

Recurso 166/2016**Resolución 233/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 4 de octubre de 2016.

Visto el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SRL, SUCCIÓN Y LIMPIEZA DE RESIDUOS, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de contratación denominado “Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria” (Expte. EC/AH-AGEU/001/2016) promovido por el Ayuntamiento de Écija (Sevilla), 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 18 de junio de 2016, y en el Boletín Oficial del Estado número 153, de fecha 25 de junio de 2016. Asimismo, el anuncio fue objeto de publicación el 20 de junio de 2016 en el



perfil de contratante del Ayuntamiento de Écija, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 8 de agosto de 2016, según consta en las citadas publicaciones.

El valor estimado del contrato asciende a 11.899.477,80 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 12 de julio de 2016, fue presentado en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SRL, SUCCIÓN Y LIMPIEZA DE RESIDUOS, S.L. (en adelante SRL) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas del contrato citado en el encabezamiento.

CUARTO. Con fecha 21 de julio 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, el listado de licitadores participantes en el procedimiento y las alegaciones a la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente. El 2 de agosto 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 16 de agosto de



2016, se recibe en este Tribunal listado de licitadores remitido por el órgano de contratación.

QUINTO. Mediante Resolución, de 5 de agosto, este Tribunal adoptó la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

SEXTO. Por la Secretaría del Tribunal con fecha 12 de agosto de 2016, se concedió un plazo de cinco días hábiles a los licitadores para que presentaran alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de



la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la



Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Écija comunica que no ha procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el 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 servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas 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 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.”

Asimismo, el artículo 19 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal



Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que:

“1. 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.

2. 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 se haya publicado en forma legal la convocatoria de la licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y forma para acceder directamente a su contenido.”

En consecuencia, en los supuestos en que se ha facilitado el acceso a los pliegos y demás documentos contractuales a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, el cómputo del plazo de quince días para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquél en que se ha producido la publicidad en los diarios oficiales correspondientes y en el perfil de contratante.



En el presente supuesto, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 25 de junio 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 del Ayuntamiento de Écija. En consecuencia, el recurso presentado el 12 de julio de 2016 en el Registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del citado plazo legal.

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 solicita en su recurso que, con estimación del mismo, se anule y deje sin efecto el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas por no resultar ajustados a derecho.

En el primer motivo del recurso, la recurrente combate la fórmula de valoración de la oferta económica por entender que no es ajustada a derecho al producirse una vulneración del principio de selección de la oferta económicamente más ventajosa y de los principios de control de gasto y eficiencia que rigen la contratación pública (artículos 1 y 22 del TRLCSP).

Así pues, y con objeto de centrar los términos del debate y solventar la cuestión planteada por la recurrente, procede traer a colación el contenido de la fórmula de valoración de la oferta económica, en lo que es objeto de controversia, recogida en el apartado 1 del Anexo V del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en el que se señala lo siguiente:

“1º.- CRITERIO PRECIO

Descripción del criterio: Minoración del Tipo de licitación

Ponderación: de 0 a 55 puntos



(...)

No se tendrán en consideración y, en consecuencia no valorarán los excesos de baja superiores al 10% sobre el tipo de licitación.”

Asimismo, y en relación con lo anterior, en el documento de aclaraciones y consultas publicado el 30 de junio de 2016, el Servicio de Contratación y Patrimonio del Ayuntamiento de Écija, ante una pregunta de uno de los comparecientes relativa a la fórmula de valoración de la oferta económica, contestó lo siguiente: *“está claro que todas las ofertas con bajas iguales o superiores al 10%, obtendrán idéntica puntuación (40 y 15 puntos, respectivamente), ya que lo que se pretende es no valorar los excesos sobre el 10% de baja”*.

Con base en lo anterior, la recurrente basa su alegato en los siguientes argumentos:

Afirma que resulta evidente, por tanto, que la fórmula de valoración de la oferta económica fijada en el PCAP no otorga una mayor puntuación a los licitadores que ofrezcan un precio más bajo, impidiendo que el contrato se adjudique a aquel que presente la oferta económicamente más ventajosa. Ello infringe, a su juicio, la jurisprudencia comunitaria y la doctrina de las juntas consultivas de contratación administrativa, de los tribunales administrativos de recursos contractuales y del Tribunal de Cuentas. Al respecto trae a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia Bus Finland, y la del Tribunal General de la Unión Europea, de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06. Asimismo, alega la Resolución 542/2015, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirmando que el citado Tribunal, con base en los informes de fiscalización emitidos por el Tribunal de Cuentas, ha declarado contrarias al principio de economía en la gestión de recursos públicos fórmulas



que establecen umbrales de saciedad, más allá de los cuales los licitadores no perciben una puntuación superior.

Manifiesta la recurrente que la ilegalidad en la que incurre la fórmula de valoración de la oferta económica resulta aún más evidente si tenemos en cuenta que la Resolución 387/2015, de 17 de noviembre, de este Tribunal anuló el acuerdo de adjudicación y los pliegos aprobados en el expediente de contratación precedente al que nos ocupa, al advertir que el criterio de valoración aplicado por 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 más ventajosa.

Pues bien, afirma la recurrente que el Ayuntamiento de Écija corrigió el primer defecto del que adolecía la fórmula de valoración de la oferta económica establecida en el pliego anulado (falta de concreción de la misma), incorporando al nuevo PCAP que nos ocupa, la previsión expresa de que no se tendrán en consideración y, en consecuencia no valorarán los excesos de baja superiores al 10% sobre el tipo de licitación.

Concluye la recurrente que esta previsión de no valorar más a las ofertas que bajan más del 10% respecto al tipo de licitación es, precisamente, la que este Tribunal en su Resolución 387/2015, a partir de la jurisprudencia comunitaria y de la doctrina de los órganos consultivos, calificó como contraria al principio de obtención de la oferta económicamente más ventajosa.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso, oponiéndose a lo manifestado por la recurrente, realiza las siguientes afirmaciones:



Tras un extenso alegato relativo al régimen aplicable a las ofertas con valores anormales o desproporcionados, y al hecho de que la Administración ha de velar porque el precio de los contratos se corresponda con el precio de mercado más allá de las rebajas que se ofrezcan en el procedimiento de licitación, el informe al recurso señala que respecto a la aplicación de lo que parte de la doctrina denomina como «umbrales de saciedad» en la contratación administrativa, la recurrente parece desconocer que ni el derecho comunitario ni el español imponen indefectiblemente la utilización de un método proporcional puro en la evaluación de la oferta económica. Lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el pliego la fórmula elegida y que esta atribuya una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara.

Señala el órgano de contratación que como ha recordado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución 906/2014, de 12 de diciembre) fuera de estos principios elementales, el órgano de contratación cuenta con un margen de libertad para decantarse por su fórmula: puede optar por una regla de absoluta proporcionalidad o, por el contrario, introducir modulaciones en ella (siempre que no sean arbitrarias ni carentes de lógica) o, en fin, distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica.

Añade el informe al recurso que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón tuvo ocasión de opinar sobre el uso de determinadas fórmulas de «*proporcionalidad corregida*», con la finalidad de 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. Su dictamen supone un buen repaso de las características de estas herramientas, comentando además la Sentencia del



Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de septiembre de 2013, que trató el asunto.

Afirma el órgano de contratación que con el uso de estas cláusulas se reconoce que es imposible ejecutar el contrato con un menor precio, salvo violando las leyes o las exigencias del propio PCAP; así, entre otras, la práctica habitual y perversa de subcontratar la ejecución del contrato en un alto porcentaje. Por tanto, a su entender, debe considerarse por este Tribunal la necesidad de anticipar este tipo de situaciones y evitarlas incluyendo esos umbrales de saciedad, pero siempre que estos no sean tan bajos que anulen el efecto del precio en la licitación.

Concluye el órgano de contratación que en el caso que nos ocupa la limitación o umbral de saciedad del 10% de baja sobre el tipo de licitación (coincidente con el parámetro para apreciar la desproporción de la oferta) es totalmente ajustado a los principios de proporcionalidad «corregida». Así, otorgar la puntuación en base a reglas de proporción directa -sin corrección- supone postergar proposiciones que en buena lógica serían viables y más seguras.

Vistas las alegaciones procede analizar el fondo del asunto en el que la recurrente cuestiona la legalidad de la parte de la fórmula de valoración de la oferta económica que establece que *“No se tendrán en consideración y, en consecuencia no valorarán los excesos de baja superiores al 10% sobre el tipo de licitación.”*

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 en 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. Asimismo, este Tribunal se manifestó en un sentido similar en su reciente Resolución 184/2016, de 4 de agosto, aun cuando en ese supuesto no existía un tope absoluto *stricto sensu* para las bajas de las ofertas económicas, que eran nominal y formalmente posibles, pero se establecía un criterio de valoración de la proposición económica que las privaba de relevancia práctica, 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.

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 un porcentaje máximo -en aquellos casos al igual que en el presente 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)”.

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 apartado 1 del Anexo V del PCAP al artículo 150.2 del TRLCSP, ha de admitirse que al anular la relevancia en la valoración global de las bajas económicas que superen la cifras de baja consideradas razonables por el órgano de contratación (10% en el presente supuesto), se produce un efecto homogeneizador de la puntuación que se atribuirá por la oferta económica, dado que se otorga una misma valoración al tramo por encima del 10% que disuadirá bajas adicionales a ese porcentaje -recuérdese que con una baja del 10% se obtiene el total de la puntuación del criterio económico-, 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 contra de la finalidad que inspira el párrafo segundo del artículo 150.2 del TRLCSP, que de este modo resulta vulnerado.

Así pues, mediante la utilización de la fórmula de valoración establecida en el apartado 1 del Anexo VI 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.



Asimismo, y como se ha expuesto anteriormente, hemos de concluir que el prever un límite máximo de bajada (el 10%) a partir del cual, cualquiera que sea el porcentaje de baja ofertada, la puntuación será la misma, produce también el efecto 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.

Procede pues la estimación de este primer alegato del recurso.

SEXTO. En el segundo de los motivos del recurso, la recurrente afirma que el periodo de carencia establecido en el PCAP resulta contrario a derecho, con vulneración del principio de onerosidad de los contratos públicos, y de los principios de concurrencia e igualdad de trato, así como de los criterios para determinar el precio del contrato y de los plazos para su pago (artículos 1, 2, 22.2, 87 y 216 del TRLCSP).

En concreto, la recurrente cuestiona determinada previsión del apartado C) del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que señala lo siguiente:

“Asimismo, se establece un período mínimo de carencia en el abono de las correspondientes mensualidades de CUATRO (4) MESES, que será asumido y financiado por la empresa adjudicataria y la recuperación del mismo será a través de su eficacia en la gestión de los servicios.

El abono de precio por parte del Excmo. Ayuntamiento de Écija -transcurrido el periodo de carencia de cuatro meses- se hará efectivo a mes vencido mediante la presentación por el contratista de las facturas correspondientes a cada mensualidad.”

Al respecto, alega la recurrente que la afirmación contenida en el PCAP relativa a que la retribución correspondiente a dicho periodo será recuperada por el



contratista a través de su eficacia en la gestión de los servicios no justifica que se prive al adjudicatario del pago del precio durante los cuatro primeros meses de ejecución del contrato.

A su juicio, la previsión de un periodo de carencia durante el cual el contratista no recibe ningún tipo de contraprestación por los servicios prestados a favor del Ayuntamiento de Écija infringe el principio de onerosidad de los contratos públicos, y supone una quiebra del equilibrio que debe existir entre las partes de cualquier relación contractual sinalagmática, por lo que se debe proceder a su anulación.

Dicho periodo de carencia de cuatro meses establecido en el PCAP, a su entender, también atenta contra los principios de concurrencia e igualdad de trato que rigen la contratación pública *ex* artículo 1 del TRLCSP, puesto que con dicha previsión se favorece a las grandes empresas, que cuentan con una capacidad financiera mayor, en detrimento de las pequeñas y medianas empresas, que no disponen de la misma capacidad, con infracción del artículo 22.2 del TRLCSP.

Señala la recurrente que en el caso que nos ocupa, es fácil advertir que el periodo de carencia previsto en el PCAP restringe la concurrencia y vulnera el principio de igualdad de trato, puesto que no todas las empresas pueden asumir la prestación gratuita del servicio durante los cuatro primeros meses. Aun más si se tiene en cuenta que los costes que se generan los primeros meses de ejecución del contrato, que, debido al periodo de carencia, tiene que soportar íntegramente el contratista, suelen ser muy superiores a aquéllos que se producen cuando la ejecución del contrato está más avanzada.



Según su parecer, la única justificación de la decisión de la Administración contratante de establecer un periodo de carencia se contiene en el Informe 45/2016 del Servicio de Contratación y Patrimonio del Ayuntamiento de Écija, de, 9 de junio de 2016, sobre las enmiendas presentadas por distintos Grupos municipales. En dicho Informe se indica que los periodos de carencia son especialmente útiles en situaciones de *“falta o tensiones de liquidez o de emergencia financiera”*. Pues bien, a juicio de la recurrente, la doctrina que se cita en el referido informe se refiere al establecimiento de un periodo de carencia en contratos de arrendamiento, de carácter privado, por lo que en modo alguno resulta extrapolable al caso que nos ocupa.

Además, matiza la recurrente que resulta inaceptable que el órgano de contratación justifique su decisión de no retribuir al contratista por los servicios que preste durante los cuatro primeros meses del contrato atendiendo a razones financieras o presupuestarias, y ello, en la medida en que en la contratación pública resulta necesario certificar la existencia del crédito necesario para llevar a cabo la contratación (artículos 26.1.k y 109.3 del TRLCSP).

Por último, manifiesta la recurrente que el artículo 216.4 del TRLCSP dispone que *“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.”*

Así, según su parecer, en la medida en que, según se indica en el PCAP, el contratista recibe la retribución correspondiente a los cuatro primeros meses del contrato (periodo de carencia) mediante una mayor eficiencia, se vulnera el artículo 216.4 del TRLCSP, que obliga a la Administración contratante a pagar el precio en un plazo de treinta días. Es decir, mediante la inclusión de un periodo



de carencia de cuatro meses la Administración contratante evita hacer frente a su obligación de abonar los servicios en el plazo de treinta días legalmente previsto, lo que resulta de todo punto ilegal.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso considera ajustado a derecho la inclusión de este elemento -período de carencia- perfectamente definido en el PCAP y admitido, a su juicio, en nuestro ordenamiento jurídico.

Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar el fondo del asunto en el que la recurrente considera que el periodo mínimo de carencia de cuatro meses en el abono de las correspondientes mensualidades establecido en el apartado C) del Anexo I del PCAP resulta contrario a derecho.

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 (...)”*.

Por su parte, el citado apartado C) del Anexo I del PCAP, en lo que es objeto de controversia, señala lo siguiente: *“Asimismo, se establece un período mínimo de carencia en el abono de las correspondientes mensualidades de CUATRO (4) MESES, que será asumido y financiado por la empresa adjudicataria y la recuperación del mismo será a través de su eficacia en la gestión de los servicios.”*



Del análisis de lo reproducido de dicho apartado C) del Anexo I del PCAP se infiere que su pretensión es aplazar por un mínimo de cuatro meses el momento del ejercicio por parte del contratista de su derecho a percibir el precio por los servicios prestados.

Al respecto, este Tribunal considera que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 216.4 del TRLCSP, ya reproducido, a cuyo tenor, y para el presente supuesto de contrato de servicios, la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de los documentos que acrediten la conformidad de los servicios prestados, 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.

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 los documentos que acrediten la conformidad con los servicios prestados, 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 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 del precio por los servicios prestados, no al instante en el que efectivamente se devenguen legalmente, sino a un mínimo de cuatro meses después.

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 durante al menos cuatro meses el momento del ejercicio por su parte de su derecho a percibir el precio de los servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de los documentos que acrediten la conformidad de los mismos. En este mismo sentido se ha manifestado recientemente este Tribunal en su Resolución 184/2016, de 4 de agosto.

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 lo reproducido del apartado C) del Anexo I del PCAP es diferir por un mínimo de cuatro meses el momento del pago por la Administración del precio por los servicios prestados, se produce el efecto más arriba descrito de proporcionar a la Administración liquidez a expensas del contratista.

Procede estimar, asimismo, el segundo de los motivos del recurso.

SÉPTIMO. En el tercero de los motivos del recurso, la recurrente afirma que existe una indeterminación del objeto del contrato, con vulneración de los principios de libre concurrencia, igualdad y transparencia (artículos 1 y 139 del TRLCSP), así como del artículo 86.1 del TRLCSP.



En concreto, la recurrente cuestiona determinada previsión del apartado A) del Anexo I del PCAP que define el objeto del contrato. Dicho apartado relaciona una serie de servicios que configuran el objeto, señalando en su apartado d) lo siguiente: *“Otros servicios de recogida de residuos urbanos y limpieza urbana que sean expresamente ordenados por el Excmo. Ayuntamiento de Écija.”*

Afirma la recurrente que la amplitud e indeterminación de los servicios que tienen cabida en el objeto del contrato según el subapartado d) transcrito, impide a los licitadores conocer el alcance de dicho objeto. Ante esta situación, precisa la recurrente que es necesario acudir al pliego de prescripciones técnicas (PPT) para comprobar si en el mismo se detalla y, sobre todo, se concreta y delimita el objeto del contrato.

Seguidamente la recurrente analiza determinados aspectos del citado pliego técnico para concluir que la descripción de las prestaciones que forman parte del objeto del contrato se realiza en el PPT en términos tan amplios y ambiguos que impide a los licitadores conocer el alcance de dichos servicios, a efectos de formular una oferta económica que se adecue a los costes que han de asumirse durante la ejecución del contrato.

Dicha indeterminación, concluye la recurrente, supone una vulneración del artículo 86.1 del TRLCSP, que establece la obligatoriedad de que el objeto de los contratos del sector público sea determinado, e infringe los principios de libre concurrencia, igualdad y transparencia que rigen la contratación pública (artículos 1 y 139 del TRLCSP).

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que en el presente expediente el objeto está perfectamente determinado tanto en el PCAP



como en el PPT (obviamente, con mayor grado de tecnicidad y precisión) y en la planimetría que se adjunta en el expediente.

Seguidamente el órgano de contratación reproduce íntegramente el contenido del mencionado apartado A) del Anexo I del PCAP para concluir que el objeto del contrato está perfectamente determinado y codificado.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto en el que la recurrente afirma la indeterminación del objeto del contrato.

Al respecto, el artículo 86.1 del TRLCSP señala que *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado”*. Dicha regulación no hace más que reproducir en sede de la contratación pública lo previsto para todo tipo de contratos en el artículo 1273 del Código Civil *“El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”*, que impone el requisito de la determinación de toda obligación contractual; si bien la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1968 y de 14 de junio de 1996) aclaró que el objeto de la obligación puede ser determinado o determinable, si constan en este último caso en el contrato los elementos para su determinación. De manera que su ausencia conduce a un vicio sustancial en la prestación que provoca la nulidad del contrato.

Asimismo, es necesario tener en cuenta lo previsto en el artículo 22.1 del TRLCSP que establece que *“Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el*



contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

Así pues, el contrato administrativo es un instrumento de gestión para la satisfacción de las necesidades generales, lo que obliga a la Administración actuante a precisar y fijar debidamente el objeto, a fin de acreditar que el contrato resulta necesario para los fines del servicio público correspondiente, es decir la prestación concreta que permita la cobertura de la necesidad pública que justifica la actividad contractual.

En definitiva, el objeto de los contratos del sector público ha de ser concreto y determinado no pudiéndose dejar su concreción y determinación al arbitrio de una de las partes contratantes, ni del contratista ni del órgano de contratación. En este sentido se ha pronunciado recientemente este Tribunal en su Resolución 225/2016, de 23 de septiembre.

Ahora bien, la concreción y determinación del objeto del contrato no impide la modificación del mismo, siempre que se cumplan las previsiones legales, y en concreto el artículo 219 del TRLCSP que señala que *“1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.*

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156.”



En el presente supuesto, la previsión contenida en el apartado A) del Anexo I del PCAP -que define el objeto del contrato-, señalando en su apartado d) como una de las prestaciones que configuran el objeto del contrato lo siguiente: *“Otros servicios de recogida de residuos urbanos y limpieza urbana que sean expresamente ordenados por el Excmo. Ayuntamiento de Écija”*, a juicio de este Tribunal, quiebra el principio de determinación del objeto del contrato previsto en el artículo 86.1 del TRLCSP, permitiendo que sea el órgano de contratación, a su voluntad, quien la concrete y determine en la fase de ejecución, pudiendo obligar al contratista a realizar cualquier prestación, esté o no prevista en el contrato, con el único límite de que dichas prestaciones estén relacionadas con la recogida de residuos urbanos y limpieza viaria, con vulneración del principio de publicidad y transparencia.

Sin duda, esta configuración del objeto del contrato abierto, inconcreto e indeterminado hace el mismo, al menos hipotéticamente, más atractivo para el órgano de contratación que puede decidir a su voluntad dentro de un cierto margen, así como incierto y posiblemente más gravoso para el contratista quien desconoce a priori el contenido en toda su extensión del objeto del contrato, con quiebra de la regla general de que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, por tanto, de los principios de transparencia e igualdad de trato.

Permitir que el órgano de contratación pueda ordenar, a su voluntad, al contratista la ejecución de determinadas prestaciones de recogida de residuos urbanos y limpieza urbana no previstas en los pliegos, supondría admitir la modificación del objeto del contrato prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido con la consiguiente nulidad de dicha actuación.



En cuanto al resto de la alegación de la recurrente en la que manifiesta que la descripción de las prestaciones que forman parte del objeto del contrato se realiza en el PPT en términos tan amplios y ambiguos que impide a los licitadores conocer el alcance de dichos servicios, a efectos de formular una oferta económica que se adecue a los costes que han de asumirse durante la ejecución del contrato, este Tribunal no puede admitirla pues, a su juicio, los términos del objeto del contrato están lo suficientemente determinados en los pliegos y demás documentos contractuales, sin perjuicio de lo analizado anteriormente.

Procede, pues, la estimación de este tercer motivo del recurso en lo relativo a la anulación de la expresión “Otros servicios de recogida de residuos urbanos y limpieza urbana que sean expresamente ordenados por el Excmo. Ayuntamiento de Écija”, prevista en el citado apartado A) del Anexo I de PCAP.

OCTAVO. En el cuarto de los motivos del recurso, la recurrente afirma que las cláusulas y previsiones relativas al pago del precio del contrato no resultan ajustadas a derecho por vulneración de los principios de transparencia y libre concurrencia, así como de los artículos 26 y 87 del TRLCSP.

Así pues, y con objeto de centrar los términos de la controversia y solventar la cuestión planteada por la recurrente, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de la cláusulas y previsiones relativas al pago del precio. Al respecto, las mismas se establecen en el PPT, en donde se recogen ciertas cláusulas de variación de precios en función de determinados objetivos. Así:

En su cláusula 4 “Régimen de pagos” se establece que *“El precio anual del contrato se abonará en facturas mensuales a mes vencido cuyo importe, ponderado*



en cada caso en función del grado de cumplimiento de los objetivos de calidad que se establecen en los anexos XI y XVIII.

*El porcentaje máximo de detracción como consecuencia de la aplicación del índice de calidad será del **20%**.*

De dichas facturas se descontarán, en su caso, el importe de las penalizaciones que le hayan sido impuestas al adjudicatario”.

En su cláusula 6.4.5 “Objetivos de calidad y eficiencia”, en relación con la prestación del servicio de gestión de residuos municipales, se señala que “*Con el objetivo de que el servicio se realice de la mejor manera posible, se establecen unos índices de calidad y eficiencia que evalúan el sistema de recogida y contenerización, el servicio del personal empleado, los vehículos utilizados y la satisfacción ciudadana. En el anexo XI se recoge el sistema de indicadores de calidad y eficiencia, por el que se regirá la medición de la calidad del servicio contratado”.*

Y en su cláusula 7.3.4 “Objetivos de calidad y eficiencia”, en relación con la prestación del servicio de limpieza viaria, se señala que “*Con el objetivo de que el servicio se realice de la mejor manera posible, se establecen unos índices de calidad y eficiencia que evalúan el sistema de limpieza viaria, recogida y contenerización, el servicio del personal empleado, los vehículos utilizados y la satisfacción ciudadana. En el ANEXO XVIII se recoge el sistema de indicadores de calidad y eficiencia, por el que se regirá la medición del grado de cumplimiento del servicio de limpieza viaria contratado”.*

Al respecto, el artículo 87.4 del TRLCSP determina que “*Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, así como penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, debiendo determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación”.*



Por su parte, el artículo 25.1 del TRLCSP, relativo al principio de la libertad de pactos, establece que *"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"*.

Asimismo, el artículo 26.1 f) del TRLCSP incluye entre las menciones que deben contener los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público, la de *"El precio cierto o el modo de determinarlo"*.

Así las cosas, dado que el concepto de certeza del precio no se define en el TRLCSP ni en otras normas de derecho administrativo, es necesario acudir, *ex artículo 19.2 del citado texto refundido*, a la regulación prevista en el derecho privado, en concreto en el Código Civil donde se recoge este concepto en los artículos 1447 *"Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada"* y 1449 *"El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"*.

En definitiva, el principio del precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso, debiendo introducirse dichas variaciones respetando lo dispuesto en el artículo 87.4 del TRLCSP. En este sentido se han pronunciado determinadas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa en relación a supuestos de precio cierto pero determinable en función de diferentes variables. Así la del Estado en su informe 52/2009, de 26 de febrero de 2010, concluye en su apartado segundo que *"Sí es posible retribuir al contratista única y exclusivamente con un porcentaje sobre el importe efectivamente cobrado (principal, intereses y sanciones), en los expedientes fruto de la colaboración entre el Ayuntamiento y el contratista"* y



en su informe 59/2011, de 1 de marzo de 2012, concluye que “(...) en los contratos del sector público con empresas de servicios energéticos para la implantación de un Proyecto de mejora de la eficiencia energética, resulta posible que el precio se fije en todo o en parte sobre un porcentaje sobre la diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto”. Asimismo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Extremadura en su informe 3/2012, de 3 de mayo, determina “Que la redacción del artículo 87.4 del TRLCSP no impide que el precio de un contrato concreto pueda determinarse en función de determinados objetivos de plazos o de rendimientos obtenidos por consecuencia de la formalización de otro contrato distinto entre los que exista una relación de instrumentalidad en el sentido de que los trabajos realizados durante la ejecución del primero sean determinantes para la configuración técnica o para el buen desarrollo de! proceso de ejecución del segundo, siempre que la naturaleza y objeto de ambos contratos lo permitan, y aquellas cláusulas de variación del precio no resulten contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración”.

En el mismo sentido, la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña en su dictamen 247/2011, de 17 de noviembre, ha considerado que “La posibilidad de que en los contratos administrativos se fije un precio variable se encuentra actualmente admitida por la LCSP, en el artículo 75.4 (87.4 del actual TRLCSP)”.

Analizado que es actualmente posible establecer un precio variable en los contratos, ex artículo 87.4 del TRLCSP, procede examinar si están definidos en los pliegos los objetivos de cuyo cumplimiento dependerá la cuantía del precio del contrato, así como la forma en que están definidos.



Como se ha expuesto anteriormente, las cláusulas de variación de precios en función de determinados objetivos se prevén en el PPT (cláusula 4, 6.4.5 y 7.3.4) que establecen que el precio de las facturas mensuales será ponderado en cada caso en función del grado de cumplimiento de los objetivos de calidad que se establecen en los anexos XI y XVIII del PPT, con un porcentaje máximo de detracción como consecuencia de la aplicación del índice de calidad del 20%, descontándose en su caso el importe de las penalizaciones que le hayan sido impuestas al adjudicatario.

En los citados anexos XI y XVIII del PPT se establecen en síntesis los siguientes objetivos de calidad:

En el anexo XI se describen los índices de calidad y eficiencia en el servicio de recogida de residuos de una forma muy extensa -un total de 8 páginas del PPT-, estableciéndose dos tipos de índices, el tipo A y el tipo B, cada uno de los cuales contienen a su vez una serie de índices que miden determinados aspectos que se valoran, a la baja, con un determinado peso y con una fórmula final.

El tipo A consta del índice de imagen (Ii) que mide la composición e imagen de los equipos humanos y materiales de trabajo con un peso de reducción entre 0 y 5 puntos; del índice de prerrecogida (Ip) que mide la eficiencia y calidad del sistema de contenerización y frecuencia de recogidas con un peso de reducción entre 0 y 10 puntos; del índice de recogida y transporte (Irt) que mide la eficiencia y calidad del sistema de recogida y transporte con un peso de reducción entre 0 y 10 puntos; de otros posibles índices a utilizar (Otros) con un peso de 0 a 5 puntos, tales como índice de prestación del servicio en el punto limpio, índice de prestación del servicio de recogidas especiales, índice de satisfacción ciudadana e índice de funcionamiento del sistema informático para la gestión del servicio; y del índice correctivo (Ic) que engloba el resto de índices



($I_c = I_i + I_p + I_{rt} + \text{Otros}$) y mide el porcentaje de reducción a aplicar a la certificación final, pudiendo encontrarse en un rango entre 0% y 30%.

El tipo B denominado índice de calidad y eficiencia global ($ICEG = 0,7*IC + 0,3*IE$) consta de los indicadores cualitativos de calidad (IC) y eficiencia (IE) del procedimiento de mantenimiento de las infraestructuras, evaluando el sistema de recogida y la contenerización para todos los flujos, el servicio de los operarios y los vehículos y la satisfacción ciudadana.

Por su parte, en el anexo XVIII se describen los índices de calidad y eficiencia en el servicio de limpieza viaria, estableciéndose un total de diez parámetros valorándose cada uno de ellos, en función del grado de cumplimiento, como aceptable (0 puntos), inaceptable (1 punto) y crítico (2 puntos). Al final del citado anexo se establece una tabla de valoración que señala que las operaciones controladas son aceptables cuando la suma de la valoración sea 0; las operaciones controladas son inaceptables cuando la suma de la valoración sea 1 (se producirá una penalidad leve de grado mínimo); y las operaciones controladas son críticas cuando la suma de la valoración sea mayor o igual a 2 (crítico), en este supuesto se producirá una penalidad leve de grado máximo.

En función de lo anterior, la recurrente basa su alegato, en síntesis, en los siguientes argumentos:

Afirma que los pliegos de este contrato no cumplen con el requisito del precio cierto, en la medida en que la retribución del contratista no se encuentra plenamente determinada, ni se puede determinar ante la confusión que generan los anexos del PPT y la falta de una fórmula final que permita conocer cómo se calcula el importe de la certificación mensual.



Considera que la cantidad de fórmulas, índices, parámetros, etc., contenidos en los anexos XI y XVIII del PPT determinan que el precio del contrato esté aquejado de una gran incertidumbre y, además, a su juicio, de un marco regulatorio que es propicio para la aparición de arbitrariedad.

Señala que el establecimiento de índices sujetos a parámetros que no dependen solo de la actuación del contratista sino que están sujetos a otros múltiples factores que escapan a aquel, bien podría propiciar que la Administración, sirviéndose de los tan citados índices, fuese adaptando el precio a sus disponibilidades presupuestarias, y no a la realidad de la calidad de los servicios prestados.

Concluye la recurrente que tal y como están configurados los pliegos, no es posible determinar a priori cuál será el precio del contrato.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso funda su argumentación en justificar la legalidad del establecimiento de un precio variable en los contratos, conforme al artículo 87.4 del TRLCSP.

Visto lo anterior, procede analizar lo alegado por la recurrente. Al respecto, la recurrente en relación a la falta de una fórmula final que permita conocer cómo se calcula el importe de la certificación mensual alega que, si atendemos a la cláusula 4 del PPT, parece que la certificación mensual será el resultado de aplicar los índices con una reducción máxima con respecto al precio de adjudicación del 20%, descontando también las eventuales penalidades.

Sin embargo, a su juicio, no es eso lo que se desprende de los anexos XI y XVIII, pues de ellos parece que la aplicación del índice correctivo (Ic) puede llegar a suponer una reducción del 30% de la certificación, y no del 20% como dice la



citada cláusula 4. Además de lo anterior, señala la recurrente que la aplicación del índice de calidad y eficiencia global (ICEG) puede suponer que, del importe teórico mensual de la certificación, la Administración solo tenga que abonar un 30% al contratista, lo que haría completamente ruinoso el contrato.

Por si fuera poco, concluye la recurrente, la inexistencia de una fórmula final no despeja la duda de si, en ese último caso, es decir, si se abonase al contratista en aplicación del ICEG solo el 30% de la certificación, se puede también aplicar la reducción del índice del tipo A, que puede llegar hasta un 30% como hemos visto, lo que determinaría que el importe de la certificación mensual fuese o euros, o incluso negativo si además de lo anterior, se impusiera también al contratista alguna penalidad pues como se deduce del anexo XVIII, este índice no conlleva una modulación del importe de la certificación mediante una fórmula que recoja el grado de cumplimiento de los objetivos de calidad, sino que se traduce en la aplicación de penalizaciones al contratista, penalizaciones que también tienen su efecto directo en el importe de la certificación mensual, pues recordemos que la cláusula 4 del PPT establece que de esta también se detraerán las penalizaciones.

Al respecto hemos de analizar lo previsto en la cláusula 4 del PPT. En ella se señala que el precio del contrato se abonará mensualmente ponderado en función del grado de cumplimiento de los objetivos de calidad que se establecen en los anexos XI y XVIII, siendo el porcentaje máximo de detracción como consecuencia de la aplicación del índice de calidad del 20%. Así pues de lo anterior se infiere que la variación del precio del contrato se configura en función del cumplimiento de los objetivos de calidad establecidos en los anexos XI y XVIII del PPT y que, en todo caso, el porcentaje máximo de detracción será del 20%.



Sin embargo, en el anexo XVIII, denominado “índices de calidad y eficiencia energética en el servicio de limpieza viaria”, se establecen no variaciones en el precio del contrato sino penalizaciones en caso de que las operaciones controladas fuesen inaceptables, lo que supone, a juicio de este Tribunal, una contradicción, agravada por lo determinado en el último inciso de la cláusula 4 del PPT que señala que “De dichas facturas se descontarán, en su caso, el importe de las penalizaciones que le hayan sido impuestas al adjudicatario”.

En definitiva, existe una contradicción entre la cláusula 4 y el anexo XVIII, ambos del PPT pues dicho anexo no establece cláusulas de variación del precio en función del cumplimiento de determinados índices de calidad sino que impone penalizaciones, en contra de lo dictado por la cláusula 4 del propio PPT.

En cuanto al alegato de la recurrente de la existencia de contradicción entre el tope del 20% previsto en la cláusula 4 del PPT y el del 30% en aplicación del índice correctivo y otro del 30% del ICEG, ambos del anexo XI del PPT, hay que concluir que no existe tal contradicción pues el 20% actúa como tope que no se puede superar aún cuando en aplicación de uno u otro índice pudiese superarse.

En cuanto al alegato de la recurrente de que se establecen unos índices sujetos a parámetros que no dependen solo de la actuación del contratista sino que están sujetos a otros múltiples factores que escapan a aquel (actuación de los ciudadanos, vandalismo, meteorología, etc.). Es necesario precisar que el artículo 87.4 del TRLCSP exige que se determine con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, objetivo que en la presente licitación queda perfectamente definido, siendo dicha exigencia ajena al posible control de los distintos factores por el contratista, quien en todo caso puede establecer condiciones para evitarlos o mitigarlos



(entre otras, labores de concienciación y de vigilancia para la actuación de los ciudadanos o de prevención en el caso de incidencias meteorológicas como pueden ser mejor anclaje de contenedores). En este sentido se pronuncian los informes citados de las Juntas Consultivas, a título de ejemplo, en el mencionado informe 52/2009, de 26 de febrero de 2010, el precio se hacía depender del importe efectivamente cobrado (principal, intereses y sanciones) en los expedientes fruto de la colaboración entre el Ayuntamiento y el contratista, sin que sea posible controlar por el contratista el nivel de impago que depende de muchos factores que le son ajenos, tales como la voluntad del obligado al pago, su nivel de endeudamiento, la capacidad de financiación, etc. Por su parte, en el citado informe 3/2012, de 3 de mayo, la variación en el precio se determinaba en función de ciertos objetivos de plazos o de rendimientos obtenidos como consecuencia de la formalización de otro contrato distinto, en el que la ausencia de control por parte del contratista es total pues los factores que influyen en la variación del precio se hacen depender de la ejecución de otro contrato distinto.

Por otra parte, la recurrente alega que la configuración del índice de calidad y eficiencia “tipo B” resulta bastante complicada y confusa, hasta el punto de que afecta directamente al principio de transparencia y a la exigencia de precio cierto, pues lo rebuscado de los rangos, fórmulas y parámetros en que se basa carecen de una mínima claridad que permita a los licitadores conocer las condiciones de pago con plenas garantías. Este alegato no puede ser compartido por este Tribunal, quien ha podido comprobar que, efectivamente, la configuración del citado índice “tipo B” es laboriosa y complicada pero nada que un licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pueda entender, pues estamos en presencia de un contrato complejo de larga duración y de un importante presupuesto de licitación que exige la máxima diligencia tanto en la elaboración de la oferta como en su eventual ejecución.



Por último, en cuanto al alegato de la recurrente relativo al índice “otros posibles índices a utilizar”, dentro del de calidad y eficiencia “tipo A”, en el que manifiesta que esos posibles índices que señala el anexo XI del PPT no están en modo alguno desarrollados ni definidos en el pliego, desconociéndose completamente si se van a aplicar todos los que se enumeran como ejemplos o solo alguno de ellos así como qué criterios o indicadores se van a seguir para su evaluación y medición, este Tribunal no puede estar más de acuerdo con la recurrente pues en el pliego no se aclara cual o cuales de ellos y cuándo se van a utilizar ni qué factores se van a tener en cuenta en su aplicación, siendo el órgano de contratación quien en la ejecución del contrato ha de decidir sobre lo anterior, actuar proscrito por el ordenamiento jurídico, pues como se ha tenido ocasión de manifestar a lo largo de esta resolución, el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1449 del Código Civil).

Procede, pues, estimar este cuarto motivo del recurso en lo que se refiere al índice de calidad y eficiencia “otros posibles índices a utilizar” y en cuanto a la necesidad de aclarar la mencionada ambigüedad de la cláusula 4 y el anexo XVIII, ambos del PPT, debiendo desestimarse el resto del alegato.

NOVENO. En el quinto de los motivos del recurso, la recurrente alega falta de concreción de los criterios de adjudicación evaluables mediante juicios de valor y de su ponderación, con vulneración de los principios de transparencia e igualdad de trato de los licitadores (artículos 1 y 139 del TRLCSP).

Sobre el particular alega la recurrente que la descripción de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, que se establecen en el apartado 2º del anexo V del PCAP, así como de los aspectos que se tendrán en cuenta para su



valoración, resulta claramente insuficiente, lo que puede provocar que la valoración de las ofertas técnicas presentadas por los licitadores incurra en falta de motivación y arbitrariedad, al no conocer de antemano los aspectos concretos que van a ser valorados por la Mesa de contratación.

A su juicio, la indeterminación de los criterios evaluables mediante juicios de valor y las similitudes existentes entre dichos criterios y las mejoras evaluables mediante la aplicación de fórmulas, hace imposible que los licitadores formulen su oferta conforme a lo exigido en los artículos 150.2 del TRLCSP y 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dicha circunstancia genera, a su vez, un gran riesgo de exclusión de las ofertas.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que en el Anexo V.2 del PCAP quedan definidos estos criterios evaluables mediante juicio de valor hasta un punto (subcriterios) que limitan -en beneficio de la objetividad y la transparencia- el grado de discrecionalidad técnica de esta Administración.

Por lo tanto, a su juicio, una vez perfectamente definidos los criterios -y hasta los subcriterios- no hay atisbo alguno de vaguedad o generalidad en los mismos. Tanto es así, que según su parecer un mayor grado de concreción haría reducir a la práctica inexistencia la discrecionalidad técnica que debe presidir estos criterios.

Vistas las alegaciones y con objeto de analizar los alegatos de la recurrente procede traer a colación aquellos criterios de adjudicación que de una u otra forma rebate el recurso. Dichas criterios se contienen en los apartados 2 y 3 del anexo V del PCAP por remisión de la cláusula 8 del citado pliego.



Así en relación con los criterios de adjudicación cuya cuantificación depende de un juicio de valor, se señala como uno de ellos la “Mejor solución técnica del servicio de recogida” con hasta 10 puntos con el siguiente tenor:

“1.1 Recogida ordinaria(Recogida, mto. y lavado contenedores): 9,0000 puntos.

1.2 Recogidas especiales (voluminosos, animales muertos y comercial) 0,5000 puntos.

1.3 Otras recogidas especiales (las que ordene la Entidad local, en acontecimientos y eventos) 0,2000 puntos.

1.4 Punto Limpio: 0,3000 puntos”.

La recurrente alega que el pliego se limita a enumerar una serie de subcriterios de valoración en términos genéricos e imprecisos, tales como “*otras recogidas especiales*”, o “*punto limpio*”, sin explicar con claridad qué aspectos van a ser objeto de valoración, tal y como exige la doctrina y la jurisprudencia.

Pues bien, hemos de partir de que lo que se valora en el criterio es la mejor solución técnica del servicio de recogida, que cuando alude al subcriterio “punto limpio”, ha de entenderse necesariamente referida a la mejor solución técnica del servicio de recogida relativa al punto limpio, que a juicio de este Tribunal está lo suficientemente descrito, lo que se infiere de su propia denominación, además ha de tenerse en cuenta su escasa valoración, 0,30 puntos sobre un total de 100 puntos, lo que hace presagiar su escasa incidencia en la valoración total.

Igual sucede en el caso del subcriterio “otras recogidas especiales” que también tienen una escasa incidencia en la puntuación -0,20 sobre un total de 100 puntos-. Sin embargo, en este caso la descripción del criterio es abierta e imprecisa pues ni explicita a qué recogidas especiales se refiere ni a qué tipo de eventos o acontecimientos, circunstancias que deben ser precisadas a posteriori por el órgano técnico evaluador, con la consiguiente quiebra del principio de transparencia e igualdad de trato.



Asimismo, y siguiendo con los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, se señala como otro de ellos “Estructura general” con hasta 10 puntos con el siguiente tenor:

- “- Mejor organización, planificación, programación, y operatividad del servicio.*
- Mejor dotación de recursos materiales, valorándose expresamente la menor antigüedad de la maquinaria.*
- Mejores instalaciones y material de reserva.*
- Mejor sistema de informatización del servicio y dotación de nuevas tecnologías.”*

La recurrente alega que, además de que los subcriterios de valoración se describen en términos genéricos e imprecisos, tampoco se desglosa la puntuación que corresponde a cada criterio. Según su parecer, dicho criterio se valora con un total de 10 puntos, pero no se indica el reparto de puntos que corresponde a cada uno de los subcriterios transcritos.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, y según consta en el mencionado apartado 2 del anexo V del PCAP, el criterio lo que valora es la estructura general del proyecto con un máximo de 10 puntos y para su valoración establece como aspectos a tener en cuenta los siguientes: la mejor organización, planificación, programación, y operatividad del servicio, la mejor dotación de recursos materiales, valorándose expresamente la menor antigüedad de la maquinaria, las mejores instalaciones y material de reserva y el mejor sistema de informatización del servicio y dotación de nuevas tecnologías, por lo que ninguna tacha de ilegalidad ha de reputarse al criterio, que está ponderado con un total de 10 puntos y establecidos los parámetros o aspectos a tener en cuenta para su valoración.

Procede examinar ahora el alegato de la recurrente relativo a que la configuración de los pliegos en lo que respecta a los criterios evaluables



mediante juicios de valor y a las mejoras valorables mediante la aplicación de fórmulas genera un gran riesgo de exclusión de las ofertas, y ello, porque la falta de concreción de los criterios evaluables mediante juicios de valor y las coincidencias que existen entre dichos criterios y mejoras hacen prácticamente imposible que los licitadores elaboren sus ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del citado Real Decreto 817/2009. A su juicio, existen ciertos aspectos que son objeto de valoración tanto mediante juicios de valor, como de forma automática. Para ilustrar su alegato la recurrente trae a colación, a título de ejemplo, dos supuestos en los que a su entender se da dicha circunstancia que denuncia.

Señala que uno de los criterios evaluables mediante juicios de valor es la “*mejor solución técnica del servicio de recogida: punto limpio*”, Asimismo, uno de los criterios evaluables mediante fórmulas son las “*obras de mejora o adecuación del punto limpio municipal*”. Asimismo señala que otro de los criterios evaluables mediante juicios de valor es la “*mejor organización, planificación y operatividad del servicio*”, y varios de los criterios evaluables mediante fórmulas consisten en “*aumentos de la frecuencia de barrido*”.

A su juicio, basta con realizar una lectura de los ejemplos citados para advertir la alta probabilidad de que los licitadores anticipen información relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas (por ejemplo, información sobre las obras de adecuación del punto limpio, o sobre la frecuencia de barrido), en el sobre relativo a los criterios evaluables mediante juicios de valor (entre los que se encuentran las mejoras propuestas en relación con el punto limpio, y la planificación de los servicios). Ello resultaría contrario a los artículos 150.2 del TRLCPS y 26 del Real Decreto 817/2009, y a los principios de transparencia e igualdad de trato.



Concluye la recurrente que esta incertidumbre resulta aún mayor si se tiene en cuenta que en los pliegos no se contiene una relación de la documentación que se debe incluir en cada uno de los sobres; así, la cláusula 10 del PCAP se limita a indicar que en el sobre B se debe incluir la documentación técnica sobre criterios no evaluables económicamente, y en el sobre C, la documentación técnica que justifique la aplicación de los criterios evaluables de forma automática. De este modo, a su juicio, la redacción actual de los pliegos en este punto no permite a los licitadores determinar qué información y documentación se debe incluir en el sobre B, relativo a los criterios evaluables mediante juicios de valor, y cuál en el sobre C, relativo a los criterios evaluables mediante fórmulas.

Pues bien, ha de analizarse si los aspectos alegados por la recurrente son objeto de valoración tanto mediante juicios de valor como de forma automática.

Respecto al primero de ellos -el criterio evaluable mediante juicios de valor “*mejor solución técnica del servicio de recogida: punto limpio*” y el criterio evaluable mediante fórmula “*obras de mejora o adecuación del punto limpio municipal*”-, hemos de partir de la redacción en el pliego de este último, cuyo tenor es “*obras de mejora o adecuación del punto limpio municipal previstos en el anexo XX (0,44 puntos) : Para la determinación de los puntos a asignar se seguirá la siguiente fórmula: P: puntos; I.O: Inversión ofertada; I.P: Inversión PEM (32.158,99 €, según Anexo); $P = I.O * 0,44 / I.P$* ”.

Lo que se valora en este criterio de aplicación automática es el mayor importe de inversión que pueda ofertar el licitador por encima de 32.158,99 euros de presupuesto de ejecución material, por lo que el licitador debe cuidarse, si va a ofertar esa mayor inversión, de no desvelar ni directa ni indirectamente el importe de la misma en la documentación del sobre B.



Lo mismo ocurre, a juicio de este Tribunal, respecto del segundo de ellos -el criterio evaluable mediante juicios de valor “*mejor organización, planificación y operatividad del servicio*” y varios criterios evaluables mediante fórmulas “*aumentos de la frecuencia de barrido*”. Así, hemos de partir de la redacción en el pliego de estos últimos, que en un total de cuatro valoran los aumentos de la frecuencia de barrido “mixto de 6 a 7 días / semana”, “manual de 6 a 7 días / semana”, “mixto los festivos” y “manual los festivos”. En este caso, lo que se valora en los criterios de aplicación automática es un determinado aumento de la frecuencia de barrido, por lo que del mismo modo el licitador debe cuidarse, si va a ofertar alguna de esas frecuencias de barrido, de no desvelar ni directa ni indirectamente esa intención en la documentación del sobre B.

En definitiva, un licitador razonablemente informado y normalmente diligente debe prever que su oferta contenida en el sobre de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, no comprenda ninguna referencia que directa o indirectamente pueda revelar el contenido de su oferta del sobre de los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmulas.

En cuanto a la alegación de la recurrente de que en los pliegos no se contiene una relación de la documentación que se debe incluir en cada uno de los sobres, este Tribunal ha de desestimarla pues el PCAP es claro en ese sentido. Así en su cláusula 10 D), se recoge en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“Sobre B.- Documentación relativa a criterios dependientes de un juicio de valor.

Sobre C.- Documentación relativa a los criterios evaluables de forma automática.

(...)

En el «sobre B», se incluirá solo la documentación técnica sobre criterios no evaluables automáticamente, señalada en el documento anexo V (apartado 2º) al presente pliego de condiciones, en orden a la aplicación y valoración de los criterios



de adjudicación que dependan de un juicio de valor, por el orden y en la forma requerida en dicho anexo.

(...)

En el «sobre C», se incluirá:

a) Oferta económica y documentación cuantificable de forma automática.

Como primer documento la proposición económica del licitador

(...)

b) La documentación técnica que justifique la aplicación de los criterios evaluables de forma automática.

En segundo lugar y, de forma claramente diferenciada la documentación técnica señalada en el documento anexo v.3º (apartado iii) al presente pliego de condiciones en orden a la aplicación y valoración de los criterios de adjudicación (distintos del precio) que deban evaluarse mediante la aplicación de una fórmula por el orden y en la forma señalada en dicho anexo.

c) La documentación técnica adicional.

Y en tercer lugar la documentación técnica adicional señalada en el documento anexo v.5º al presente pliego de condiciones.

(...)”.

Procede, pues, la estimación de este quinto motivo del recurso en lo referente al subcriterio “Otras recogidas especiales (las que ordene la Entidad Local, en acontecimientos y eventos)”, dentro del criterio evaluable mediante juicio de valor “Mejor solución técnica del servicio de recogida”, debiendo desestimarse el resto de los alegatos de este motivo del recurso.

DÉCIMO. En el sexto y último de los motivos del recurso, la recurrente alega que los pliegos reguladores del contrato contienen cláusulas confusas y contradictorias, vulnerándose los principios de igualdad, transparencia y concurrencia (artículos 1 y 139 del TRLCSP).



Afirma la recurrente que existen numerosas previsiones de los pliegos que generan confusión a los licitadores, y que resultan contradictorias e incongruentes entre sí, vulnerando los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia previstos en el artículo 1 del TRLCSP, por lo que se debe proceder a su anulación.

Sin embargo, este Tribunal solo va a proceder a analizar las supuestas contradicciones e incongruencias que expresamente son alegadas en el recurso, pues en el resto de casos la recurrente se limita a manifestar que son contradictorias e incongruentes pero no concreta cuáles y en qué medida.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se limita a afirmar que la recurrente desconoce las mínimas reglas de la hermenéutica -en concreto de la interpretación sistemática-, conforme a la cual las cláusulas de los pliegos deben de interpretarse en su conjunto, tal y como se definen; esto es, como una norma en unidad indisoluble para regir una contratación, llegando incluso la recurrente a cuestionar cláusulas en las que meramente se trasciben preceptos legales. A su entender, basta comparar los motivos del recurso anteriores con este para colegir que son los mismos en algunos casos y, en otros casos lo que no puede pretender la recurrente es que, porque ella no llegue a comprender ciertas cláusulas o determinaciones de los respectivos pliegos, deban de ser tachados de nulidad.

En concreto la recurrente denuncia las siguientes, según su parecer, contradicciones e incongruencias:

i) Afirma que no se entiende si el periodo de carencia previsto en el apartado C del Anexo del PCAP que se establece como mínimo puede ampliarse más allá de los cuatro meses fijados en dicho apartado.



ii) Señala que existen contradicciones entre las previsiones del PPT (cláusula 4 y anexo XI), que no permiten a los licitadores conocer cuál será el porcentaje máximo que se puede detraer del importe de las certificaciones mensuales que debe abonar el Ayuntamiento de Écija.

iii) Alega que la cláusula 25 del PCAP, que regula el pago de las prestaciones del contrato, establece que si el pago se realiza periódicamente, el precio total del contrato *“se fraccionará en tantas mensualidades como dure su ejecución, y que cada parte será abonada al contratista mensualmente”* por el Ayuntamiento de Écija, previa presentación de la factura y aprobación de la misma por parte el órgano competente. Sin embargo, en el apartado C) del Anexo I del PCAP se dispone que el abono del precio por parte del Ayuntamiento de Écija, *“transcurrido el periodo de carencia de cuatro meses se hará efectivo a mes vencido mediante la presentación por el contratista de las facturas correspondientes a cada mensualidad”*.

Estos tres alegatos de la recurrente han quedado analizados y resueltos por este Tribunal en los anteriores fundamentos de derecho a los que nos remitimos.

iv) Denuncia la recurrente que entre los criterios de adjudicación evaluables de forma automática previstos en el Anexo V del PCAP (sobre C) se incluyen las siguientes actuaciones: obras de clausura de los equipos soterrados instalados en la vía pública, obras de mejora o adecuación del punto limpio municipal y obras de ejecución de los parques de recepción de barrido en bateas. Estas mejoras se puntúan atendiendo a la relación entre la inversión propuesta por el licitador y el presupuesto de ejecución material de las obras que se contiene en el Anexo XX del PPT.



Por otra parte, señala la recurrente, en el apartado Y) del Anexo I del PCAP se establece que estas obras serán realizadas por el Ayuntamiento de Écija en un plazo de 36 meses a contar desde la formalización del contrato, y *“si transcurrido dicho plazo no se han ejecutado, el adjudicatario quedaría obligado —reuniendo los requisitos de capacidad y solvencia económico-financiera, técnica y profesional legalmente previstos- a la presentación de la oportuna oferta al correspondiente procedimiento de licitación, cuyo tipo de licitación será el precio señalado en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

Además manifiesta que el Anexo XX del PPT, al que se remite el Anexo V del PCAP para determinar la puntuación de las mejoras propuestas por los licitadores, tiene por título: *“presupuesto y mediciones de las obras a ejecutar por la Administración o subsidiariamente por el contratista”*. Estas incongruencias en los pliegos del contrato generan una gran confusión a los licitadores, y les impide formular sus ofertas en condiciones de transparencia, igualdad y concurrencia.

Concluye la recurrente que la oscuridad de la que adolecen los pliegos en este aspecto reviste una especial gravedad, debido a que la obligación del adjudicatario de concurrir a las eventuales licitaciones de las obras -que finalmente no ejecute el Ayuntamiento de Écija, o que no se hayan ofrecido como mejoras-, calificada por el PCAP como *“obligación esencial”*, es ajena al contrato en cuestión, y resulta contraria al derecho de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española.

Efectivamente, según ha podido comprobar este Tribunal, en el apartado Y) del Anexo I del PCAP se establece, como obligación esencial del contratista a los efectos del artículo 223 f) del TRLCSP, que estas obras -de clausura de los equipos soterrados instalados en la vía pública, de adecuación del punto limpio



municipal y de ejecución de los parques de recepción de barrido en bateas- serán realizadas por el Ayuntamiento de Écija en un plazo de 36 meses a contar desde la formalización o inicio del contrato, y *“si transcurrido dicho plazo no se han ejecutado dichas obras, el adjudicatario quedaría obligado –reuniendo los requisitos de capacidad y solvencia económico-financiera, técnica y profesional legalmente previstos- a la presentación de la oportuna oferta al correspondiente procedimiento de licitación, cuyo tipo de licitación será el precio señalado en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*.

En definitiva, el PCAP establece como obligación esencial del contratista, cuyo incumplimiento acarrearía la resolución del contrato, la obligación por su parte de licitar a un eventual e hipotético contrato de obras, debiendo aquel reunir los requisitos de solvencia que pueda establecer el órgano de contratación en esa futura licitación. Así pues, se vincula el cumplimiento de esa obligación del presente contrato, no olvidemos que el pliego lo cataloga como obligación esencial, a un posible contrato futuro de obras para el supuesto que el Ayuntamiento no la realizase, lo que conculcaría los más elementales principios de transparencia -pues no se conocen todos los términos del hipotético contrato de obras-, de libertad de las empresas -pues se le obligaría a licitar so pena de incumplir el actual contrato de servicios-, así como del principio de la concurrencia pues la empresa que tenga intención de licitar al presente contrato de servicios -de recogida de residuos- tendría que tener además la adecuada solvencia como contratista de obras ya que de darse las circunstancias de que el Ayuntamiento no realizase las obras y convocarse la licitación de las mismas, aquella empresa estaría obligada a licitar y contar con dicha solvencia, limitándose por ello la concurrencia en el presente contrato al tener que contar los potenciales licitadores, además de con la debida solvencia como empresario de servicios, con la de contratista de obras.



v) Manifiesta que las previsiones relativas al régimen de modificación del contrato son ambiguas e indeterminadas, especialmente en lo que respecta a los supuestos de modificación previstos en la documentación contractual (artículo 106 del TRLCSP).

Señala la recurrente que el apartado O) del Anexo I del PCAP, en congruencia con lo dispuesto en el artículo 106 del TRLCSP, dispone que en caso de preverse varias causas de modificación del contrato, se deben exponer las “*circunstancias, condiciones, alcance, límites y porcentaje*” de cada una de ellas, así como, en caso de que dichas modificaciones conlleven la fijación de nuevos precios, el procedimiento para su determinación.

Afirma la recurrente que a pesar de dicha previsión, la cláusula 11 del PPT se limita a enumerar los supuestos que pueden dar lugar a la modificación del contrato, sin detallar las condiciones y el alcance de cada uno de dichos supuestos. A su juicio, basta con realizar una lectura de la referida cláusula para comprobar el grado de indeterminación del régimen de modificación del contrato.

Combate, a modo de ejemplo, el supuesto previsto en el apartado i) de la cláusula 11 del PPT, que consiste en la “*consecución o fijación de nuevos objetivos o índices de calidad*”.

Pues bien, respecto a la modificaciones, como se ha expuesto anteriormente, el artículo 219 del TRLCSP señala en su apartado primero que los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el Título V del Libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211. Por su parte en dicho Título y Libro



se regulan tanto las modificaciones previstas como las no previstas en la documentación que rige la licitación.

Respecto de las previstas, el artículo 106 del TRLCSP determina que *“Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.*

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.”

Por su parte, la cláusula 11 del PPT, denominada “Modificación del contrato” recoge entre los supuestos de modificación prevista la *“consecución o fijación de nuevos objetivos o índices de calidad”* en su apartado i), que es la que va a ser objeto de análisis por este Tribunal, pues en el resto de supuestos la recurrente se limita a manifestar que son indeterminados pero no concreta en qué medida.

El citado apartado establece lo siguiente:

“i) Consecución o fijación de nuevos objetivos o índices de calidad;



El Excmo. Ayuntamiento de Écija podrá requerir la modificación contractual en el supuesto en el que se hayan conseguido los objetivos establecidos en el contrato o cuando, debido a circunstancias nacidas con posterioridad a la adjudicación del mismo, resulte necesario determinar nuevos objetivos o índices de calidad.

Una vez que se haya procedido a la modificación contractual, el adjudicatario prestará el servicio en concordancia con los nuevos objetivos”.

De lo anterior se infiere, en relación con el artículo 106 del TRLCSP, que en la documentación que rige la licitación no se establece el alcance y límites de los nuevos objetivos y de los nuevos índices de calidad, asimismo no están definidas con total concreción -por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva- las condiciones de la eventual modificación, ni se precisan con suficiente detalle para permitir a los licitadores que puedan valorarlas a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

vi) Relata la recurrente que el apartado d) de la cláusula 4 del PCAP establece que en el apartado G) del Anexo I de dicho pliego se determina si procede o no la revisión de precios. Y añade que *“De no figurar en dicho apartado fórmula o indicación alguna de revisión de precios no habrá lugar a la misma”.*

A continuación el recurso transcribe el tenor del citado apartado G): *“Revisión de precios. De conformidad con el Artículo 4 Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, no se admitirá en el presente contrato la revisión periódica y predeterminada en función de precios, índices de precios o fórmulas que los contenga.*

Excepcionalmente, se podrá aprobar un régimen de revisión periódica y predeterminada de los valores referidos en el apartado anterior siempre que sea en función de precios individuales e índices específicos de precios, cuando



la naturaleza recurrente de los cambios en los costes de la actividad así lo requiera y se autorice en el desarrollo reglamentario previsto en el apartado 3º del Artículo 4 Ley 2/2015”.

A su entender, dicho apartado G) del Anexo I del PCAP, se limita a transcribir el artículo 4.2 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, sin establecer la fórmula que, en su caso, regiría la revisión de precios del contrato. Dichas previsiones resultan confusas, e impiden a los licitadores conocer si procede o no la revisión de precios de este contrato.

Además, afirma la recurrente, la aplicación del artículo 4.2 de la citada Ley 2/2015 al contrato que nos ocupa resulta improcedente, porque los contratos iniciados antes de la entrada en vigor del Reglamento que desarrolle la Ley 2/2015, como es el presente, se rigen por los preceptos relativos a la revisión de precios del TRLCSP (artículo 89 y siguientes), en su redacción anterior a la modificación operada por la Ley 2/2015, salvo en lo que respecta a la prohibición de revisar los precios con base en índices generales (Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación del nuevo régimen jurídico de revisión de precios creado como consecuencia de la Disposición Adicional 88 de la LPGE para 2014, y de la Ley 2/2015).

Pues bien, en este supuesto también ha de darse la razón a la recurrente pues como aún no se publicado el Reglamento que desarrolle la Ley 2/2015, y la licitación del presente contrato se ha publicado con posterioridad a la entrada en vigor de la disposición adicional 88 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014, al mismo le es de aplicación el artículo 89 y siguientes del TRLCSP, en su redacción anterior a la modificación operada por la Ley 2/2015.



Así pues, conforme a lo anterior, la redacción del apartado G) del Anexo I del PCAP es improcedente dando lugar a confusión.

Procede, pues, la estimación de este sexto y último de los motivos del recurso en lo referente a los apartados iv), v) y vi) en los términos en ellos expresados y respecto a los apartados i), ii) y iii) procede su remisión a lo expresado en los anteriores fundamentos de derecho.

En consecuencia, en base a todas las consideraciones recogidas en la presente resolución, procede estimar parcialmente la pretensión de la recurrente, anulando el PCAP y el PPT y, por ende, retrotraer las actuaciones al momento previo a la elaboración de los mismos, a fin de que en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho quinto a décimo de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SRL, SUCCIÓN Y LIMPIEZA DE RESIDUOS, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de contratación denominado “Servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria” (Expte. EC/AH-AGEU/001/2016) promovido por el Ayuntamiento de Écija (Sevilla) y, en consecuencia, anular dichos pliegos, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración de los mismos, a fin de que en



los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

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 5 de agosto 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.

