



Recurso nº 1117/2016 C.A. Galicia 158/2016

Resolución nº 73/2017

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

En Madrid, a 20 de enero de 2017

VISTO el recurso presentado por D. L.S.P.M., en nombre y representación de la mercantil ALTHENIA, S.L., contra el acuerdo de desistimiento al contrato de *“servicios de conservación y mantenimiento de los parques y jardines de la ciudad de A Coruña”* convocado por el Ayuntamiento de A Coruña; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Convocada la licitación para la adjudicación del contrato de servicio de conservación y mantenimiento de los parques y jardines de la ciudad de A Coruña y tramitado el oportuno procedimiento, la mesa de contratación acordó el 1 de diciembre de 2015 proponer al órgano de contratación la adjudicación de tres de los cuatro lotes del contrato a ALTHENIA, S.L.

Segundo. El órgano de contratación no procede a adjudicar el contrato sino que solicita a la Fundació de la Jardinería i el Paisatge un informe sobre los pliegos y las ofertas del procedimiento de contratación del servicio citado que se recibió el 11 de febrero de 2016.

Tercero. A continuación, se solicita por parte de la Concejalía de Hacienda y Administración que desde la Dirección del Área de Economía y Hacienda se emita un informe que confirme o desmienta los datos recogidos en el informe de la Fundació de la Jardinería i el Paisatge, a lo que se da cumplimiento el 24 de febrero de 2016.

Cuarto. Una vez emitidos los informes, se solicita también otro a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, lo que cumplimenta el mismo día 24 de febrero. Además de hacer referencia a las consideraciones sobre los pliegos contenidas en los anteriores informes, se considera imprescindible que se recabe de las empresas que realizaron las ofertas más ventajosas un informe de la viabilidad de las mismas en el que se especifique con claridad la relación entre costes anuales previstos e importe de la facturación anual. Una vez remitida la solicitud de información, la recurrente dio cumplimiento al trámite mediante escrito presentado el 31 de marzo.

Quinto. El 9 de mayo el Director del Área de Economía y Hacienda emite un informe sobre las justificaciones ofrecidas por las dos empresas adjudicatarias, considerando que las mismas no acreditan la viabilidad económica de la oferta. El 10 de mayo la Asesoría Jurídica también emite informe en el que, en su conclusión, señala que de los sucesivos informes obrantes en el expediente se desprende la dificultad de acreditar la viabilidad económica de las ofertas seleccionadas.

Sexto. El Alcalde de La Coruña, el 1 de junio, eleva consulta a la Junta Consultiva de Contratación de Galicia con el fin de que informe acerca del eventual desistimiento del procedimiento de contratación basado en la vulneración no subsanable de las normas de preparación del contrato, consistente en una defectuosa e insubsanable elaboración de los pliegos. El 29 de septiembre, se emite por la Junta el informe 6/2016 que, aunque realiza diversas consideraciones, indica que no le corresponde informar sobre expedientes concretos ni sustituir la función que los preceptos legales atribuyen a otros órganos.

Séptimo. Con base en el informe de la Asesoría Jurídica de 10 de mayo, la Concejala delegada de Hacienda y Administración propone desistir de la adjudicación (sic) del procedimiento de contratación, lo que se acuerda por la Junta de Gobierno Local el 21 de octubre de 2016.

Octavo. Disconforme con esta resolución ALTHENIA, S.L. formula recurso especial en materia de contratación en fecha 25 de noviembre de 2016.

Noveno. En fecha 16 de diciembre de 2016 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. Ha formulado alegaciones la empresa MALVECIN, S.L., licitadora del procedimiento y actual contratista que solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y del Convenio de Colaboración suscrito el 7 de noviembre de 2013, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencia de recursos contractuales y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 25 de noviembre de 2013, por Resolución de 12 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Segundo. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de quince días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero. Con respecto al cumplimiento del requisito de legitimación en la interposición del presente recurso (art. 42 TRLCSP), no existe duda de que el recurrente lo cumple, pues impugna el desistimiento de un procedimiento de contratación en el que su oferta había sido clasificada como la económicamente más ventajosa.

Cuarto. El órgano de contratación desiste del procedimiento con base en el artículo 155.4 del TRLCSP que establece que el mismo deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.

Aprecia una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato consistente en la existencia de vicios insubsanables en la formulación de los pliegos derivados de dos circunstancias:

- La regla de valoración de las ofertas bajas o temerarias es ineficaz, por cuanto solo recae sobre uno de los cuatro criterios aritméticos empleados para la valoración de las ofertas (el precio), quedando fuera de control de anormalidad o temeridad los otros tres criterios aritméticos (conservación por medición, reducción de precios de referencia y subcontratación con centros especiales de empleo).
- Los tres criterios distintos del precio, no afectados por las reglas de baja anormal o temeraria, se refieren a mejoras que pueden hacer los licitadores que adolecen en su planteamiento de la requerida concreción, por cuanto no establecen límites máximos, permitiendo a los licitadores realizar ofertas hipotéticas e irreales, que podrían llegar a provocar la inviabilidad real, aunque no formal, de las ofertas.

Quinto. Planteada así la cuestión es preciso determinar si concurre una nulidad de pleno derecho en dichas cláusulas de los pliegos, por la indebida configuración de las ofertas anormales o desproporcionadas o de los criterios de valoración distintos al precio.

En relación con las ofertas con valores anormales o desproporcionados establece el artículo 152 del TRLCSP:

“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.”

De conformidad con ello, el pliego de cláusulas administrativas que rige la licitación establece en su cláusula 23ª “Ofertas con valores anormales o desproporcionados” que: *“Se considerará, como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en cinco unidades, por lo menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas y admitidas. La baja temeraria se aplicará sólo respecto al precio (criterio de valoración 1).”*

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal en anteriores ocasiones. Así, en la Resolución 107/2016 señalamos que:

“Sobre la aplicación del párrafo segundo del precepto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, en Informe 58/2008, de 31 de marzo de 2009, de acuerdo con “la meridiana claridad” de su texto, informó que para que pueda ser ponderada si una proposición no puede ser cumplida por considerar que se trata de una oferta anormalmente baja, tanto durante la vigencia de la Ley de contratos de las administraciones públicas, bajo la forma de adjudicación de concurso, como de la Ley de Contratos del Sector Público cuando se apliquen diversos criterios de valoración de las ofertas, es requisito que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitirán su apreciación. De tal forma que si tal previsión “no figura en el PCAP no puede apreciarse que una proposición pueda ser considerada como oferta anormalmente baja”. El sentido de lo dicho también fue objeto de idéntica conclusión en el Informe 28/2005, de 26 de octubre de 2005. Además, idéntica interpretación literal del precepto transcrito se ha realizado tanto desde los órganos jurisdiccionales (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2014, recurso de casación 334/2013), como desde la doctrina de los tribunales administrativos competentes para conocer del recurso especial en materia de contratación. Así, ya en nuestra Resolución 113/2012, de 16 de mayo decíamos que “De la simple lectura de las disposiciones de la Ley (artículo 152) se deduce claramente que, en los supuestos en que

no exista más que un criterio de adjudicación la apreciación de la existencia de una proposición anormalmente baja o desproporcionada es consecuencia directa de que concurran o no los supuestos de hecho contemplados en el artículo 85 del Reglamento citado. Por el contrario cuando la adjudicación debe hacerse valorando varios criterios, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja o desproporcionada exige que en el pliego correspondiente se haya establecido tal posibilidad mediante la inclusión de los supuestos de hecho en que se podría considerar que incurre en tal situación y los parámetros para apreciarla. [...] La diferencia es comprensible teniendo en cuenta en primer lugar que la apreciación de que una proposición se encuentra incurso en situación de anomalía o desproporción es una excepción al principio general de que los contratos deben adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, lo que lleva lógicamente al legislador a regularla con un cierto carácter restrictivo. Por otra parte, así como en los contratos cuya adjudicación se hace simplemente mediante la apreciación de cuál es la oferta de precio más bajo es relativamente fácil establecer parámetros generales aplicables a todos ellos, en el caso de que los criterios de adjudicación sean varios, dada la muy diversa naturaleza de los que pueden figurar en los pliegos de contratación, es lógico que la determinación de los casos en que la proposición incurre en alguna de las situaciones citadas debe reservarse a los propios pliegos.” En el mismo sentido, Resoluciones 303/2011, 127/2013, 90/2014 y 178/2015. En la Resolución 353/2015, de 17 de abril de 2015, citando la Resolución 431/2014, de 30 de mayo, decíamos: “es el pliego de cláusulas administrativas particulares el que debe de especificar los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, si la proposición no puede ser cumplida..., aplicándose exclusivamente para determinar tal situación los criterios establecidos en el pliego”.

Por consiguiente, el no establecimiento de reglas en el pliego para determinar cuándo una oferta es anormal o desproporcionada en criterios distintos del precio no es causa de nulidad de pleno derecho de aquel y no habilita para acordar el desistimiento.

Sexto. En cuanto al segundo motivo justificativo del desistimiento se trata, como se indicó antes, de que los criterios distintos del precio no afectados por las reglas de baja anormal o temeraria, se refieren a mejoras que pueden hacer los licitadores que adolecen en su

formulación de la requerida concreción por cuanto no establecen límites máximos, permitiendo a los licitadores realizar ofertas hipotéticas e irreales, que podrían llegar a provocar la inviabilidad real, aunque no formal, de las ofertas.

Dejando de lado el debate de si los criterios discutidos pueden calificarse de mejoras, nos referiremos a la cuestión de si están debidamente concretados. En este sentido, nuestra Resolución 395/2015 señalamos lo siguiente: *“el TRLCSP proscribe las mejoras genéricas, no determinadas en cuanto a los aspectos de la prestación que serían mejorables por las propuestas de los licitadores y/o en cuanto al valor o la ponderación que tendrán como criterio de adjudicación. En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las **Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre; 207/2013, de 5 de junio; 302/2011, de 14 de diciembre o la Resolución 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la Resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan Resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012) el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el Pliego de Cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la **sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008**, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el Pliego.” En la Resolución nº 177/2015 al respecto que la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige, por imperativo legal, su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o en su caso en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas.”***

Por tanto (**Resolución 662/2015**), *“de lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas*

efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el **principio de transparencia e igualdad de trato** y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios”.

Los criterios cuestionados son los siguientes (cláusula 22ª “Criterios de valoración”):

“b) IMPORTE DESTINADO A CONSERVACIÓN POR MEDICIÓN. Hasta 50 puntos

Se otorgará la máxima puntuación a la empresa que oferte el mayor importe para la realización de trabajos de conservación por medición. Se ofertará un único importe con dos decimales. Las ofertas se valorarán según la siguiente fórmula matemática en función del importe máximo:

$$Im^i = 50 - 50 \times \left[\frac{(IM \max - Im^i)^{0,8}}{(IM \max)^{0,8}} \right]$$

Donde

- Im^i = Importe destinado a trabajos de conservación por medición ofertado por cada licitador, con dos decimales.
- $IM \max$ = importe destinado a trabajos de conservación por medición del licitador que mayor cuantía propone.

c) REDUCCIÓN SOBRE LA BASE DE PRECIOS DE REFERENCIA. Hasta 5 puntos

La puntuación máxima se otorgará al licitador que más porcentaje de baja proponga sobre los precios unitarios de la base de precios de referencia establecida para fijar el precio de los trabajos por medición (BBDD Jardinería y Paisajismo 2013) y una puntuación inferior a las ofertas de precio más alto, repartiéndose las puntuaciones según la siguiente fórmula matemática:

$$Vi = 5 \times \left[1 - \frac{(B \max - Bi)}{(B \max - B \min)} \right]$$

Donde

- *Bmax*: tanto por uno de baja sobre la base de precios de referencia ofertado por el licitador que ofrece el mayor descuento.
- *Bmin*= tanto por uno de baja sobre la base de precios de referencia ofertado por el licitador que ofrece el menor descuento.
- *Bi*= tanto por uno de baja sobre la base de precios de referencia ofertado por cada licitador.

d) PORCENTAJE DEL IMPORTE DE ADJUDICACIÓN DEDICADO A LA SUBCONTRATACIÓN CON CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO (Hasta 5 puntos)

Este criterio valorará la mejora relativa al compromiso de subcontratación de un porcentaje del presupuesto de adjudicación del contrato (criterio de valoración 1) a través de Centros Especiales de Empleo -legalmente constituidos y registrados conforme al Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre- (punto 4.1.1. del Pliego Técnico).

Para que sea valorada esta mejora el mínimo a dedicar será el 2% del importe de adjudicación, alcanzando mayor puntuación el que mayor importe ofrezca, conforme a la fórmula que se detalla. Si la mejora no alcanzase este 2% no será tenida en cuenta.

$$Vi = 5 \times \left[1 - \frac{(Smax - Si)}{(Smax - Smin)} \right]$$

- *Smax* es el porcentaje máximo destinado a la subcontratación de un centro especial de empleo ofertado por un licitador respecto al importe de adjudicación (criterio de valoración 1).
- *Smin* es el menor porcentaje destinado a la subcontratación de un centro especial de empleo ofertado por los licitadores respecto a la adjudicación (criterio de valoración 1). En ningún caso podrá ser inferior a 2% del importe de adjudicación.

- *Ci es el porcentaje destinado por cada licitador a la subcontratación de un centro especial de empleo respecto al importe de adjudicación (criterio de valoración 1)."*

A la vista de lo transcrito y tomando en consideración la doctrina antes expuesta, tenemos que concluir que los criterios están claramente determinados y tienen una fórmula concreta de valoración, lo que impide que los licitadores realizaran la oferta de estos elementos ignorando qué se iba a valorar y con cuántos puntos.

Dado que son compromisos cuantificables, exigibles y su incumplimiento por parte del contratista dará lugar a la imposición de las penalidades que procedan o incluso a la resolución del contrato, los pliegos no están viciados de la inconcreción en la que se basó el órgano de contratación para desistir del procedimiento, procediendo, en consecuencia, estimar el recurso.

Séptimo. El recurrente solicita también la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Solicita dos tipos de daños, los derivados del retraso o mora en más de un año en adjudicar el contrato y los eventuales o que subsidiariamente pudieran ser consecuencia o compensación de confirmarse el acuerdo de desistimiento. Concreta los daños en los importes de mantenimiento de avales, gastos de personal adscrito al proyecto, maquinaria reservada, así como los derivados del perjuicio reputacional sufrido como consecuencia de las informaciones aireadas por el Ayuntamiento que pudieran hacer dudar sobre la inviabilidad económica de la sociedad.

En relación con los daños solicitados eventual y subsidiariamente, no procede su estimación, por cuanto el acto de desistimiento queda anulado por la presente resolución, por lo que no concurre el presupuesto que daría lugar a la indemnización.

Por lo que se refiere al retraso en la tramitación del procedimiento, este Tribunal ya se ha pronunciado en otras ocasiones en sentido desestimatorio. En la Resolución 507/2016 señalamos que:

“no se excluye la posibilidad de considerar que la actuación dilatada en el tiempo del órgano de contratación pudiera no haber sido todo lo diligente que debiera y que ello haya

podido quizá provocar otros perjuicios al licitador propuesto como adjudicatario, si bien esta hipotética responsabilidad patrimonial queda en todo caso fuera del ámbito competencial de este Tribunal (...) *En el presente caso, sin embargo, procede remitirse a lo ya expuesto en nuestra resolución nº 479/2013: “Por último, y en lo que concierne a las pretensiones resarcitorias ejercidas por la mercantil recurrente, este Tribunal considera que no son aplicables los preceptos reseñados sobre las consecuencias jurídicas indemnizatorias ante la resolución anticipada de los contratos, dado que no ha nacido la relación contractual.(...)”*

Ante la falta de previsión en el anuncio y en el pliego, se ha de estar a lo previsto en los principios generales rectores de la responsabilidad patrimonial, lo cual requerirá instar la incoación ante el órgano de contratación y la tramitación por éste del procedimiento que para tal fin regula el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, previa acreditación de los gastos efectivamente provocados a la licitadora recurrente.”

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. L.S.P.M., en nombre y representación de la mercantil ALTHENIA, S.L., contra el acuerdo de desistimiento al contrato de servicios de conservación y mantenimiento de los parques y jardines de la ciudad de A Coruña, anulándolo y ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior al mismo al objeto de que se dicten las resoluciones subsiguientes.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.