



EB 2015/114

Resolución 117/2015, de 20 de octubre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CLECE, S.A. contra los Pliegos del contrato de “servicio asistencial de la Residencia de Ancianos Sagrado Corazón de Errenteria”, tramitado por el Patronato Municipal Residencia de ancianos Sagrado Corazón.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de septiembre de 2015, la empresa CLECE, S.A. interpuso un recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos del contrato “Servicio asistencial de la Residencia de Ancianos Sagrado Corazón de Errenteria”, tramitado por el Patronato Municipal Residencia de ancianos Sagrado Corazón.

SEGUNDO: El expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) se solicitaron el mismo día 17 de septiembre de 2015 y tuvieron entrada el día 21 del mismo mes en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO).

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 23 de septiembre de 2015, no se ha recibido ninguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la legitimación de la recurrente y la representación de Don J.M. G.V. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El poder adjudicador estima que el contrato impugnado es un contrato especial (artículo 19.1 TRLCSP), no comprendido en el ámbito objetivo del recurso especial. Se cita en apoyo de esta alegación el carácter heterogéneo de las prestaciones y que el destinatario de las mismas sean los residentes en el centro y no directamente la Administración. Por el contrario, el recurrente estima que se trata de un contrato mixto cuyo componente principal es la prestación socio sanitaria, comprendida en la categoría 25 del Anexo II, lo que determina la posibilidad de plantear un recurso especial (artículo 40.1 TRLCSP).

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus resoluciones 16/2014, 76/2014 y 120/2014) que el OARC/KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial –es decir, a la hora de verificar su propia competencia– no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual el TRLCSP incorpora en sus artículos 6 y siguientes (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Así, en el presente caso, del análisis de la documentación contractual se deduce que la calificación de contrato administrativo especial no es correcta, ya que concurren claramente las notas propias del contrato de servicios. Este contrato se define en términos amplísimos en el artículo 10 TRLCSP como aquél que consiste en “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”. Como puede verse, en esta definición, en la que no aparece distinción alguna en razón de quién sea el destinatario directo del servicio,



cabem sin ningún problema conceptual los contratos como el analizado, en los que la Administración gestiona directamente (es decir, sin transferencia del riesgo de explotación) y a cambio del pago de un precio, un servicio de su competencia encomendando a un operador económico prestaciones de hacer como las que se señalan en el apartado 2 del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, PCT): asistencia a los usuarios, limpieza y mantenimiento. Por lo tanto, tampoco se trata de un contrato mixto, ya que éste se define como aquél que contiene prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, y aquí solo hay prestaciones propias del contrato de servicios. Sentada esta base, no es importante, a los efectos de determinar la competencia de este OARC / KEAO, saber en qué epígrafe del Anexo II del TRLCSP se incardinan los diversos objetos contractuales, pues siendo como es el valor estimado del contrato superior a los 207.000 euros, tanto si se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada como si no, está incluido en el ámbito del recurso especial (artículo 40.1 TRLCSP).

En consecuencia, la competencia para resolver el presente recurso corresponde al OARC / KEAO, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, en relación con el artículo 40.1 b) TRLCSP.

Sin perjuicio de lo que pueda tenerse en cuenta en el caso de que el recurso prospere y deban elaborarse unos nuevos Pliegos, la recalificación de la naturaleza del contrato se formula ahora únicamente a efectos de determinar la procedencia de la interposición del recurso especial y la competencia del OARC / KEAO, sin que ello permita declarar la invalidez de las cláusulas de la documentación contractual o de las actuaciones procedimentales incompatibles con la verdadera naturaleza del contrato; téngase en cuenta que la resolución que este Órgano emita habrá de ser congruente con la pretensión del recurrente (artículo 47.2 TRLCSP), la cual no contiene, como se verá, ninguna impugnación en este sentido.



TERCERO: El artículo 40.2 a) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma. En este sentido, no es aceptable la alegación en contra del poder adjudicador, que entiende que el último día del plazo de presentación era el 16 de septiembre, habida cuenta de que la puesta a disposición de los Pliegos se produjo con la publicación del anuncio de licitación, el día 1 de septiembre, por dos razones: la primera es que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40.2 TRLCSP, el cómputo del plazo de interposición se ha de realizar en días hábiles por lo que, en todo caso, el plazo finalizaría el 18 de septiembre. No obstante, este OARC / KEAO se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca del plazo para la interposición del recurso especial frente a los pliegos del contrato, que no coincide con el criterio manifestado por el poder adjudicador. Así, en la Resolución 123/2014 se dice que:

“(…), si no consta en el expediente, como en este caso, que se remitieran los pliegos de manera expresa al recurrente ni que éste tuviera acceso a los mismos de modo electrónico en una fecha concreta, el plazo de interposición comienza el día hábil siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones (en este caso, el 7 de noviembre de 2014). Esta doctrina ha sido la seguida invariablemente por el OARC / KEAO (ver, por todas, las Resoluciones 11/2014 y 92/2014), y se ha visto confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 553/2013 de 28 de octubre de 2013, dictada a propósito de la Resolución 12/2012 del OARC / KEAO y que en su Fundamento de Derecho Segundo afirma:

El plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación no comienza a correr, como interpreta la recurrente, en la fecha en que el interesado pudo conocer el contenido del pliego o documento objeto de esa impugnación porque tal solución ad casum no se compadece con las previsiones del artículo 314-2 en relación al artículo 142 de la Ley 30/1997 que no fijan el dies ad quem con referencia a tal eventualidad sino a la fecha en que ciertamente el pliego y los otros documentos contractuales son recibidos por el licitador o puestos a su disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, de oficio o a solicitud del interesado presentada antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas, y como en el presente caso no hay constancia de la comunicación de que aquellos documentos hubiesen sido recibidos o puestos a disposición del recurrente por alguno de los medios señalados el plazo



de interposición no comenzó a correr sino desde el día siguiente hábil al de vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, según ha interpretado el Órgano competente.

En conclusión, no es la posibilidad de conocimiento del pliego recurrido sino la recepción o acceso del licitador a dicho documento por alguno de los medios previstos por la norma la que determina por elementales razones de seguridad jurídica el inicio del plazo de interposición del mencionado recurso.»

Debe señalarse, además, que el anuncio publicado en el Boletín Oficial de Gipuzkoa del 1 de septiembre de 2015 al que alude el poder adjudicador ni siquiera especifica cuál es el plazo de presentación de ofertas, e incluso afirma que su propósito es anunciar la exposición pública de los pliegos durante 8 días y “simultáneamente se anuncia concurso, si bien la licitación se aplazará cuando resulte necesario, en el supuesto de que formulen reclamaciones contra los pliegos de condiciones”, por lo que no puede considerarse como el anuncio de la licitación.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Patronato Municipal Residencia de ancianos Sagrado Corazón tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Se atribuye a la proposición económica una puntuación máxima de 55 puntos, estableciendo tramos de cuantía fija, atribuyendo puntuación determinada a proposiciones económicas concretas y, sobre todo, se otorgan 40 puntos a cualquier proposición que vaya al tipo, sin realizar baja alguna. Esta fórmula es contraria a los principios de la contratación pública, en especial los de la oferta económicamente más ventajosa, competencia, concurrencia, eficiencia, igualdad de trato y no discriminación; además, añade discrecionalidad a la adjudicación, pues el peso real del criterio es de 15 puntos, aumentando el peso relativo de los criterios sujetos a juicio de valor. Asimismo, se establece un umbral mínimo por debajo del cual no se atribuirán puntos a ofertas más baratas, limitando la libre competencia.



b) Se establece que, como criterio de adjudicación, se valora, entre otras, «cualquier otra mejora que, a juicio de los licitadores, vaya en beneficio del servicio», lo que infringe el artículo 147 TRLCSP, pues no se determina ni especifica qué tipo de mejoras pueden presentarse, ni el modo o los parámetros que se tendrán en cuenta para su valoración, y es contrario a los principios generales del TRLCSP por introducir arbitrariedad y subjetividad en el procedimiento.

c) Se establece en las cláusulas 14ª A del Pliego de Condiciones Económico – Administrativas (en adelante, PCEA) y 9ª A del PCT que «no se admitirán rebajas en precio por debajo de 3.645.000,00 euros, entendiéndose como baja desproporcionada o temeraria, salvo que se justifique debidamente, a juicio del órgano de contratación.» El recurrente considera que no es legal establecer umbrales fijos para determinar que una oferta está inicialmente incurrida en desproporción o temeridad, pues dicho umbral debe establecerse por comparación con las ofertas de los demás licitadores.

d) Finalmente, se solicita que se declaren nulas y no conformes a Derecho las cláusulas 14ª A del PCEA y 9ª A del PCT en el concreto apartado de la proposición económica, las cláusulas 14ª C del PCEA y 9ª C del PCT, en el concreto apartado “cualquier otra mejora que, a juicio de las licitadoras, vaya en beneficio del contrato” y las cláusulas 14ª del PCEA y 9ª A del PCT, en el concreto apartado en el que se establece un umbral de temeridad para considerar una baja como anormal o desproporcionada, retrotrayendo el expediente al momento anterior a la aprobación de los pliegos y ordenando la aprobación de unos nuevos pliegos en consecuencia con todo ello.

SÉPTIMO: Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso con la argumentación que a continuación se resume:

a) La configuración del criterio de adjudicación relativo a la proposición económica se debe a que la Administración debe vigilar que no se presenten ofertas inadmisibles para garantizar la correcta ejecución del contrato; se alega que otorgar 40 puntos a la oferta que iguale el tipo de licitación es consecuente



con el hecho de que está entre los parámetros máximo y mínimo del estudio económico que fundamenta el presupuesto de licitación.

b) Se ha pretendido que cada licitador incorpore las mejoras que, a su entender, suponen una mejora en la prestación del servicio, lo que es una forma de valorar indirectamente el conocimiento que la empresa tiene de las características del servicio que va a prestar; esta posibilidad está amparada por la discrecionalidad que corresponde al órgano de contratación y además tiene un escaso peso relativo en la totalidad de la ponderación de los criterios de adjudicación.

c) Ni la normativa española ni la comunitaria prohíben el establecimiento de un porcentaje fijo para determinar la temeridad, siendo posible que se fije un umbral absoluto apoyado en un estudio técnico – económico. Los precios mínimo y de licitación que establecen los pliegos se han calculado de acuerdo con un informe adjunto, siendo el coste salarial del personal a subrogar el 93% del coste total del servicio.

OCTAVO: El artículo 147 TRLCSP establece la posibilidad de que el poder adjudicador acepte variantes o, como en el caso del criterio de adjudicación impugnado, mejoras. No obstante, dicho precepto exige que se cumplan ciertos requisitos. Entre ellos, y por lo que interesa al objeto de este recurso, el artículo 147.2 TRLCSP establece que, si se autoriza la presentación de mejoras, debe precisarse sobre qué elementos pueden versar y en qué condiciones pueden ofertarse. Este precepto no es sino una aplicación específica de un principio más general, el que establece que los criterios de adjudicación no pueden tener un contenido tal que supongan, de hecho, el otorgamiento al poder adjudicador de una libertad incondicionada para adjudicar el contrato; dicho de otro modo, la descripción de un criterio de adjudicación no puede ser tan vaga o genérica que no vincule en nada al órgano que valora las ofertas (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17/9/2002, asunto C-513/99).



Contrastando lo expresado con el criterio de adjudicación “Otras mejoras” que figura en la cláusula 14 C del PCEA y 9 C del PCT, se observa que se concretan varios tipos de mejoras, pero se añade también una última mención a «cualquier otra mejora que, a juicio de los licitadores, vaya en beneficio del servicio.» Es decir, el poder adjudicador se reserva la posibilidad de aceptar otras mejoras distintas de las expresamente mencionadas simplemente con que cumplan la genérica característica de que beneficien al servicio, la cual es, por definición, común a cualquier mejora. Ello implica que, por una parte, los licitadores desconozcan los límites en los que puede moverse válidamente el contenido de su oferta, con la consiguiente incertidumbre a la hora de elaborarla y presentarla, y por otra, que la Administración pueda libremente aceptar o desestimar las mejoras propuestas, pues no hay límite predeterminado que le condicione en este sentido (ver, por todas, la Resolución 76/2015 del OARC / KEAO).

Consecuentemente, el motivo de impugnación debe ser aceptado y las cláusulas anuladas.

NOVENO: El recurso impugna las cláusulas 9 A del PCT y 14 A del PCEA, cuyo contenido es el siguiente:

«PROPOSICIÓN ECONÓMICA

Hasta un máximo de 55 puntos.

Las proposiciones se valorarán en base a los siguientes criterios:

- a) Proposiciones iguales o superiores a 3.755.000 euros. Se asignarán 40 puntos a la oferta equivalente 3.865.000 euros y 47,5 puntos a la oferta equivalente a 3.755.000 euros. Las puntuaciones de las proposiciones que se sitúen entre ambas cantidades, se asignarán proporcionalmente.
- b) Proposiciones inferiores a 3.755.000 euros. Se asignarán 47,5 puntos a la oferta equivalente a 3.755.000 euros y 55 puntos a la equivalente a 3.645.000 euros. Las puntuaciones de las proposiciones que se sitúen entre ambas cantidades se asignarán proporcionalmente.»



A juicio de este OARC / KEAO, es aplicable al caso el criterio que se deduce de su Resolución 121/2013, cuyo contenido se reproduce parcialmente a continuación y que lleva a la estimación del motivo y a la anulación de las cláusulas correspondientes:

«El sistema de puntuación es, como bien explica el recurso, inaceptable, principalmente por ser contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 TRLCSP). Es claro que, cuando se valora el precio de la prestación, la ventaja económica se identifica con los precios más bajos, es decir, con las rebajas que se proponen respecto al precio máximo, y que el principio de igualdad impide atribuir la misma puntuación a ofertas disparmente ventajosas, aunque ambas hayan superado un determinado porcentaje de descuento respecto al importe de licitación.(...) Debe señalarse que el sistema impugnado no sólo es contrario al principio de la oferta económicamente más ventajosa porque su aplicación conduce a minusvalorar las mejores proposiciones, sino también porque su señalamiento en los pliegos o en el documento descriptivo desmotiva a los licitadores dispuestos a presentar las ofertas con los precios más competitivos, sobre todo si, como en el caso analizado, el límite es previamente conocido (ver la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, en especial los apartados 92 y siguientes). Por todo ello, este motivo de recurso debe ser aceptado y el apartado 7.3.2 del documento descriptivo, anulado.»

A ello hay que añadir que otorgar puntuación a una oferta que en nada mejora el precio de licitación (40 puntos, en este caso) es contrario al fundamento mismo de los criterios de adjudicación, que es identificar las ventajas aportadas por las proposiciones de los licitadores, ventaja que en este caso es inexistente, pues simplemente se satisface el requisito mínimo para que la oferta no sea excluida por inaceptable, por lo que inexistente debiera ser también la puntuación. Este sistema desvirtúa la ponderación atribuida al criterio (55 puntos sobre un total de 100 posibles), pues es evidente que en ningún caso se superarán los 15 puntos de diferencia entre la peor y la mejor oferta, lo que es contrario al principio de transparencia al ofrecer los pliegos información, cuanto menos, engañosa. Además, dado que el peso relativo real de los criterios sujetos a juicio de valor es superior al de los criterios sujetos a fórmulas (45 puntos frente a 15), se ha eludido en fraude de ley (artículo 6.4 del



Código Civil), aprovechando la ponderación meramente nominal de 55 puntos en el criterio del precio, la obligación legal de contar con el Comité de Expertos al que se refiere el artículo 150.2 TRLCSP.

DÉCIMO: Se impugnan las cláusulas 14ª A del Pliego de Condiciones Económico – Administrativas y 9ª A del PCT en cuanto establecen que «no se admitirán rebajas en precio por debajo de 3.645.000,00 euros, entendiéndose como baja desproporcionada o temeraria, salvo que se justifique debidamente, a juicio del órgano de contratación.»

La cuestión de la legalidad de las cláusulas que estiman inicialmente desproporcionadas o anormales las ofertas económicas inferiores a un umbral fijo, como es el caso de la impugnada, fue resuelta en la Resolución 80/2014 de este OARC / KEAO, cuyo contenido se reproduce parcialmente por ser plenamente aplicable al caso:

«Como ha quedado expuesto, el recurrente critica el contenido del punto 16 de la carátula del PCAP en lo referente al umbral de desproporcionalidad para las ofertas económicas, que se fija en un porcentaje de baja superior a un 10% sobre el presupuesto base de licitación. Estima que en estos términos se induce a los licitadores a que presenten ofertas que igualen este límite, de modo que al ser las ofertas económicas iguales la adjudicación del contrato dependerá exclusivamente de los criterios que requieran la realización de un juicio de valor.

Este Órgano Resolutorio ha tenido ocasión de manifestarse en distintas ocasiones acerca de la finalidad de las cláusulas sobre valores anormales o desproporcionados. Así, en la Resolución 37/2014, de 4 de abril, se afirmaba que:

«(...) debe recordarse la naturaleza y función de la figura de la oferta anormalmente baja o desproporcionada (también conocida, usando terminología procedente de la legislación anterior, como “baja temeraria”), tal y como la delimitan el TRLCSP y la legislación y la jurisprudencia europea que esta norma traspone a nuestro ordenamiento. Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, concepto que, cuando se trata de valorar el precio como criterio de



adjudicación, sólo puede identificarse con la oferta más barata. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas por su precio cuando quepa pensar razonablemente que no es viable la ejecución del contrato con una contraprestación tan reducida. La apreciación de la temeridad de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida, se recabará el informe del servicio técnico correspondiente y finalmente, se adoptará la resolución oportuna, para lo cual el poder adjudicador contará con un amplio margen de discrecionalidad (ver la Resolución 42/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Una reiterada doctrina (por ejemplo, Resolución 32/2013 del TACRC y Resolución 69/2013 del OARC/KEAO) establece que, en los procedimientos de adjudicación en los que se usan varios criterios de adjudicación, la apreciación de la anormalidad o desproporción sólo podrá realizarse si constan en los Pliegos los baremos objetivos a los que se refiere el artículo 152.2 TRLCSP. (...).»

El artículo 152 del TRLCSP traspone a la normativa española lo previsto en el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de servicio y de suministro, acerca de las ofertas anormalmente bajas. Concretamente, los apartados 1. y 2. del artículo 152 del TRLCSP señalan lo siguiente:

«1. Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

2. Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.»



Para la identificación de ofertas con valores anormales o desproporcionados, el artículo reproducido distingue la adjudicación con el precio como único criterio valorable de la adjudicación con más de un criterio de valoración.

En el primer supuesto, la desproporcionalidad se aprecia en función de los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente por referencia al conjunto de ofertas válidas presentadas. A falta de desarrollo reglamentario, debe entenderse que permanece vigente el artículo 85 del RGLCAP sobre “Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas”, si bien parte de su contenido debe entenderse tácitamente derogado, tal y como se expresa en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución 70/2014, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, cuya doctrina comparte este Órgano resolutorio:

«Así para el caso de que el sistema elegido por el órgano de contratación para la adjudicación del contrato sea el del criterio único precio, que se corresponde con la antigua subasta, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, pero no de cualquier forma, sino por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

Por lo tanto, cualquier sistema establecido o que se quiera establecer en el futuro tiene que respetar esta previsión legal, y es que se haga, insistimos, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado. De esta forma en tanto en cuanto el apartado 3 del artículo 85 establece un porcentaje de baja fijo, -el 25%-, con independencia de las ofertas que se hayan presentado, el Tribunal consideró que no resulta de aplicación, o dicho en otras palabras que se encuentra tácitamente derogado. En el mismo sentido cabe citar el informe de la Abogacía del Estado 12/2009, de 27 de septiembre.»

En el segundo, los parámetros objetivos para determinar si hay proposiciones anormales o desproporcionadas deben expresarse en los pliegos. Además, si el precio es uno de los criterios de adjudicación podrán indicarse en los pliegos los límites para apreciar si la proposición puede o no ser cumplida.



La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 11/2014, de 7 de mayo, al analizar el contenido del artículo 152 del TRLCSP llega la conclusión de que:

«2. Si estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación, debe ser el pliego el que determine bajo qué parámetros objetivos podemos apreciar que una oferta no puede ser cumplida como consecuencia de que incluye valores anormales o desproporcionados, sin que estos parámetros deban hacer referencia exclusivamente al criterio precio. Es decir, el legislador ha otorgado total libertad a los órganos de contratación para que fijen, vía pliegos, cuales son los parámetros para determinar que una oferta puede considerarse inicialmente como desproporcionada.»

Sin embargo, esa libertad absoluta de los órganos de contratación para la fijación por los órganos de contratación de los parámetros para determinar si una oferta es o no desproporcionada, puede verse matizada por la lectura conjunta de los apartados 1. y 2. del artículo 152 de TRLCSP. Así, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación y los límites objetivos de desproporcionalidad se refieren únicamente al precio, como en el caso de los pliegos objeto de recurso, parece que una interpretación sistemática de los dos primeros apartados del citado artículo nos lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso.

A esta misma conclusión, aunque por otra vía, llega la Comisión Nacional de la Competencia, que en su Guía sobre la Contratación Pública y Competencia 2010¹ afirma que:

«10. Conocimiento ex ante del umbral de anormalidad de las ofertas. Al establecer los mecanismos de identificación de ofertas anormales o desproporcionadas, por ejemplo, en precios, se deben evitar los sistemas que señalicen con carácter previo el “umbral máximo de competencia”, esto es, el nivel del parámetro en cuestión a partir del cual la oferta se considerará desproporcionada. La revelación de esta información puede restringir severamente la competencia, especialmente si el umbral establecido limita

¹ Citada en el Informe 11/2014, de 7 de mayo de la JCCACAA y en las Resoluciones del TACRC 42/2014 y 212/2013.



excesivamente el ámbito de posibles niveles del parámetro. Con carácter general, además de evitar su conocimiento a priori, es conveniente que los “umbrales de temeridad” de la oferta no estén expresados en valores absolutos, y que, como se ha indicado anteriormente, la eliminación de las ofertas anormales se lleve a cabo mediante mecanismos que minimicen las posibilidades de interferencia en los incentivos a ofertar en precios. (...).»

En consecuencia, debe admitirse la pretensión del recurrente de anulación del PCAP por infracción de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, ya que en el punto 16 de la carátula el umbral de temeridad está expresado en referencia a un valor absoluto como es el tipo de licitación.»

A la vista de lo anterior, el recurso debe admitirse también en este punto y las cláusulas impugnadas deben anularse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CLECE, S.A. contra los Pliegos del contrato de “servicio asistencial de la Residencia de Ancianos Sagrado Corazón de Errenteria”, tramitado por el Patronato Municipal Residencia de ancianos Sagrado Corazón, anulando las cláusulas 14ªA del PCEA y 9ªA del PCT en el concreto apartado de la proposición económica, las cláusulas 14ª C del PCEA y 9ª C del PCT, en el concreto apartado «cualquier otra mejora que, a juicio de las licitadoras, vaya en beneficio del contrato» y las cláusulas 14ª del PCEA y 9ª A del PCT, en el concreto apartado en el que se establece un umbral de temeridad para considerar una baja como anormal o desproporcionada, ordenando la



retroacción de actuaciones para la elaboración, en su caso, de nuevos Pliegos en consecuencia con la presente Resolución.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

Vitoria-Gasteiz, 2015eko urriaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de octubre de 2015