



EB 2014/71

Resolución 80/2014, de 18 de agosto de 2014, 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 Estacionamientos y Servicios, S.A.U. frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación del contrato para la “prestación del servicio de control horario de aparcamientos en las zonas de estacionamiento limitado del municipio de Barakaldo”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 27 de junio de 2014 el Ayuntamiento de Barakaldo remite al órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administración Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Estacionamiento y Servicios, S.A.U. frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato para la “prestación del servicio de control horario de aparcamientos en las zonas de estacionamiento limitado del municipio de Barakaldo”. El recurso viene acompañado del expediente de contratación y del informe mencionado en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

SEGUNDO: Con fecha 30 de junio de 2014 se trasladó el recurso a los interesados, y dentro del plazo otorgado se han recibido las alegaciones de la empresa DORNIER, S.A.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la legitimación de Estacionamientos y Servicios, S.A.U. (en adelante, EYSSA) y la representación de Don M.A. P.G. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Se trata de un contrato de servicios de la categoría 20 (Servicios de transporte complementarios y auxiliares) del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado según el punto 5. de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) de 3.879.221,46 €. Según el artículo 40.1 b) del propio texto refundido son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los «) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros (...)»

TERCERO: El acto recurrido es el PCAP y 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 deben regir la contratación.»

CUARTO: El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Barakaldo tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración pública (artículos 3.1 a), 3.2 a) y 3.3 a) del TRLCSP).

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

a) El punto 16 de la carátula del PCAP establece los criterios valorables en cifras o porcentajes, con un máximo de 55 puntos, y la puntuación de los criterios que dependen de un juicio de valor, con un máximo de 45 puntos.

En relación a la oferta económica, la citada cláusula dispone lo siguiente:



«Se consideran, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas económicas cuyo porcentaje de baja sea superior a un 10% sobre el tipo de licitación.

Se asignará la máxima puntuación a la oferta aceptada que presente la mayor baja sobre el presupuesto base de licitación.»

Considera el recurrente que el porcentaje de baja no es muy elevado y que todos los licitadores podrán cumplirlo sin dificultad, por lo que es previsible que los licitadores vayan al límite en la baja económica al objeto de obtener la máxima puntuación. La consecuencia de ello es que el contrato se va a adjudicar dependiendo exclusivamente de criterios que dependen de un juicio de valor, pues todos los licitadores van a obtener la máxima puntuación en la oferta económica. A su juicio, la fijación de un porcentaje fijo de baja accesible para los licitadores falsea el reparto de puntos en el criterio objetivo porque todos obtendrán la máxima puntuación.

b) De lo argumentado deduce que la adjudicación va a depender única y exclusivamente de criterios subjetivos, con lo que el PCAP vulnera las normas de preparación del contrato y las reguladoras del procedimiento de adjudicación.

Reproduce los artículos 150.2 y 115.2 del TRLCSP y los artículos 25 y 29 del Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

Concluye que, de acuerdo con los artículos citados, se debería haber designado un Comité de Expertos para la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor o, en su caso, el procedimiento para efectuarla, ya que la adjudicación únicamente va a depender de criterios subjetivos.

Aporta como documento probatorio el Acuerdo de 27 de marzo de 2013 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera.



Solicita la anulación del PCAP por infracción de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO: El Ayuntamiento de Barakaldo, en el informe del artículo 46.2 del TRLCSP, con carácter previo y expreso señala que el recurso no plantea ninguna cuestión de legalidad respecto a los criterios de valoración propuestos y que, atendiendo al principio de congruencia, únicamente analiza las cuestiones planteadas que, a su juicio, se ciñen a la consideración del umbral de temeridad como un umbral de saciedad y la procedencia de la encomienda de la valoración de las ofertas a un órgano especializado.

Afirma que el umbral de saciedad supone la determinación de un límite a partir del cual las ofertas más baratas no aumentan su puntuación, con lo que se penalizan estas ofertas. La determinación de esos umbrales de saciedad a su vez permite a cualquier licitador fácilmente calcular qué cuantía económica obtendría la máxima puntuación.

Considera, a este respecto, que el punto 16.B de la carátula del PCAP, que reproduce la terminología del artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pretende garantizar la viabilidad de una oferta que difiera sustancialmente del cálculo realizado por la Administración en el estudio económico para la determinación del precio de licitación. Alude al punto 20 del PCAP sobre identificación de ofertas anormales o desproporcionadas.

Extrae como primera conclusión que el PCAP no establece ningún umbral de saciedad ni produce la expulsión automática de ninguna oferta, con lo que se permite la realización de la oferta en los términos que el licitador desee. Manifiesta que en los términos de la normativa de contratación no es posible determinar si una oferta es desproporcionada o anormal sin referirse al



presupuesto de licitación del contrato y describe sucintamente el procedimiento previsto en el artículo 153.2 del TRLCSP.

Tras considerar que no hay restricción alguna para realizar ofertas por debajo del umbral de temeridad, analiza si con el PCAP aprobado los licitadores pueden calcular cuál sería la cuantía de la oferta económica que obtendría la máxima puntuación. En este sentido, cita el punto 16 de la carátula del PCAP donde se determina la asignación de puntuación de las ofertas económicas «(...) en función de la aplicación de un criterio de proporcionalidad pura, entre las puntuaciones otorgadas a la oferta de menor importe, la oferta media y las ofertas coincidentes con el presupuesto base de licitación. (...)» Concluye que no se establece un umbral por debajo del cual las ofertas más baratas no obtengan una mayor puntuación con lo que la posibilidad de cálculo de la cuantía ofertada que obtendrá la calificada como máxima resulta prácticamente imposible, salvo que se conozcan las ofertas que se vayan a realizar por el resto de posibles licitadores.

Considera que no concurren las circunstancias previstas en el artículo 150.2 del TRLCSP, por lo que no procede la estimación del recurso.

OCTAVO: Trasladado el recurso, la empresa Dornier, S.A. formula las siguientes alegaciones:

a) Reproduce el punto 16 de la carátula del PCAP y considera que de su simple lectura se desprende que el nombramiento del Comité de Expertos no procede, porque los criterios objetivos se valoran con un máximo de 55 puntos y los subjetivos con un máximo de 45 puntos, y el criterio elegido por Ayuntamiento de Barakaldo no estableciendo un Comité de Expertos es acorde con lo previsto en el artículo 150 del TRLCSP. A este respecto, transcribe parcialmente la Resolución 63/2013, de 24 julio de 2013 de este Órgano Resolutorio.

b) Afirma que el hecho de que se consideren desproporcionadas las ofertas económicas cuyo porcentaje de baja sea superior al 10% sobre el presupuesto



de licitación no implica que todos los licitadores vayan a obtener la máxima puntuación, sino que una baja superior a dicho porcentaje conlleva la obligación de su justificación, tal y como establece el artículo 152 del TRLCSP. Reitera que no es cierto que todos los licitadores vayan a obtener la misma puntuación en la oferta económica, porque si una oferta supera el umbral de baja superior al fijado en el PCAP, y ésta es justificada y aceptada, obtendrá la mayor puntuación. En su caso, la posibilidad de obtención de la misma puntuación en el criterio objetivo no se debería a una causa establecida en el PCAP, ya que existe libertad a la hora de plantear la proposición económica, sino que sería una mera cuestión de azar al haberse realizado ofertas similares.

Solicita la desestimación del recurso especial con expresa imposición de multa a la recurrente por su temeridad.

NOVENO: El recurrente plantea dos cuestiones que están entrelazadas. En primer lugar alega que el contenido del punto 16 de la carátula del PCAP, que fija un umbral de desproporcionalidad para las ofertas económicas cuyo porcentaje de baja sea superior a un 10% sobre el presupuesto base de licitación, hace previsible que las ofertas de los licitadores no superen ese límite, siendo la consecuencia que el contrato se va a adjudicar dependiendo exclusivamente de criterios que dependan de un juicio valor. La segunda cuestión deriva de la anterior y se refiere a que en esas circunstancias se debería haber designado un Comité de Expertos previsto en el artículo 150.2 del TRLCSP para la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor.

DÉCIMO: 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 anomalía 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 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.

Debe, por tanto, anularse el punto 16 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede admitirse la prueba presentada por el recurrente sobre un acuerdo de 27 de marzo de 2013 adoptado por la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, puesto que el relato factico no coincide con el que se examina en el presente recurso. En el contrato que da lugar al acuerdo que alega el recurrente se establece un umbral económico por debajo del cual no era posible la obtención de mayor puntuación, circunstancia que no ocurre en el del objeto del presente recurso.

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



UNDÉCIMO: La estimación de la primera pretensión del recurrente y la anulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, hace innecesario el examen de la segunda cuestión sobre el nombramiento de un Comité de Expertos.

DUODÉCIMO: Considerando que el sentido de la resolución es favorable a la pretensión del recurrente, no puede estimarse la petición de Dornier de interposición de multa por mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

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 interpuesto por Estacionamientos y Servicios, S.A.U. frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación del contrato para la “prestación del servicio de control horario de aparcamientos en las zonas de estacionamiento limitado del municipio de Barakaldo”, declarando nulo el punto 16 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Ordenar la retroacción de las actuaciones hasta la elaboración de un nuevo pliego.

SEGUNDO: El carácter estimatorio del recurso hace que no pueda apreciarse la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP que solicita Dornier, S.A.



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

CUARTO: 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, 2014ko abuztuaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de agosto de 2014