



Recurso nº 57/2019

Resolución nº 260/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 15 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.P.R., en representación de SERVICIOS EXTERNOS DE CALIDAD S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de *“Servicio para la realización de trabajos de soporte a la revisión y análisis de expedientes y justificaciones científico-técnicas de ayudas correspondientes a convocatorias en materia de recursos humanos para la investigación, en el marco del plan estatal de I+D+i”*, con expediente nº 2018C0000028, convocado por la Agencia Estatal de Investigación, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Agencia Estatal de Investigación, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 20 de diciembre de 2018, y en el Boletín Oficial del Estado el 2 de enero de 2019, convocó por el procedimiento abierto la licitación del contrato de *“Servicio para la realización de trabajos de soporte a la revisión y análisis de expedientes y justificaciones científico-técnicas de ayudas correspondientes a convocatorias en materia de recursos humanos para la investigación, en el marco del plan estatal de I+D+i”*, con un valor estimado de 119.600 euros.

Segundo. Con fecha de 15 de enero de 2019, la entidad recurrente presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato.

En su recurso, solicita que se declare nula y contraria a derecho la cláusula 14.6 relativa a la valoración de las ofertas económicas y la puntuación a obtener conforme a la fórmula que prevé el apartado 1, del Anexo 8, del Pliego de Cláusulas Administrativas



Particulares, con retroacción de las actuaciones y con la modificación de aquellos otros apartados de los Pliegos relacionados, y que se convoque nuevamente la licitación con las modificaciones propuestas, y acorde tanto con los principios de control del gasto y de eficiencia, como con la legislación en vigor.

Tercero. Con fecha de 21 de enero de 2019, previo requerimiento de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel.

Cuarto. En misma fecha de 21 de marzo de 2019, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos evacuase el trámite conferido.

Quinto. El 28 de enero de 2019, la Secretaria de este Tribunal, por delegación del mismo, acuerda la concesión de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, solicitada por el recurrente en su escrito de recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Segundo. La interposición del recurso se ha llevado a efecto por una entidad en cuyo objeto social se encuentran actividades directamente relacionadas con el objeto del contrato. Por consiguiente, conforme a lo señalado en el artículo 48 de la LCSP, se encuentra legitimada para ello. Establece dicho precepto que *«podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.



Tercero. El objeto del recurso son los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor es superior a cien mil euros, susceptibles, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe indicarse que la recurrente lo interpuso el 15 de enero de 2019, no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles desde el día siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 50.1 b) de la LCSP, el recurso se ha presentado dentro de plazo.

Por otro lado, no consta que la recurrente, con carácter previo a la interposición del recurso especial, haya presentado oferta en la licitación.

Quinto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la entidad recurrente fundamenta su recurso en las siguientes consideraciones:

La fórmula matemática prevista en el PCAP supone una penalización de las mejores ofertas económicas y no se utiliza con carácter general en las licitaciones públicas. Dicha fórmula atribuye puntos a las posibles ofertas de forma inversamente proporcional, de manera que las ofertas más bajas reciban mejor puntuación que las ofertas de precios más altos y el precio más bajo la mayor puntuación posible en este apartado, 50 puntos. Sin embargo, esa fórmula hace que cualquier oferta igual o similar al presupuesto base de licitación (59.800 €) obtenga una puntuación que minimiza los márgenes entre las más caras y la más económica. Como ejemplo, se señala el siguiente:

Oferta: 59.800,00 euros %bajada: 0% Puntos: 32,50

Oferta: 41.680,00 euros %bajada: 30% Puntos: 46,43

Oferta: 38.870,00 euros %bajada: 35% Puntos: 50,00

Así, bajar el precio hasta un 35% sólo daría 17,50 puntos en la valoración económica de diferencia entre el que ha ofertado el precio más caro y el más económico.



El TACRC considera preferible una fórmula que asigne cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación, y la máxima puntuación a la oferta más barata, repartiéndose el resto de puntos de forma proporcional a la baja realizada. Y ello no solo para evitar (como en el presente caso) que la fórmula resulte una penalización de las mejores ofertas económicas, sino, y sobre todo, para no ir en contra de algunos inevitables principios que han de observarse en el ámbito de la contratación pública, tales como el de control del gasto y el de eficiencia; y sin olvidar los de no discriminación, de proporcionalidad y de igualdad de trato, así como el principio de transparencia que se prevén en los arts. 1 y 28 de la LCSP.

Deberá así convocarse nuevamente la licitación con la modificación propuesta y nuevo plazo para la presentación de ofertas económicas bajo una fórmula de valoración acorde con los principios de control del gasto, de eficiencia, y de acuerdo con la legislación en vigor. De otra forma, además de vulnerarse la Ley y doctrina citada, se estaría burlando la necesidad obligatoria de constituir un Comité de Expertos para la valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, ya que en realidad tienen atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática. Recordemos que en los procedimientos de adjudicación, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité de expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros.

Sexto. El órgano de contratación en el informe evacuado al efecto señala, en síntesis, lo siguiente:

El PCAP ha establecido un criterio proporcional que permite la atribución de 50 puntos a la oferta que presente el precio más bajo, y al resto de propuestas los puntos se asignarán de forma inversamente proporcional a la oferta más baja. Esta fórmula permite favorecer en la puntuación a las propuestas más económicas, frente a las que realicen una propuesta con un precio más elevado.



La fórmula permitirá discriminar de manera proporcional las propuestas económicas de los licitadores, teniendo en cuenta que se establecen unos límites detallados para la determinación de distintos casos de ofertas anormalmente bajas en la cláusula 15.1 del PCAP. En ningún caso se definen las ofertas desproporcionadas o anormalmente bajas tomando como referencia el precio de licitación, salvo en el caso lógico de que exista un solo licitador.

Séptimo. Expuestas las posiciones de las partes, procede analizar en primer lugar, la fórmula prevista en el PCAP para valorar las ofertas económicas. A este respecto, el Anexo 8 del PCAP establece lo siguiente:

«OFERTA ECONÓMICA. Anexo 9

Se cumplimentará la oferta económica según el modelo recogido en el Anexo 9 de este Pliego.

VALORACIÓN: hasta 50 puntos, de acuerdo con la siguiente fórmula:

Se valorará con la máxima puntuación a la proposición que ofrezca un mayor porcentaje de baja.

El resto de ofertas se valorarán aplicando la siguiente fórmula:

$$Px = \text{Ofb} / \text{Ofx} \times \text{MaxPuntos}$$

Donde:

Px es la puntuación obtenida por el licitador.

Max Puntos es la máxima puntuación alcanzable.

Ofb es el menor precio ofertado.

Ofx es la oferta del licitador».



El análisis de la cuestión controvertida debe partir del criterio sentado por este Tribunal respecto de las fórmulas matemáticas para la valoración de las ofertas económicas. Este criterio fue expresado en nuestra Resolución 1051/2018, en la que dijimos:

«Sexto. A) Sobre los parámetros a los que debe ajustarse el órgano de contratación al establecer la fórmula para evaluar las proposiciones económicas dijimos en nuestra Resolución 906/2014 que “lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el Pliego la fórmula elegida, que ésta atribuya una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara y que se guarde la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias”, rechazando en aquella ocasión asumir como propio el criterio auspiciado por el Tribunal de Cuentas en contra de la utilización de fórmulas que distribuyeran la puntuación según la rebaja que entrañaran respecto del tipo de licitación. Añadimos igualmente que

“Fuera de estos principios elementales, el órgano de contratación cuenta con un margen de libertad para decantarse por una u otra fórmula, para optar por una regla de absoluta proporcionalidad o, por el contrario, introducir modulaciones en ella que no sean arbitrarias ni carentes de lógica o, en fin, distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica. A fin de cuentas, si la entidad adjudicadora puede elegir la ponderación atribuida a cada criterio de adjudicación (cfr.: artículo 150.4 TRLCSP y Sentencia del TJCE, Sala Sexta, 4 de diciembre de 2003 – asunto C-448/01-), no parece posible negarle la libertad de elegir la fórmula de distribución de los puntos”.

Doctrina esta que reiteramos expresamente en nuestras Resoluciones 542/2015, 681/2016, 1064/2016, 208/2017, 230/2018 y 237/2018. En la primera de ellas, hicimos contar, además, discrepando del criterio seguido por la Junta Consultiva de Aragón, que “No creemos, en consecuencia, que el Derecho Comunitario o el Derecho interno impongan indefectiblemente la utilización de un método proporcional puro en la evaluación de la oferta económica”; admitimos entonces que es posible “utilizar fórmulas que se traduzcan en una función no lineal, de manera que no se siga una regla de proporcionalidad absoluta entre baja y puntuación obtenida, pues, a fin de cuentas, el factor ahorro no tiene siempre la misma importancia, especialmente cuando se alcanzan



determinados niveles”, si bien, en el caso que entonces nos ocupaba, rechazamos la legalidad de la fórmula elegida al constatar que “la distribución de los puntos carece de toda explicación razonable, pues otorga un tratamiento virtualmente idéntico a licitadores que hayan podido formular bajas de muy diverso alcance” (en concreto, a partir de bajas del 3% las diferencias entre empresas eran “prácticamente inapreciables”).

Es verdad que en nuestras Resoluciones 230/2018 y 237/2018 afirmamos nuestra preferencia por las fórmulas en las que la proposición que iguale el tipo de licitación obtenga cero puntos, la más barata la máxima puntuación a la más barata y las restantes en proporción, pero esta preferencia no significa descalificar en modo alguno otras opciones.

B) La doctrina anterior, sustentada en los principios de control de gasto y de eficiencia que proclamaban los artículos 1, 22, 333.2 y DA 16ª del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; en adelante, TRLCSP), y en la regla del artículo 150.1 TRLCSP “in fine” (que, como el 53.1.b Directiva 2004/18/CE, establecía el del precio más bajo cuando el único criterio de adjudicación fuera el precio), debe entenderse, sin duda, vigente hoy, bajo la disciplina de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE y de la LCSP.

Es verdad que la nueva normativa de contratación ha introducido cambios respecto de la anterior, como sucede con la consideración de criterios sociales y medioambientales en la adjudicación (cfr.: considerandos 92, 97, 98 y 99 y artículos 43 y 67.2 de la Directiva 2014/24/UE; apartado V de la Exposición de Motivos y artículos 1.3 y 145.2 LCSP) o la opción preferente por el empleo de una pluralidad de criterios de adjudicación (cfr.: considerandos 90 y 92 y artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE; artículos 131.2 y 145, apartados 1 y 3, LCSP).

Sin embargo, más allá de estas novedades, lo cierto es que, en línea con la continuidad que anuncia el considerando 89 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE, los criterios de adjudicación, “base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas” (cfr.: considerando 104 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE), siguen respondiendo a la idea de identificar la oferta económicamente más



ventajosa, por más que esta se identifique hoy con el concepto de “mejor relación calidad-precio” (cfr.: considerandos 89 y 90 y artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE; apartado II de la Exposición de Motivos y artículos 1.3, 131.2 y 145.1 LCSP); se comprende así que aquellos hayan de estar relacionados con el objeto del contrato, asegurar la competencia entre los licitadores y ser formulados en términos claros, de manera que no otorgue una libertad incondicional al órgano de contratación (cfr.: considerandos 45, 90 y 92 y artículo 67, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 2014/24/UE; artículo 145, apartados 2, 5 y 6, LCSP).

Con tales ideas rectoras a la vista –en definitiva, las mismas que iluminaban la legislación anterior-, no es posible inferir cambio alguno en cuanto a las reglas aplicables a las fórmulas matemáticas que se empleen para valorar las ofertas económicas de los licitadores. Ninguno de los preceptos de la Directiva o de la LCSP autoriza a pensar que se han impuesto al órgano de contratación límites o pautas adicionales a los ya expuestos, esto es, que la fórmula figure en el Pliego, que atribuya puntuación superior a la más barata (sin perjuicio de la aplicación de índices de saciedad, como admitimos en nuestra Resolución 976/2018, de 26 de octubre (Recurso nº 664/2018), inferior a la más cara y que la atribución de puntos a las intermedias guarde la debida proporción. En este orden de cosas, es significativo, desde luego, que el tema no fuera objeto de debate durante la elaboración y aprobación de las nuevas Directivas sobre contratación, pero más relevante si cabe es que, durante la tramitación parlamentaria de la LCSP, no prosperase ninguna de las enmiendas que abogaban por acotar el margen de elección de los órganos de contratación como proponían las formuladas con los números 118, 261, 265, 618 y 885 en el Congreso de los Diputados (cfr.: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie A: Proyectos de Ley, nº 2-2, 16 de marzo de 2017, págs. 86-91, 187-192, 199, 488-489, 684-685) y números 165 y 248 en el Senado (cfr.: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, nº 145, 18 de septiembre de 2017, págs. 121 y 179-180). La primera de ellas –la nº 118– aspiraba a imponer una proporcionalidad absoluta en el reparto de la puntuación, otorgando la más alta a la que ofertara el precio más bajo y estableciendo un reparto rigurosamente proporcional entre las restantes mediante una función “continua, proporcional y monótona decreciente” entre el precio más bajo y el precio de las demás ofertas, en tanto que las demás se conformaban con prohibir el empleo de fórmulas que atendieran al porcentaje de rebaja respecto del tipo de



licitación; como decimos, sin embargo, ninguna de ellas prosperó, evidenciando así la intención del legislador de seguir otorgando un amplio margen de actuación al órgano de contratación.

C) Reafirmada, pues, la vigencia de nuestra doctrina sobre las fórmulas de evaluación de las proposiciones económicas, estamos en condiciones de analizar la que se utiliza en el Pliego que es objeto de impugnación por la recurrente.

El recurso no debe prosperar. Es indudable que la fórmula se explicita en el Pliego de forma clara, como también lo es que guarda relación con uno de los elementos del contrato (el precio), que asigna la puntuación más alta a la oferta más barata, la puntuación más baja a la oferta más cara y que la distribución de los puntos entre las restantes se hace de acuerdo con la debida proporción (se trata de una regla de tres inversa).

Ante ello, no podemos acoger el argumento que esgrime la recurrente cuando sostiene que, por no tener la fórmula suficiente capacidad discriminatoria (en concreto, afirma que la diferencia entre la oferta más alta y la más baja es de 24 puntos), se vulnera la necesaria intervención de un Comité de expertos cuando los criterios dependientes de un juicio de valor tengan una ponderación mayor a los evaluables de forma automática. Se trata, ciertamente, de un razonamiento que en ocasiones hemos empleado (vgr.: Resolución 542/2015, en la que aludimos a un “escenario cuando menos cercano al fraude de ley del artículo 6.4 CC”), pero, dejando a un lado lo excepcional del supuesto (la capacidad discriminatoria de la ecuación era insignificante, pues, a partir de rebajas del 3% la horquilla apenas superaba los cinco puntos y, a partir del 5% no llegaba a dos) -en absoluto parangonable con el que hoy estudiamos-y prescindiendo igualmente de que en buena medida se trataba de un “obiter dicta” (pues ya advertíamos de que la escasa capacidad discriminatoria de la fórmula evidenciaba que no servía para identificar la oferta económicamente más ventajosa), lo cierto es que los cálculos que ofrece la recurrente parten de que la oferta más baja sea 96.000 €, sin que se indiquen las razones por las que se ha elegido este presupuesto. De hecho, es imposible cabalmente saber cuál será la horquilla de puntuación porque ello exige conocer la oferta más baja.



En este mismo sentido lo decidimos en nuestra Resolución 237/2018, en cuyo Fundamento de Derecho Sexto dijimos:

Sexto. A continuación se hace valer por la recurrente que de la puntuación total posible para cada licitadora, 100 puntos, si bien nominalmente se han reservado 60 puntos a criterios económicos y 40 a criterios que dependen de un juicio de valor, es lo cierto que la fórmula empleada para el cálculo de la puntuación correspondiente a los criterios económicos determina que el peso de los criterios que dependen de un juicio de valor es muy superior al peso del criterio económico; lo que habría de tenido que determinar el nombramiento de un comité de los previstos en el artículo 150.2 LCSP. El Tribunal no comparte la apreciación del recurrente. Como ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sus informes 8/97 y 42/12, la legislación contractual deja en libertad a cada órgano de contratación para poder establecer en el pliego los criterios de valoración, y la ponderación que corresponda a cada uno de ellos. El informe 8/97 declara expresamente la legalidad de la fórmula utilizada en este procedimiento, consistente en una proporcionalidad inversa, manifestando que “resultan ajustadas todas aquellas fórmulas que atribuyan a la menor oferta económica la mayor puntuación, y a la mayor oferta económica la menor puntuación”. Existen muchas fórmulas matemáticas jurídicamente admisibles para evaluar el criterio precio, y este Tribunal no considera que en base a como distribuya cada una de dichas fórmulas los puntos, proceda hacer las disquisiciones adicionales que plantea el recurrente. Mucho menos aún en un recurso contra la adjudicación del contrato, en que los pliegos que establecen la fórmula a aplicar son “lex contractus”. Procede, por tanto, desestimar este motivo de recurso.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera preferible una fórmula que asigne cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación, y la máxima puntuación a la oferta más barata, repartiéndose en resto de puntos de forma proporcional a la baja realizada. No parece razonable otorgar puntuación en este criterio a quien no realiza el más mínimo esfuerzo de baja económica”.

D) En suma, no apreciamos que la fórmula incurra en infracción de precepto alguno de la LCSP o de los principios rectores de la licitación pública.



Sin duda, podría haberse elegido otra diferente que, respetando los límites tantas veces repetidos (esto es, que la oferta más barata reciba la mayor puntuación, que la más cara la menor puntuación y que las restantes obtengan los puntos de acuerdo con una debida proporción), tuviera mayor capacidad para discriminar entre las ofertas. Y podría incluso argumentarse en pro de esa elección desde el punto de vista económico o práctico, pero ello nos sitúa en el ámbito de la discusión de oportunidad, no de la adecuación a Derecho».

En el presente caso, los pliegos establecen una fórmula (la regla de tres inversa), en virtud de la cual la oferta económicamente más ventajosa obtiene la mayor puntuación, sin que las modulaciones establecidas sean arbitrarias o discriminatorias.

Así las cosas, procede la desestimación del recurso, sin perjuicio de manifestar que no resulta razonable conceder puntuación alguna en el criterio económico a las ofertas que no realizan ningún esfuerzo de baja respecto del precio de licitación, por lo que, como manifestamos, entre otras, en nuestra Resolución 230/2018, se considera preferible una fórmula que asigne cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación, y la máxima puntuación a la oferta más barata, repartiéndose en resto de puntos de forma proporcional a la baja realizada, u otras similares.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F.P.R., en representación de SERVICIOS EXTERNOS DE CALIDAD S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato de “*Servicio para la realización de trabajos de soporte a la revisión y análisis de expedientes y justificaciones científico-técnicas de ayudas correspondientes a convocatorias en materia de recursos humanos para la investigación, en el marco del plan estatal de I+D+i*”, con expediente nº 2018C0000028, convocado por la Agencia Estatal de Investigación.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.