



**EB 2014/008**

**Resolución 24/2014, de 7 de marzo de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Montte, S.L. en el expediente de contratación de homologación de empresas suministradoras de mobiliario de oficina para Centros del Campus de Bizkaia.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Por Resolución de 10 de diciembre de 2012 el Gerente de la Universidad del País Vasco (UPV) aprobó el expediente de contratación referenciado, el gasto por un importe de 592.900 €, IVA incluido, y la apertura del procedimiento abierto y forma de adjudicación con varios criterios.

El anuncio de licitación se publica en el Boletín Oficial del Estado nº 306 de 21 de diciembre de 2012, y con fecha de envío al Diario Oficial de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2012.

**SEGUNDO:** El 13 de enero de 2014 D. J. S.A., en representación de Montte, S.L. presenta un recurso especial en materia de contratación contra el apartado 30 (referente al precio y su criterio de valoración) de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP). El 14 de enero de 2014, este órgano resolutorio remitió copia del escrito de recurso al poder adjudicador y solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). El expediente remitido por el poder adjudicador causó entrada en el registro del OARC/KEAO el 16 de enero de 2014.

Desde el OARC/KEAO se traslada el recurso a los interesados el día 22 de enero de 2014 para que formulen alegaciones, y el día 28 de enero de 2014 se recibió el escrito con alegaciones realizadas por Manpel, S.L.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que:



«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

Mientras que el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

«a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.»

A este respecto, queda acreditada la legitimación del operador económico recurrente, así como la representación de D. J. S.A. compareciente.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

En el presente caso se trata de un contrato de suministro con un valor estimado de 1.470.000 €, IVA excluido. Por tanto, nos hallamos ante un contrato sujeto a regulación armonizada cuyos actos serán objeto de revisión a través del recurso especial regulado en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

**TERCERO:** El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los siguientes actos:

“Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.”

El acto recurrido es el la Resolución de 12 de diciembre de 2013 de adjudicación del contrato.

**CUARTO:** Expuesto en síntesis, Montte fundamenta su recurso en que:

1.- Nulidad del apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP referente al precio y su criterio de valoración. Comienza su alegato reconociendo la intangibilidad del pliego de condiciones que, una vez aprobadas, son inamovibles. Añade que es en el momento de la aplicación del criterio que se combate «(...) cuando despierta sospechas de “ilegalidad” y por eso es en este momento cuando procede su declaración de nulidad (...)» Afirma que «Los criterios de valoración de las ofertas constituyen el elemento esencial para la selección del contratista, y según doctrina y “jurisprudencia” el criterio no puede ser otro que el de la “oferta económicamente más ventajosa” adoptado bajo el paraguas de los principios de “igualdad de trato y no discriminatorio”, (...)» y que el sistema de precio medio previsto en el apartado de la



carátula citado «(...) implica una penalización de las ofertas menos caras, no permite determinar la oferta más ventajosa económicamente y supone el rechazo automático de las ofertas anormalmente más bajas. El sistema de precio medio prima a las más medianas y no a la mejor, penaliza la oferta más barata frente a la más cara. (...)» Denuncia que con el contenido de la cláusula recurrida se ha penalizado a Montte que ha obtenido menos puntos en los tres lotes cuando sus precios eran más baratos.

Apoya su parecer en el informe 2/2000, de 5 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Administrativa del Gobierno Vasco y en la sentencia de 26 de septiembre de 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-115/12P).

2.- En defensa de su posición sostiene que «(...) el sistema de precio medio se ideó para evitar la presentación de ofertas anormalmente bajas y desproporcionadas que podrían calificarse de temerarias y negligentes, pero ya se establecieron índices correctores para evitar resultados aberrantes y no queridos, Siendo esto así no tiene sentido alguno el mantenimiento de este criterio totalmente injusto y claramente ilegal.» Sugiere que antes de penalizar las ofertas económicas más ventajosas se debe dar audiencia a los licitadores para que puedan aportar las explicaciones pertinentes y comprobar que sus precios pueden ser cumplidos sin vulnerar la legislación vigente.

Solicita que se declare la nulidad del apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP referente al criterio de valoración del precio y se adopte un criterio acorde con la normativa vigente, y de manera subsidiaria se acuerde dar audiencia a las ofertas económicas más bajas y se valoren conforme a los criterios de oferta económica más ventajosa y viabilidad de las mismas.

**QUINTO:** La UPV/EHU en el informe que acompaña al expediente de contratación considera que el recurrente ya tuvo su momento para impugnar los pliegos si no estaba de acuerdo con los mismos, dando a entender que el recurso es extemporáneo. Recuerda que «(...) los pliegos que ha elaborado la Administración contratante y son aceptados de modo expreso por los licitadores desde el momento que presentan su proposición, constituyen la ley del contrato y vinculan a las partes implicadas en el procedimiento, esto es, la Administración que contrata y el participante en la licitación, de forma que, en el momento procedimental en el que nos encontramos, ya no procedería recurrir los pliegos de cláusulas administrativas.» En su defensa cita la Resolución 17/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001. Finaliza afirmando que el recurrente «(...), asumiendo el contenido de los pliegos, presentó su oferta sin hacer objeción alguna y que sólo cuando, conociendo las ofertas de las restantes empresas y del resultado que arrojaba la aplicación de la fórmula, ha visto que el criterio elegido para la valoración de las ofertas no le favorecía ha considerado que la fórmula establecida no era la adecuada.»

Solicita la desestimación del recurso de Montte contra la resolución de adjudicación del contrato.

**SEXTO:** En sus alegaciones Manpel hace alusión al artículo 44.2 a) del TRLCSP que señala el plazo para la interposición del recurso especial contra el contenido de



los pliegos y demás documentos contractuales. Afirma que en ese plazo, que finalizó hace más de un año, Montte no sólo no presentó recurso alguno sino que presentó una oferta a la licitación, donde reconoció el contenido de los pliegos y demás documentación que rige el contrato, que expresamente acató y asumió en su totalidad. Posteriormente reproduce la fórmula prevista en la carátula del PCAP e insiste en los argumentos ya indicados de que el recurso se interpone fuera del plazo y de que presentó una declaración de acatamiento de los pliegos, de lo cual aprecian temeridad o mala fe a la hora del presentar el recurso.

Solicitan la desestimación del recurso y que se estudie por este órgano resolutorio la posible imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**SÉPTIMO:** La controversia entre las partes gira en torno al contenido del apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP, que dentro de los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas valora el precio. La UPV/EHU y el adjudicatario consideran firme el contenido del apartado de la carátula desde el momento en que el recurrente no impugnó su contenido en el momento procesal apropiado. Por el contrario, Montte aprecia que su aplicación ha dañado sus intereses en el contrato porque beneficia a ofertas más altas sobre las más ventajosas desde el punto de vista económico.

El apartado de la carátula en cuestión valora en cada lote las posiciones individuales prefijadas de los elementos que se consideran más representativos y que tienen un mayor peso específico (24 puntos), y las posiciones agrupadas en módulos también prefijados (16 puntos).

Los tres lotes coinciden en la forma de valoración de las posiciones individuales y agrupadas, siendo ésta la siguiente:

«La valoración tanto de cada una de las posiciones como de los diferentes módulos se realizará mediante el cálculo de la desviación con respecto a la media, aplicando el siguiente criterio:

Si la desviación es positiva se deducirá a la puntuación máxima (bien de la posición individual o bien las posiciones agrupadas) el doble de la desviación con respecto a la media, no pudiendo resultar nunca una puntuación negativa.

Si la desviación es negativa se deducirá a la puntuación máxima (bien de la posición individual o bien de las posiciones agrupadas) la desviación respecto de la media.»

Como puede observarse, la fórmula calcula en primer lugar la media aritmética de todas las ofertas, tanto en las posiciones individuales como en las agrupadas, y posteriormente otorga la puntuación en función de la desviación de cada oferta respecto de dicha media, de manera que si el precio ofertado es superior a la media (desviación positiva) se penaliza con el doble de la desviación, mientras que si el precio es inferior a la media (desviación negativa) la penalización alcanza a la desviación respecto de la media.



La fórmula, en su planteamiento, persigue beneficiar a las ofertas que más se acerquen a la media o que su desviación respecto de ésta sea la menor posible. Por el contrario, penaliza a las ofertas que se desvían de la media, aunque lo hace en distinta proporción, castigando más (el doble de la desviación media) cuanto peores son en precio, y menos (desviación media) cuanto mejores son en precio. Pero lo relevante para la resolución del recurso es que la fórmula otorga menor puntuación a ofertas que son mejores económicamente pero que se desvían negativamente de la media. En este sentido, el hecho de que las ofertas con desviación positiva tengan una mayor penalización no puede impedir que se examine si fórmulas como la controvertida evitan la adjudicación a la oferta más ventajosa.

El método del precio medio como criterio de adjudicación ha sido analizado en la Sentencia de 16 de septiembre de 2013 del Tribunal General de Justicia de la Unión Europea (asunto T-402/06). Esta sentencia, con abundantes referencias a otras anteriores, examina dicho método desde la óptica de los principios de transparencia e igualdad de trato. Sobre estos principios afirma en su apartado 67 que «(...), el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, apartado 38, y Comisión/Chipre, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di frutta, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, apartado 49 y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Fruta, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de las Directivas (véase la sentencia Michaniki, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada).»

Posteriormente, sobre el método del precio medio refleja sus conclusiones en los apartados 70 a 77, de los cuales extraemos los siguientes contenidos que “mutatis mutandi” sirven para ilustrar el caso que nos ocupa:

En el apartado 70 la sentencia señala que los licitadores eran conocedores de la aplicación del método del precio medio, tal y como se especificaba en el pliego de condiciones y en el anuncio. Pero añade que «No es menos cierto que, en esa misma fase del procedimiento de licitaciones, los licitadores no podían conocer el precio medio, ya que éste se debía calcular, al ser una media aritmética de los porcentajes de “baja” con respecto al precio de base de todas las ofertas admitidas, únicamente una vez recibidas las antedichas ofertas relativas al contrato en cuestión.»

En el apartado 73 indica que la aplicación del método del precio medio implica la necesidad de determinar a posteriori un elemento esencial, e incluso decisivo, para la adjudicación de los contratos como es el del precio medio con el que debían compararse todas las ofertas. La falta de transparencia en lo que atañe al precio medio hizo que los licitadores más competitivos se encontrasen en una situación de



competencia “irracional” ya que, si querían mantener sus oportunidades de obtener el contrato se veían obligados a presentar una oferta con un precio más elevado del que hubieran podido ofrecer, a saber, una oferta con un precio correspondiente a la media previsible del precio del conjunto de las ofertas, y no la más baja.

En el apartado 74 distingue el precio medio para el cálculo de un umbral de anomalía que tiene por objeto determinar y destacar las ofertas anormalmente bajas en el sentido de las Directivas, del precio medio como criterio de adjudicación del que los licitadores no tenían conocimiento en el momento de la preparación y presentación de sus ofertas, que atañe a un elemento esencial, incluso decisivo, destinado a establecer la oferta más ventajosa económicamente. Incluso, vuelve a recordar, que el Derecho de la Unión no se opone en principio a que se utilice un criterio matemático para determinar qué ofertas resultan anormalmente bajas, siempre que se respete la exigencia de una verificación contradictoria de las referidas ofertas.

En el apartado 75 aprecia la consecuencia de que, en caso de paridad de las demás condiciones, con la aplicación del método del precio medio una oferta con un precio más elevado podría obtener más puntos por su calidad económica que una oferta más baja, en particular, cuando la primera oferta se aproximara más al precio medio.

En el apartado 76 incide en que, de acuerdo con las Directivas, la elección de los criterios de adjudicación debe estar dirigida a identificar la oferta más ventajosa económicamente y define a ésta como «(...) aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (...). Por consiguiente cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre calidad y el precio.»

Finalmente, en el apartado 77 concluye afirmando que «Si bien la oferta más ventajosa económicamente no es siempre aquella que tiene el precio más bajo, debe observarse que, en condiciones de perfecta igualdad de las ofertas por lo que respecta a todos los demás criterios pertinentes, incluidos los técnicos, una oferta más barata debe necesariamente considerarse más ventajosa, desde el punto de vista económico, que una oferta más cara. Pues bien, en una situación como ésta, la aplicación del método del precio medio, que daría lugar a que se adjudicase el contrato a una oferta más cara que otra, no puede calificarse de conforme con el criterio de la oferta más ventajosa.»

La conclusión a lo expuesto es que para la jurisprudencia comunitaria el método del precio medio es contrario a los principios de transparencia y de igualdad de trato. Además, como dice en su apartado 73, con este método los licitadores presentan ofertas con un precio que busca la media previsible del precio del conjunto de las ofertas y no la más baja, con lo que irremediamente conlleva a que los precios sean más elevados, ya que tratan de evitar las penalizaciones que conlleva alejarse del precio medio. Incluso se da la paradoja de que ofertas con precios más altos pueden obtener la misma o mayor puntuación que otras con precios más competitivos, dependiendo del grado en cada una se posicione respecto del precio medio.



**OCTAVO:** Como cuestión previa, tanto la UPV/EHU como Manpel solicitan que se declare el recurso extemporáneo por haber sido interpuesto fuera del plazo previsto en el artículo 44.2 a) del TRLCSP, por impugnarse el contenido del apartado 30.2.1 a) de la carátula del PCAP sobre criterios valorables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas en un contrato adjudicado aunque no formalizado. Aducen que los pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan a las partes implicadas en el procedimiento, esto es: a la Administración que contrata y a los licitadores que participan; y que el recurrente expresamente los aceptó al presentar el Anexo 1 al modelo de proposición económica. En consecuencia, consideran que en el momento de la presentación del recurso el plazo para impugnar los pliegos estaba precluido.

Desde este OARC/KEAO se ha tratado en otras ocasiones la cuestión de la impugnación de los pliegos fuera del momento procesal oportuno cuando han sido previamente aceptados y acatados por los licitadores. Así, en la Resolución 97/2013, de 21 de octubre de 2013, se afirma sobre los recursos que impugnan el contenido de los pliegos fuera del plazo establecido:

«(...), no se trata de dilucidar si, de haber sido advertida esta irregularidad en el momento procedimental oportuno, tras la publicación de los pliegos, habría estado justificada la declaración de nulidad de la cláusula controvertida, sino si, denunciada tal irregularidad una vez adjudicado el contrato, la misma goza de la entidad suficiente como para declarar su nulidad de pleno derecho y, consecuentemente, la de todos los actos subsiguientes incluido el de adjudicación del contrato.

A este respecto, se debe señalar que conforme al artículo 40.2 TRLCSP, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establecen las condiciones que deben regir la licitación son actos que pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación y que, conforme al artículo 44.2.a) TRLCSP, el plazo para su impugnación es el de quince días hábiles contados 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 TRLCSP.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665/CEE (a cuya transposición obedece la regulación del recurso especial en materia de contratación en el TRLCSP), en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica y que la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si los candidatos y licitadores pudieran alegar en cualquier momento del procedimiento de adjudicación las infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos, obligando con ello a la entidad adjudicadora a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones (Caso *Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe TJCE 2002\369*, de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, apartados 75 y 76). (...).»

En lo que concierne al recurso objeto de la presente Resolución, y sin menoscabo de que el método del precio medio como criterio de adjudicación es contrario al Derecho de la Unión, debe manifestarse que en el desarrollo del procedimiento todos los licitadores por igual eran conocedores del contenido de la fórmula, que no fue impugnada por ninguno de ellos cuando tuvieron ocasión de hacerlo. Por otra parte, la cláusula impugnada no confería al poder adjudicador facultad alguna para una aplicación arbitraria o discrecional de la misma, único supuesto que admite este



órgano resolutorio para que a través del recurso especial se aprecie la nulidad de pleno derecho de una cláusula de los pliegos rectores de la licitación, una vez que ha transcurrido el plazo preclusivo de su impugnación.

Por tanto, debe declararse que el plazo para su interposición precluyó en el momento en que no se impugnaron los pliegos pudiendo haberlo hecho. En consecuencia, debe rechazarse la pretensión del recurrente de declarar la nulidad de la cláusula 30.2.1 a) del PCAP.

**DÉCIMO:** El recurrente solicita que de manera subsidiaria se acuerde dar audiencia a las ofertas económicas más bajas y se valoren conforme al criterio de oferta económica más ventajosa y viabilidad de las mismas.

La petición de Montte deriva del contenido del artículo 152 del TRLCSP sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. Según el apartado 2. de este artículo «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.» Los apartados 3. y 4. establecen los requisitos procedimentales que se deben observar, incluido el trámite de audiencia al licitador para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que es a lo que se refiere el recurrente cuando subsidiariamente solicita que se dé audiencia a las ofertas económicamente más bajas.

Sobre esta cuestión, debe observarse que la norma citada exige para apreciar la existencia de ofertas con valores anormales o desproporcionados que previamente se expresen «(...) 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.» Examinados los pliegos que rigen el contrato, el apartado 33.- de la carátula dice expresamente que no se fija ningún umbral de anomalía para determinar y, en su caso, descartar ofertas anormalmente bajas. Por tanto, no puede estimarse la pretensión del recurrente cuando solicita que se dé audiencia a las ofertas económicas más bajas.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP 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:





### III.- RESUELVE

**PRIMERO:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J. S.A. en representación de la mercantil Montte, S.L. contra la Resolución de 12 de diciembre de 2013 de adjudicación del contrato de homologación de empresas suministradoras de mobiliario de oficina para Centros del Campus de Bizkaia.

**SEGUNDO:** Declarar que no se aprecia 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.

**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 martxoaren 7a**  
Vitoria-Gasteiz, 7 de marzo de 2014