



EB 2022/174

Resolución 033/2023, de 21 de febrero, de la 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 pública interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de recogida y transporte de aceite doméstico usado”, tramitado por la Mancomunidad de Tolosaldea.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 31 de octubre de 2022 se presentó 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) un recurso en materia de contratación interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de recogida y transporte de aceite doméstico usado”, tramitado por la Mancomunidad de Tolosaldea.

SEGUNDO: El día 2 de noviembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió los días 4 y 18 de noviembre respectivamente.

TERCERO: No constan más interesados que la recurrente y el poder adjudicador.





CUARTO: Con fecha 7 de noviembre la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 034/2022, por la que se adopta la medida cautelar de suspender el procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de E.R.P.N. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Mancomunidad de Tolosaldea tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) Se recurre la fórmula para valorar la proposición económica que figura en la cláusula 19 del Pliego de cláusulas administrativas particulares porque (i) no reparte los 51 puntos de ponderación del criterio, pues si no se quiere incurrir en oferta desproporcionada no se puede bajar el precio más allá del 25 por ciento y (ii) se hace referencia al otorgamiento de cero puntos a las ofertas que den resultado negativo, de lo que se concluye que un licitador podría obtener 26 puntos sin licitar a la baja.
- b) Finalmente, se solicita la anulación de la cláusula 19 del “Cuadro de características” del PCAP, concretamente de la fórmula, por considerarla no sujeta a derecho.

SEPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

- a) La fórmula concede los 51 puntos a la oferta más barata y menor puntuación a la más cara, si bien es cierto que se concede más puntuación a las ofertas con escasa baja en comparación con las bajas más significativas. El objetivo de ello es garantizar la mejor relación calidad-precio. Esta fórmula obliga a las licitadoras a presentar una oferta técnica con una calidad buena o muy buena si quieren ser adjudicatarios del contrato.
- b) Con relación a la alegación del recurrente que un licitador podría obtener 26 puntos sin bajar nada el precio, se reitera que la Mancomunidad quiere primar que las ofertas económicas estén relacionadas con la calidad de la prestación que ofertan. Así, si se le otorgan todos los puntos a oferta más barata y muy pocos puntos o cero puntos a aquel que no realiza esfuerzo económico tenemos el peligro de adjudicar el contrato a la oferta más barata pero no a la mejor oferta, todo ello en detrimento del servicio.



OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso plantea el ajuste a la legalidad del criterio de adjudicación de la proposición económica evaluable mediante fórmula. El análisis de la viabilidad de la pretensión deducida ha de partir del contenido de la cláusula impugnada:

19. CRITERIOS DE ADJUDICACION

Los criterios de valoración de las ofertas, que han de servir de base para la adjudicación del contrato, relacionados por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, son los siguientes:

1. Criterios cuantificables automáticamente, evaluables mediante la aplicación de fórmulas: hasta un máximo de 51,00 puntos

1.1. Proposición económica: se puntuará con un máximo de 51 **puntos**.

No se aceptarán las proposiciones que superen el precio de licitación.

Se otorgará la máxima puntuación (51) puntos a la mejor oferta y al resto de ofertas se les otorgará el resultado de restar a la mejor puntuación los puntos resultantes de la diferencia entre el porcentaje de baja y el de la oferta más barata.

La diferencia entre cien y el porcentaje que representa cada proposición económica respecto al precio de licitación será la “baja” de dicha proposición: $100 \times (1 - \text{proposición/licitación})$.

A la proposición con más “baja”, a la que denominaremos “baja A”, se le otorgará la puntuación máxima, es decir, 51 puntos. Cualquier otra proposición B, se ponderará de acuerdo con la siguiente fórmula: $51 - (\text{Baja A} - \text{Baja B})$, siendo la puntuación cero (0), si el resultado de esta operación fuese negativo.

Bajas desproporcionadas o anormalmente bajas: Designación de los parámetros objetivos que permiten identificar que una oferta se considera anormal:

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

- a) Cuando, concurriendo una sola licitadora, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 20 unidades porcentuales.
- b) Cuando concurren dos licitadoras, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
- c) Cuando concurren tres o más licitadoras, 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. En todo caso tendrán la consideración de desproporcionadas o anormales las ofertas que vulneren la normativa sobre subcontratación o no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP.

Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas o anormales, la Mesa de contratación tendrá en cuenta la Memoria Justificativa de la oferta presentada por la empresa y podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada

A la vista de esta cláusula, así como de las alegaciones del poder adjudicador, este OARC / KEAO considera que la impugnación debe ser estimada por las siguientes razones:

- 1) Este Órgano ha manifestado en ocasiones precedentes (ver la Resolución 96/2020) que la LCSP no contiene una regulación específica de cuáles son los requisitos que deben cumplir las fórmulas de valoración del precio para que su empleo como criterio de adjudicación sea legalmente admisible. A falta de esta regulación, los tribunales y órganos de recursos contractuales han venido considerando que, en síntesis, es aceptable cualquier fórmula que sea coherente con los principios generales de la LCSP, en especial, con el de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1.1 de la LCSP), siempre que la fórmula (i) conceda la puntuación máxima a la oferta más baja, (ii) no atribuya puntuación a la oferta que no mejora el tipo de licitación y (iii) valore el resto de las ofertas guardando una cierta proporcionalidad entre ellas, de forma que las ofertas más baratas obtengan más puntuación que otras más caras.
- 2) Analizada la fórmula impugnada se observa que
 - (i) quien efectúa la mayor baja se lleva todos los puntos del criterio (51 puntos)



- (ii) cabe la posibilidad, reconocida por el poder adjudicador, de que quien oferte el tipo de licitación obtenga hasta 26 de los 51 puntos del criterio de adjudicación (como ocurre en el supuesto de que la oferta más baja sea del 25%; porcentaje a partir del cual existe indicio de anormalidad en la oferta según consta en el criterio).
 - (iii) la consecuencia de lo señalado en el apartado (ii) anterior es la de que no se reparten en todos los supuestos la totalidad de la franja de puntuación asignada en los pliegos a este criterio de adjudicación. De hecho, para que la oferta al tipo de licitación (aquella que no realiza ningún esfuerzo competitivo) obtenga 0 puntos se requiere que el mayor porcentaje de baja sea como mínimo del 50 %.
 - (iv) Si bien en el expediente la elección de la fórmula no está motivada, en el informe de oposición al recurso consta que su razón reside en evitar el peligro de adjudicar el contrato a la oferta más barata pero no a la mejor oferta, todo ello en detrimento del servicio.
- 3) La conclusión de lo especificado en el apartado 2.ii) y 2.iii) anteriores es que la fórmula incumple, al menos, dos de las condiciones especificadas en el apartado 1). En concreto, se puede llegar a valorar hasta con la mitad de la totalidad de los puntos del criterio de adjudicación la propuesta económica que no efectúa ninguna baja respecto al PBL y, consecuentemente, puede darse el caso de que no se reparta la totalidad de los puntos del criterio de adjudicación, alterando de esta manera el peso asignado al criterio “Proposición económica”.
- 4) Además, las deficiencias de la fórmula de valoración de la oferta económica se agravan por la combinación de su efecto con el de otros contenidos del PCAP. En particular, se pretende desmotivar a los



licitadores de la presentación de ofertas económicas competitivas mediante el señalamiento de un umbral de anormalidad conforme a un parámetro fijo (es decir, independiente de los importes ofertados por los demás licitadores). Téngase en cuenta que toda oferta económica con una baja superior al 25 % del PBL estará incurso automáticamente en presunción de temeridad, por lo que se induce a los licitadores a que sus propuestas no rebasen dicho porcentaje, siendo previsible que las proposiciones se concentren en ese tramo, lo que elimina la incertidumbre necesaria para salvaguardar la competencia en el procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, las Resoluciones 47/2016 y 40/2018 del OARC / KEAO).

- 5) Llegados a este punto, cabe manifestar que diseñar un sistema de valoración del precio que pretende desincentivar los mayores esfuerzos que puedan realizar los licitadores en sus ofertas económicas y que altera el equilibrio formalmente establecido en los pliegos entre los diversos criterios de adjudicación con la finalidad última de primar el relativo a “calidad” puede calificarse como arbitraria por ser contraria al principio de oferta económicamente más ventajosa, dado que no se premian ni se incentivan ventajas efectivamente aportadas por los precios más bajos (ver, por todas, la Resolución 127/2018 del OARC / KEAO). Si esta es la finalidad perseguida, se deben diseñar unos criterios de adjudicación conforme a las reglas establecidas en el artículo 145 de la LCSP, en los que la ponderación del criterio “Proposición económica” evaluable mediante la aplicación de una fórmula sea inferior a la asignada a los criterios relacionados con la “calidad”, para que cada tipo de criterio tenga en la decisión final el peso realmente determinado en las bases de la licitación.
- 6) Debe descartarse el argumento del poder adjudicador de que se trata de una fórmula utilizada de forma habitual en sus pliegos, pues como este Órgano ha manifestado (ver, Resolución 6/2023 de este OARC / KEAO),



las licitaciones precedentes no vinculan al órgano de contratación que dispone de un amplio margen de discrecionalidad para configurar el contrato, especialmente si dichos precedentes no son ajustados a Derecho.

La conclusión de lo señalado es que el recurso debe ser estimado y, en consecuencia, procede anular el criterio de adjudicación relativo a la “proposición económica” contenido el apartado 19.1.1 del cuadro de características del PCAP.

Asimismo, debe ser anulada la licitación. Téngase en cuenta que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso de que se anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, no puede válidamente, sin violar los principios de igualdad de trato y de transparencia, continuar el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión (sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, apartado 94).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por EKO GASTEIZ, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de recogida y transporte de aceite doméstico usado”, tramitado por la Mancomunidad de Tolosaldea anulando el criterio de adjudicación relativo a la “Proposición económica” contenido en el apartado 19.1.1 del cuadro de características del PCAP y cancelando la licitación.



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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko otsailaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de febrero de 2023