

Recurso 39/2018**Resolución 61/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 8 de marzo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Nerja” (Expte. SER201704), convocado por el Ayuntamiento de Nerja (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 9 de enero de 2018, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado, el 9 enero de 2018, en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga núm. 6.

El valor estimado del contrato asciende a 3.624.684,72 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.



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.

TERCERO. El 23 de enero de 2018, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CLECE, S.A. contra los pliegos que rigen la licitación del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

Dicho escrito, junto con el expediente administrativo y el informe al recurso, fue remitido a este Tribunal por el órgano de contratación, teniendo entrada el día 15 de febrero de 2018.

CUARTO. Por la Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 19 de febrero de 2018, se solicita a la recurrente que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la recurrente dentro del plazo concedido al efecto.

QUINTO. Con fecha 19 de febrero de 2018, se solicita al órgano de contratación por parte de la Secretaria de este Tribunal determinada documentación complementaria. La documentación solicitada fue recibida el 21 de febrero de 2018.

SEXTO. Con fecha 22 febrero de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndolas presentado en plazo entidad alguna.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

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.”*

Los apartados 1 y 2 de dicho artículo 10 del Decreto 332/2011 permiten que las Corporaciones Locales creen sus propios órganos especializados para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolverlos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquellos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Nerja 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 son los pliegos que rigen la licitación, 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. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél 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.”

En el presente supuesto, la publicación del anuncio de la licitación se produjo, tanto en el Boletín Oficial de la Provincia como en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha de 9 de enero de 2018,



por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir de ese día, fecha en la que los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores para su conocimiento.

Por tanto, al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 23 de enero de 2018 en el Registro del órgano de contratación, aquel se presentó dentro del plazo legal establecido

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita en el recurso que se declare la nulidad de la fórmula establecida para la valoración de las ofertas presentadas, que se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), y, consecuentemente, se anule el actual procedimiento para que se inicie otro con unos pliegos que se ajusten a la legalidad.

La fórmula a la que hace referencia la recurrente aparece descrita en el anexo II del PCAP, bajo la rúbrica “CRITERIOS BASE PARA LA ADJUDICACIÓN”, siendo su tenor el siguiente:

*“ANEXO II
CRITERIOS BASE PARA LA ADJUDICACIÓN*”

<i>CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN (evaluables automáticamente o mediante fórmulas)</i>			
<i>A) MEJORAS</i>	<i>Máximo 49 puntos</i>		
<i>B) OFERTA ECONÓMICA</i>	<i>Máximo 20 puntos</i>		

(...)

La oferta económica se valorará de la siguiente forma para cada uno de los tramos de los precios unitarios: La máxima puntuación económica se asignará, aunque no se



haya presentado, a la oferta que represente una baja del 20% sobre la media de las proposiciones presentadas, o incluso a una baja superior si fuese presentada, y la mínima puntuación económica, aunque no se haya presentado, a la oferta equivalente al precio de licitación. Las ofertas tendrán la puntuación que les corresponda de acuerdo con un criterio de proporcionalidad lineal entre los extremos máximo y mínimo indicados anteriormente.

El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos establecidos en el artículo 85 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas. En cuyo caso, se procederá de acuerdo con lo previsto en el artículo 152 del TRLCSP.

(...)”

Al respecto, señala la recurrente que si se relaciona el modo de puntuar las ofertas económicas con las reglas previstas en el artículo 85 del RGLCAP, para el caso de que al procedimiento de licitación concurren tres o más licitadores, ninguna de las empresas podrá realizar una baja en su oferta económica suficiente para que a la misma se le otorgue la máxima puntuación posible, sin que su proposición sea o pueda ser considerada anormal o desproporcionada y como consecuencia, pueda resultar excluida si no justifica suficientemente la viabilidad de su oferta.

Asimismo, alega la recurrente que incluso podría darse el caso de que la oferta con un mayor porcentaje de bajada que no llegase al 20%, además de ser considerada anormal o desproporcionada, no obtendría en ningún caso la máxima puntuación prevista en el pliego.

Por todo ello, concluye la recurrente manifestando que los pliegos que rigen la licitación adolecen de oscuridad y contradicción en relación a la forma de valoración las ofertas económicas y la determinación de las proposiciones incursas en baja anormal y desproporcionada, hecho que puede perjudicar a los licitadores que participan en el procedimiento, contrariando con ello los



principios de igualdad y no discriminación establecidos en los artículos 1 del TRLCSP.

Por su parte, el órgano de contratación pone de manifiesto que, pese a que el recurso fue presentado en tiempo y forma el día 23 de enero de 2018, el contenido de los pliegos fue aceptado por la recurrente al presentar su oferta el día 24 de enero de 2018, en base a lo establecido en el artículo 145.1 del TRLCSP. Por tanto, entiende el órgano de contratación que el pliego es un acto firme y consentido que vincula no solo en este caso a CLECE, S.A., sino también al órgano de contratación, no pudiendo ni aquel ni este apartarse de su contenido, trayendo a colación varias resoluciones de este Tribunal.

Por todo ello, el órgano de contratación propone a este Tribunal la inadmisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto.

SSEXTO. Con carácter previo al examen del fondo del recurso, hemos de abordar la cuestión planteada por el órgano de contratación en su informe.

Así, respecto de la posibilidad de interponer recurso con anterioridad a la presentación de oferta en el procedimiento de licitación entiende este Tribunal que ningún obstáculo plantea la interposición del recurso con carácter previo a la presentación de la proposición -que es lo que ocurre en el supuesto examinado-, toda vez que la impugnación es previa a la aceptación del contenido de los pliegos.

Por tanto, no puede atenderse a lo solicitado por el órgano de contratación, ya que ningún inconveniente existe, en principio, en que tras la interposición del recurso se proceda a la presentación de oferta en el procedimiento de licitación correspondiente.

SSEXTIMO. En cuanto a la alegación del recurso relativa a la fórmula para la valoración de la oferta económica, como ha quedado transcrito, la misma asigna



la máxima puntuación, aunque no se haya presentado, a la oferta que represente una baja del 20% sobre la media de las proposiciones presentadas, o incluso a una baja superior si fuese presentada, y la mínima puntuación económica, aunque no se haya presentado, a la oferta equivalente al precio de licitación. Asimismo, se establece que el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos establecidos en el artículo 85 del RGLCAP, cuyo contenido recogemos a continuación:

“Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*
- 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.*
- 5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.*



6. Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.”

En el caso que nos ocupa, podemos observar como, por una parte, el órgano de contratación ha establecido en el pliego un porcentaje de baja, sobre la media de las proposiciones presentadas, que considera óptimo y al que asigna la máxima puntuación, sin que se justifique el por qué de su idoneidad. Y, por otra, se remite a los dispuesto en el artículo 85 del RGLCAP a efectos de determinar la anormalidad o desproporción de las proposiciones presentadas por los licitadores, lo cual, en un contrato de estas características donde la participación suele ser elevada (en la actual licitación han participado 10 empresas), resulta contradictorio y desproporcionado.

Así, parece claro que el pliego persigue el objetivo de disuadir bajas que el órgano de contratación considera incompatibles con el objeto del contrato pero, por otra parte, otorga la máxima puntuación a un porcentaje de baja -que recordemos se considera el más adecuado- que con total seguridad hará que las ofertas de las empresas que lo igualen, superen o se aproximen, incurran en anormalidad y, por tanto, corran el riesgo de no quedar justificadas debidamente a juicio de la mesa de contratación.

Por tanto, podemos concluir que ambos elementos tienen una relación desproporcionada que acaba afectando al correcto desarrollo del procedimiento. En este sentido, si bien es cierto que no puede afirmarse que estemos en presencia de una fórmula que imponga *strictu sensu* un “umbral de saciedad o saturación”, en el sentido de limitar totalmente en la práctica las mejoras a la baja de las posibles ofertas económicas sobre el presupuesto de licitación a un porcentaje máximo (Resolución de este Tribunal 282/2017, de 28 de diciembre), lo cierto es que el criterio de valoración de la proposición económica, tal y como está planteado, disuade una posible mayor baja o economía en el contrato. Y ello porque, aun cuando los licitadores puedan



formular una oferta más baja, saben que es probable que su proposición, además de incurrir en baja anormal o desproporcionada, no obtenga la máxima puntuación, lo que desmotiva a las entidades licitadoras a presentar ofertas con precios más competitivos. Siendo, además, que las ofertas que en la práctica presenten bajas mayores al 20%, no va a obtener más puntuación, lo que se considera carente de justificación, pues no hay razón alguna para que no puedan proponerse bajas en las ofertas económicas superiores, con el consiguiente incremento de puntos para tales ofertas y beneficio económico para la Administración, tal y como ya ha tenido oportunidad de manifestar este Tribunal en numerosas resoluciones (387/2015, 408/2015 y 223/2016).

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

Finalmente, quiere poner de manifiesto este Tribunal que nos encontramos en presencia de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a la cantidad de 3.624.684,72 euros, por lo que la contratación examinada estaría sujeta a regulación armonizada, lo que supone que se haya incumplido con la exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Nerja”



(Expte. SER201704), convocado por el Ayuntamiento de Nerja (Málaga) y, en consecuencia, anular el criterio de adjudicación «oferta económica» establecido en el anexo II del PCAP, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos de la contratación, a fin de que se proceda en los términos expuestos en esta resolución y se convoque una nueva licitación.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a 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.

