puede establecer en los pliegos o en el documento contractual una cláusula que disponga lo contrario, en este supuesto que difiera el momento del pago por la Administración de los eventuales intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro, no al instante en el que efectivamente se devenguen legalmente, sino al de la liquidación del contrato. En definitiva se trata de determinar si el órgano de contratación puede establecer condiciones contractuales que contradigan lo establecido en el TRLCSP. La respuesta, en ocasiones, no será difícil porque la propia dicción del citado texto refundido da a entender que el órgano de contratación puede decidir discrecionalmente acerca de si se somete o no a



determinados preceptos de él. Así, cuando establece los plazos máximos de duración de los contratos o cuando admite la posibilidad de presentar variantes y tantos supuestos en los que la propia norma deja la facultad de elegir al órgano de contratación.

Sin embargo, en ocasiones como la examinada, el TRLCSP no contiene expresión alguna acerca de la posibilidad de excluir el mandato legal. Bien es cierto que con carácter general, y como alega el órgano de contratación en su informe al recurso, el artículo 25 del citado texto refundido establece el principio de libertad de pactos, pero ese principio está matizado por la exigencia de que las cláusulas establecidas sean acordes con el ordenamiento jurídico. Dice así su apartado primero: "*En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*".

Pues bien, puesto que el artículo 216.4 no deja duda acerca de su carácter taxativo, "*La Administración tendrá la obligación de abonar el precio (...), y si se demorase, deberá abonar al contratista (...)*", debe entenderse que ello implica la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto y, por tanto, no será válida la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas ni en los documentos contractuales que se formalicen de condiciones que impongan al contratista la obligación de aplazar hasta la liquidación del contrato el momento del ejercicio por su parte de su derecho a percibir, en su caso, los intereses de demora.

A mayor abundamiento, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales -que incorporó a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del



Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000-, modificada por la Ley 15/2010 de 5 de julio, establece en su artículo 9.1 que “(...) Asimismo, para determinar si una cláusula o práctica es abusiva para el acreedor se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor (...)”, siendo así que, dado que la pretensión de la cláusula 27.3 del PCAP es diferir el momento del pago por la Administración de los eventuales intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro, no al instante en el que efectivamente se devenguen, sino al de la liquidación del contrato, se produce el efecto más arriba descrito de proporcionar al deudor liquidez a expensas del contratista.

En consecuencia, en base a todas las consideraciones anteriores, procede estimar, asimismo, el segundo y último de los motivos del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN CÍRCULO DE EMPRESAS ANDALUZAS DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSULTORÍA Y OBRA PÚBLICA (CEACOP)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el procedimiento de contratación denominado “Ejecución de edificio para la Facultad de Psicología de la Universidad de Málaga” (Expte. OB. 04/2016 SARA) promovido por la Universidad de Málaga y, en consecuencia, anular el criterio de adjudicación para la valoración de la oferta económica contenido en el Anexo VIII.1 y la cláusula 27.3 del citado pliego, con retroacción de las actuaciones al



momento anterior a su aprobación, a fin de que se proceda en los términos señalados en esta resolución y se convoque una nueva licitación.

Inadmitir el recurso interpuesto contra el anuncio de licitación por haberse interpuesto el mismo fuera del plazo legal establecido.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal en Resolución de 29 de junio de 2016.

TERCERO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

