



Recurso nº 1335/2022

Resolución nº 1493/2022

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 24 de noviembre de 2022

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. H. A., en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (AMI), contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de mantenimiento integral de los edificios y de las instalaciones de los servicios centrales, almacén de Valdemoro y los CPD’s del Servicio Público de Empleo Estatal.*”, expediente PA 2/23, convocado por la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 14 de septiembre de 2022, se publicó anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público, por el cual se convoca la licitación por procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de servicios de “*Servicio de mantenimiento integral de los edificios y de las instalaciones de los servicios centrales, almacén de Valdemoro y los CPD’s del Servicio Público de Empleo Estatal*”. El día 16 de septiembre de 2022, se publicó también el citado anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea y el día 19 de septiembre de 2022, en el B.O.E.

El presupuesto base de licitación de este contrato es de 1.740.980,48 € y el valor estimado del mismo de 2.922.967,1 €.

Segundo. Publicada la licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, disconforme con alguna de las cláusulas de los pliegos de cláusulas administrativas

particulares (en adelante, PCAP), AMI interpone frente a ellos recurso especial en materia de contratación en fecha 30 de septiembre de 2022.

Alega en el recurso, en síntesis, que la cláusula 19 del PCAP, introduce como criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas, tres subcriterios, que han de calificarse como mejoras, pero que no se concretan y detallan debidamente, así como tampoco se establecen límites cuantitativos para su ofrecimiento. Estas circunstancias, según la recurrente, pueden dar lugar a ofertas de imposible cumplimiento, así como distorsionar el resultado de la licitación e incumplir el carácter oneroso de los contratos, incumpliendo así la normativa europea y los principios de igualdad de trato y transparencia fijados en los artículos 1 y 132 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) y también se incumplirían los artículos 145, apartados b) y c) y 145.7 de la citada Ley.

Tercero. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste, acompañado del correspondiente informe. En el citado informe de fecha 4 de octubre de 2022, el órgano de contratación alega en primer lugar que la fórmula para valorar los criterios es una fórmula proporcional, en la que se asigna la máxima puntuación a la mejor oferta y de forma proporcional. En segundo lugar, aduce que al no estar en presencia de un supuesto de mejoras en los términos previstos en el ya citado 145.7 LCSP, sino de un criterio de adjudicación, al no tratarse de una prestación adicional y diferente de alguna de las regladas en el contrato, no resultaría obligatorio el establecimiento de un umbral máximo de acuerdo con el artículo 145.5 LCSP. Por lo tanto, entiende el órgano de contratación que el hecho de no haber establecido limitaciones no vulnera las prescripciones del citado precepto. Además, afirma que los criterios en cuestión están claramente vinculados al objeto del contrato y formulados de manera objetiva, sin vulneración de los principios generales que rigen la contratación pública y garantizando la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. A más que los cuestionados criterios se entiende que están bien definidos, resultando su forma de valoración precisa y objetiva.



No cabe, por lo tanto, a su entender, considerar discriminatorio el criterio impugnado, puesto que se va a aplicar por igual a todos los licitadores que concurran a la convocatoria, sin que pueda suponer ventaja de ningún tipo de unos frente a otros, y sin que quede afectada la libre competencia, ni quepa posibilidad de subjetividad en la ponderación del criterio, al estar determinado con claridad en el PCAP y evaluarse mediante la aplicación de una fórmula, que asigna la máxima puntuación a la mejor oferta de los licitadores y de forma proporcional al resto de ofertas.

Cuarto. Mediante Resolución de 14 de noviembre de 2022 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente Tribunal es competente para conocer este recurso de acuerdo con el artículo 45.1 de la LCSP y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Segundo. En relación con la legitimación para la interposición del presente recurso, dispone el artículo 48 de la LCSP que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario

las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”

De acuerdo con dicho precepto, estarán legitimadas las organizaciones empresariales sectoriales representativas de los intereses afectados.

Eso nos lleva a determinar quién es la asociación que interpone el recurso. La asociación recurrente es la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS, AMI.

Es doctrina de este Tribunal contenida –entre otras– en sus Resoluciones 1522/2019, de 26 de diciembre, o 635/2020, de 21 de mayo, la de que sostiene que:

«La peculiaridad en estos casos es que la actuación de la persona jurídica se hace en defensa de los intereses de sus asociados, de manera que deberá reconocérsele la existencia de interés legítimo siempre que una eventual estimación del recurso genere una ventaja para sus integrantes o la eliminación de un gravamen o situación de desventaja que les afectaba (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 11 de junio de 2013 –Roj STS 3174/2013-, 26 de febrero de 2008 –Roj STS 1052/2008-, 14 de septiembre de 2004 –Roj STS 5670/2004-, 29 de enero de 2002 –Roj STS 514/2002-, 16 de noviembre de 2001 –Roj STS 8951/2001-, 16 de marzo de 1967 –Roj STS 189/1967-, entre otras muchas).

Resoluciones como la 1105/2015, de este Tribunal han admitido la legitimación de asociaciones en defensa de los intereses colectivos, al considerar que ‘parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos’».

En este sentido, la Resolución 549/2020, de 17 de abril, indicó que;

«En el caso que ahora nos ocupa, la Recurrente tiene la consideración de asociación empresarial que aglutina posibles licitadores en el contrato que es objeto de licitación, y, por tanto, podría considerarse que no necesariamente puede ostentar un interés directo en la estimación o no de su recurso (su objeto es la defensa de los intereses de sus asociados). Sin embargo, este Tribunal, y en aras de realizar una interpretación garantista del concepto de legitimación, entiende que la citada patronal sí ostenta legitimación, ya que son sus propios asociados los que sí podrían obtener ventaja de verse admitida las pretensiones sostenidas por su asociación. Por lo tanto, entiende este Tribunal que sí que existe, efectivamente, un interés –indirecto- de la recurrente, lo que lleva a que este Tribunal le reconozca a la misma, y en este caso concreto, la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación. A la vista de todo lo expuesto y sin entrar en mayor análisis, hay que concluir que la Recurrente ostenta legitimación con base en el artículo 48 LCSP».

Por todo lo expuesto, debe reconocérsele legitimación a AMI para impugnar los pliegos objeto del presente recurso especial, que, por otra parte, ya ha sido reconocida por este Tribunal a la misma asociación en otros recursos ya interpuestos por la misma asociación, como en la reciente Resolución 977/2022, de 2 de septiembre de 2022.

Tercero. El acto objeto del recurso es apto para su impugnación en cuanto se refiere a la impugnación de unos pliegos (artículo 44.2 a) LCSP) de un contrato de servicios que tiene un valor estimado superior a 100.000 euros, conforme al artículo 44.1 a) LCSP.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.1 b) LCSP, dado que los pliegos fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 14 de septiembre de 2022 y el recurso fue interpuesto el día 30 del mismo mes y año.

Quinto. Sostiene la parte recurrente que examinado el PCAP encuentra que, a través de los “*Criterios evaluables mediante fórmulas y fórmulas correspondientes*”, de la DISPOSICIÓN 19 (“*Criterios para la adjudicación del contrato y ponderación de los mismos*”), del “*CUADRO RESUMEN DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS*

PARTICULARES PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS POR PROCEDIMIENTO ABIERTO”, se disponen, entre otros, una serie de subcriterios que se refieren por el Órgano de Contratación como mejoras y que estos indican que una de las variables para la ponderación será el “precio ofertado” y la “oferta económica” y que esto da lugar a que no se limita a la oferta económica, por lo que no quedaría el subcriterio delimitado por falta de acotación.

Lo primero que advierten en el recurso es que nos encontraríamos ante subcriterios de adjudicación que serían mejoras, no sólo porque así lo determina el Órgano de Contratación, sino porque las actuaciones en las que las que consisten las mismas son prestaciones adicionales y distintas a las definidas como objeto del contrato.

Considera que dichas mejoras no quedan concretadas ni limitadas, lo que implica la indefinición de los subcriterios de adjudicación en que, consisten, esto, a su juicio, da lugar a la presentación de ofertas de imposible cumplimiento o antieconómica, lo que podría distorsionar el resultado de la licitación e incumplir el carácter oneroso de los contratos administrativos, evidenciando una incorrecta plasmación del precio.

A su juicio, la redacción dada a los subcriterios denunciados da lugar a confusión e incertidumbre y no garantiza la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva en cuanto a que no se ha procedido a determinar con precisión los elementos que conforman la fórmula a utilizar para determinar la adjudicación de los puntos.

De esta forma, esta falta de determinación y concreción supone, continúan, un incumplimiento de la normativa europea que resulta de aplicación e incurre en una vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia.

Alegan que los subcriterios denunciados no garantizarían la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva en tanto no se ha procedido a determinar con precisión uno de los elementos que integran la fórmula establecida para asignar los puntos, como es el tope de la oferta a la baja a plantear para cada uno de los subcriterios, elemento sin el cual los licitadores no tienen forma de posible de saber cuál será el importe más económico para ofertar por la mejora y, en consecuencia, cuál será el resultado de la asignación.

En adición y complemento a lo anteriormente referido, concluyen que los subcriterios de adjudicación denunciados, son mejoras de carácter gratuito para el Órgano de Contratación, que no quedan mínimamente definidas en cuanto a su alcance en lo relativo a su limitación y acotación, para determinar cuál es la oferta más económica a considerar. Es decir, se exponen las mejoras que habrán de ofertarse, la puntuación máxima a otorgarse, y la fórmula a utilizarse para concluir la puntuación de las ofertas en concreto respecto a los subcriterios denunciados; sin embargo, no se define la cuantía en que, consistirá la “Oferta más económica”, el tope económico en que, consistirá esa oferta “más económica”, quedando así los subcriterios indeterminados, e impidiendo con ello a los licitadores concurrir al proceso de adjudicación del contrato con la información necesaria para poder presentar su oferta, en tanto que uno de los elementos para determinar la asignación de, nada más y nada menos, treinta y cuatro (34) puntos, sólo será posible conocerlo a posteriori y una vez se haya cerrado el plazo de presentación de ofertas, a través de la comparativa de todas ellas

Sexto. A la vista de lo expuesto procede analizar si el subcriterio al que se refiere el recurrente se trata de una mejora de carácter gratuito que no queda mínimamente definida en cuanto a su alcance en lo relativo a su limitación y acotación para determinar cuál es la oferta más económica a considerar.

“Con carácter previo, hay que precisar que lo que la recurrente califica como mejoras, están configuradas en el PCAP como criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas en el apartado 19.2 del cuadro de características de dicho pliego con la siguiente redacción:

2. PERFECCIONAMIENTO DE LAS INSTALACIONES. (Cláusula 6 del Anexo I del PPT). **Hasta 44 puntos.**

Deberán pintarse interiormente todas las plantas con pintura ecológica junto con las zonas de parking exteriores y pasos de cebra, durante los fines de semana y limpiar los techos de todas las instalaciones de SSCC.

Por este concepto se obtendrá una doble puntuación, por un lado un máximo de 10 puntos por el tiempo empleado en la ejecución y por otro lado hasta 10 puntos en

función del precio ofertado por esta mejora, aplicando los subcriterios 2.1 y 2.2 siguientes:

2.1 PINTURA DEL EDIFICIO A Y B, LIMPIEZA E HIGIENIZACIÓN DE TECHOS.

La oferta más económica de este subcriterio recibirá 10 puntos.

Se calculará mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$Po = Pm \times \underline{Oe}$$

Of

Po= Puntuación Obtenida

Of = Oferta realizada

Pm = Puntuación máxima posible (10 ptos)

Oe = Oferta más económica

2.2 PINTURA DEL EDIFICIO A Y B, LIMPIEZA E HIGIENIZACIÓN DE TECHOS.

Plazo de ejecución: Se calculará mediante la aplicación del siguiente baremo:

1 año desde la formalización 10 puntos.

1 año y medio desde la formalización 5 puntos.

2 años desde la formalización 0 puntos.

2.3 CAMBIO A LED DE TODAS LAS INSTALACIONES: Para este concepto se valorará la oferta económica con un máximo de 10 puntos, aplicando la siguiente fórmula:

$$Po = Pm \times \underline{Oe}$$

Of



Po= Puntuación Obtenida

Of = Oferta realizada

Pm = Puntuación máxima posible (10 ptos)

Oe = Oferta más económica

2.4 LEGALIZACIÓN DEPÓSITO GASOIL: *Se valorará la oferta económica de esta mejora con hasta 14 puntos, aplicando la siguiente fórmula:*

Po = Pm x Oe

Of

Po= Puntuación Obtenida

Of = Oferta realizada

Pm = Puntuación máxima posible (10 ptos)

Oe = Oferta más económica”

Hecha la precisión anterior, en cuanto a la primera cuestión, hay que tener en cuenta que entre los criterios de valoración relativos al apartado de perfeccionamiento de las instalaciones se han definido: la pintura de los edificios, la limpieza de los techos, el cambio de luminarias y la legalización del depósito de gasoil, que, como indica el apartado 6 del Anexo I del PPTP, son obligatorios y se ejecutarán en las dos primeras anualidades del contrato:

“6. MEJORAS DE LAS INSTALACIONES

Durante la ejecución de las dos primeras anualidades del contrato se ejecutarán las mejoras ofertadas por el adjudicatario. A continuación, se detalla el contenido de las mejoras a ofertar:

6.1. Características técnicas de la pintura del edificio

Pintura blanca plástica y ecológica en paramentos verticales de edificio en todas las plantas igual a la existente en zonas comunes.

Pintura blanca plástica y ecológica en paramentos verticales y horizontales en cajas de escaleras.

(..)

6.2. Limpieza e higienización de techos

Limpieza e Higienización de falso techo metálico mediante producto limpiador (cumpliendo con normativas), incluyendo perfilería y la limpieza de las salidas de A/A, megafonía, detectores y la protección del mobiliario.

(..)

6.3. Legalización depósito de gasoil

Conversión de un tanque a doble pared, realizando la medición continua de menos de 100 ml/hora. Queda incluido, una consola con impresora, el módulo interfaz, sonda completa, 1 Kit. de instalación, 1 cable para la comunicación.

6.4. Cambio a LED de toda la luminaria de las instalaciones

Durante la ejecución de los dos primeros años se irá cambiando progresivamente toda la luminaria a led, no produciéndose el pago de la oferta realizada hasta que no se termine por completo".

Como se constata de la lectura del PPTP, las actividades que en base a la cláusula 19, subapartados 2.1, 2.3 y 2.4, la recurrente les atribuye el concepto de mejora, son obligaciones a ejecutar por el adjudicatario previstas expresamente en el pliego técnico.

El artículo 145. 7 de la LCSP determina que:

“Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato”.

Por tanto, para poder estar ante una mejora, debemos analizar las prestaciones a las que se refiere.

Dichas prestaciones, si bien están en un principio calificadas como mejoras por el órgano de contratación en su PCAP, realmente, no son tal, porque el apartado 6 del PPT las califica como obligatorias, y para poder calificar dichas prestaciones como mejoras hay que ahondar en su verdadera naturaleza, que no es otra que la de auténticos criterios de adjudicación del contrato relacionados y vinculados con las prestaciones objeto del servicio.

Así lo determina también este Tribunal en la Resolución 592/2014 que señala que:

“Las mejoras son aquellas prestaciones extraordinarias, más beneficiosas para el órgano de contratación, o más gravosas para el licitador, de las que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta.” Se entiende pues por mejora aquellas prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato”.

La cuestión planteada por la recurrente ha sido objeto de análisis en recientes resoluciones de este Tribunal a las que debe estarse. Así, entre las últimas en que sienta su criterio al respecto, se encuentran varias como la nº 1455/2021, 28 de octubre y la nº 1518/2021, 4 de noviembre. En la Resolución nº 1798/2021 se insiste en el criterio recogido desde la Resolución 38/2019 y aún antes, la Resolución 20/2019 que parte de distinguir las mejoras del artículo 145.7 –precepto que hace referencia expresa a un límite-, de los criterios de valoración restantes que no se configuran como tales, estableciendo al respecto que:

«Para resolver esta cuestión debemos fijar, en primer lugar, qué interpretación procede hacer del artículo 145.7 de la LCSP, cuando define las mejoras a efectos de la exigencia de los requisitos que establece dicha ley, como: “las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato”.

La expresión “prestaciones adicionales a las definidas en el proyecto” se puede entender de dos maneras distintas:

- Todas las adicionales que exceden de la prestación que los pliegos establecen como obligatoria, o*
- Solamente aquellas prestaciones adicionales no “definidas” en los pliegos.*

Este Tribunal se decanta por la segunda interpretación porque el precepto transcrito, después de fijar la definición, especifica que las prestaciones adicionales no pueden alterar la naturaleza de las prestaciones establecidas en el PPTP, ni el objeto del contrato. Es evidente que las prestaciones ofrecidas, no obligatorias, que “mejoren” las mismas prestaciones establecidas en los pliegos, en ningún caso van a alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni el objeto del contrato. Por ello, parece que las “mejoras” a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP son aquellas prestaciones “adicionales y distintas” a las definidas en el proyecto.

El criterio que estamos analizando, la bolsa de horas adicionales de servicio, es claramente relativa al principal servicio que exigen los pliegos como obligatorio: la prestación de apoyos de carácter personal, doméstico o social, en el domicilio familiar, para contribuir al mantenimiento de las personas con limitaciones en su autonomía, en su medio convivencial habitual (cláusula 2 del PPTP). Por lo que, conforme a lo razonado anteriormente, debemos concluir que no estamos en presencia de una de las mejoras a las que se refiere el artículo 145.7 de la LCSP.

Por tanto, no se considera aplicable el requisito que exige dicho artículo relativo al establecimiento de “límites”, debiendo resolver el presente recurso en el mismo

sentido desestimatorio que en nuestra Resolución 619/2017 (Recurso 446/2017), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, ante un supuesto similar, dijimos:

“2. Impugnación de la cláusula 7.4.2 A,) criterio evaluable de forma automática, consistente en una bolsa de horas total para los cuatro años de duración del contrato.

Alega el recurrente que el hecho de no existir un límite de hora a ofrecer dará lugar a que se presenten ofertas con números de horas exageradas, cuyo cumplimiento sería harto improbable ya que se trata de horas para servicios extraordinarios, para necesidades sobrevenidas de carácter excepcional.

Este Tribunal entiende, en cambio, que el importe de cada uno de los aspectos de mejora que los distintos licitadores ofrezcan a la Administración estará determinado por los costes que dicho ofrecimiento les pueda suponer, el precio ofertado para la realización total del contrato, y el número parámetros de mejora que consideren que racionalmente puede beneficiar a la Administración.

La puntuación obtenida por cada licitador en este criterio de adjudicación se determina objetivamente, en aplicación del criterio proporcional establecido en el pliego.

El órgano de contratación podría haber establecido un límite máximo en cuanto al número de horas de mejora, lo que se consideraría preferible, pero el hecho de no hacerlo no se estima que incumpla la normativa, ni los principios de la contratación pública”.

Un ejemplo de análisis de qué prestaciones constituyen mejoras y cuáles no lo encontramos en la Resolución del Tribunal 1910/2021, en dónde, tras exponer la anterior doctrina analiza sucesivas prestaciones de los pliegos allí recurridos para discernir aquellos criterios de valoración vinculados a las prestaciones impuestas por el contrato de aquellas que son ajenas al mismo y, por tanto, genuinas mejoras del Artículo 145.7, sometidas a un límite en su ofrecimiento y, por tanto, valoración.

Por tanto, no estamos ante una mejora de carácter gratuito.

A más abundamiento, dispone nuestra Resolución 1058/2022, que:

“la fijación de criterios de adjudicación es una facultad discrecional del órgano de contratación dentro de los parámetros reglados establecidos por los artículos 145 y 146 de la LCSP, pues al órgano de contratación a quien le corresponde fijar las necesidades a satisfacer, y atendiendo a aquellas los elementos determinantes de la adjudicación para obtener una oferta que, por reunir una mejor relación calidad-precio, sea la más adecuada para una buena ejecución del contrato. No son pues los intereses particulares de los licitadores los que deben determinar la fijación de las reglas del procedimiento de adjudicación y del contrato reflejadas en los pliegos, sino, antes bien, los intereses generales a los que las Administraciones y demás entidades del sector público sirven por imperativo constitucional.”

También lo dispone así este Tribunal en su Resolución 172/2021 de la forma que sigue:

“es el órgano de contratación el que, a sabiendas de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de las entidades licitadoras, como ahora pretende la recurrente, puesto que estas no intervienen en la fase previa de determinación del alcance y extensión de las necesidades públicas, lo cual solo compete al órgano de contratación, sino únicamente en la fase posterior de satisfacción de dichas necesidades a través de la adjudicación del contrato a la “mejor oferta” y en la posterior ejecución de la prestación.”

En relación a su falta de definición y acotación, como determina la parte demandante, para poder determinar la oferta más ventajosa a considerar, sostiene, acertadamente, la parte recurrida, que el establecimiento de umbrales de saciedad podría producir perjuicios económicos a la Administración Pública al no aceptar ofertas por debajo de ese importe.

Nuestra Resolución 692/2022 dispone que:

“El principio de proporcionalidad en la valoración de las ofertas económicas con inclusión de todas y cada una de ellas, sin excluir las incursas en presunción de baja desproporcionada como regla de valoración frente a la modulación de esta regla como es la fórmula utilizada en la cláusula impugnada ha sido admitida por este Tribunal y así hemos de traer a colación la Resolución nº 853/2019, de fecha 18 de julio, dictada en el recurso 614/2019, en la que se corrige la doctrina anterior y se admite la conformidad de establecer este tipo de clausulado por lo motivos señalados en su anterior Resolución nº 484/2019, de 9 de mayo. Fundamentalmente, porque:

1º. La Ley atribuye a los órganos de contratación la potestad para modular y fijar los criterios de adjudicación que, respetando la ley, más se ajusten a sus prioridades en cada contratación. Así, señala que «corresponde al órgano de contratación configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, pero en relación a los fines que se persiguen con el contrato y los aspectos que considere como principales a valorar. Los criterios se relacionan y vinculan unos con otros y se delimitan por el órgano de contratación, que puede fijar la forma en que operan y se aplican».

2º. Existen causas válidas para establecer este tipo de umbrales como el objetivo de obtener obras/suministros/servicios de gran calidad y evitar que ofertas mediocres que realizan excesivas reducciones de precio primen por encima de otras de más calidad que no pueden cumplirse a precios tan bajos y así se colige que: «(...) diversas causas, como por ejemplo, el objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o el presupuesto riguroso de un contrato con arreglo a precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada, o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos. La libertad del órgano de contratación ampara modular, por tanto, el criterio precio en relación con el resto de

los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas».

A propósito de la impugnación de una cláusula de un pliego en el que se limitaba en la fórmula utilizada para valorar la oferta económica, aquellas ofertas que superaran un determinado porcentaje de baja, justificándose tal proceder en la necesidad de asegurar una correcta prestación de los servicios, evitando bajas que afecten a la calidad en el servicio, ya dijimos en la Resolución 183/2021, de 26 de febrero de 2021 que: «Habremos de atender por tanto a la doctrina de este Tribunal relativa a la posibilidad de establecer el denominado índice o umbral de saciedad en las fórmulas de valoración de la oferta económica. Al respecto, cabe citar lo que indicábamos en nuestra Resolución nº 600/2020: “La fórmula en cuestión lo que contiene es un índice de saciedad. Respecto del denominado índice o umbral de saciedad, que limita el tope de puntos a asignar una vez superada la rebaja indicada en el PCAP, a raíz de la entrada en vigor de la nueva LCSP rectificamos nuestra doctrina anterior, señalando en la Resolución 484/2019, de 9 de mayo, lo siguiente: ‘En efecto, como señala la recurrente, este Tribunal se ha mostrado contrario, en determinadas circunstancias, a aplicar estos umbrales en tanto que actúan de manera contraria a la competencia y al beneficio de la entidad pública contratante de obtener, mediante el concurso de distintos licitadores, la mejor oferta, al mejor precio.

Sin embargo, este Tribunal tiene que puntualizar que esto es así, siempre que el único criterio a valorar en la oferta sea, precisamente, el precio. De otra manera, es decir, cuando se valoran elementos o parámetros distintos del precio, no necesariamente la oferta, con el precio más bajo, es la mejor. En efecto, el criterio de “precio” en modo alguno equivale siempre y en todo caso a “precio más bajo”. Tal determinación se contenía en la Directiva 2014/18/UE y en el TRLCSP solo para el caso de empleo de un único criterio de valoración de las ofertas, que había de ser el precio, y que equivalía a “precio más bajo” para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Por el contrario, en el caso de que se empleara más de un criterio de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, el criterio “precio” no equivale necesariamente a “precio más bajo”. Es

por ello, que no compartimos las consideraciones planteadas por la recurrente en atención a los siguientes argumentos.

En primer lugar, la Directiva antes citada, la 2014/18/UE, no establecía esa determinación, es decir, no extendía dicha equivalencia prevista para las licitaciones con un solo criterio de valoración a las licitaciones con más de un criterio, en las que se previese también el criterio “precio”.

En segundo lugar, porque en el caso de empleo de más de un criterio de valoración corresponde al órgano de contratación configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, pero en relación a los fines que se persiguen con el contrato y los aspectos que considere como principales a valorar. Los criterios se relacionan y vinculan unos con otros y se delimitan por el órgano de contratación, que puede fijar la forma en que operan y se aplican.

En tercer lugar, diversas causas, como por ejemplo, el objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o el presupuesto riguroso de un contrato con arreglo a precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada, o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos.

La libertad del órgano de contratación ampara modular, por tanto, el criterio precio en relación con el resto de los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas.

En cuarto lugar, el TJUE ha declarado que las Directivas comunitarias se oponen al hecho de considerar, automáticamente, que la mejor oferta, en lo referente al precio, sea la oferta de precio medio de todas las ofertas, es decir, la mayor puntuación no se puede atribuir a la oferta más próxima a la media de los precios ofertados, ya que son mejores las que ofertan un precio menor al precio medio; pero ello no

implica que se prohíba el establecimiento de índices de saciedad, porque con ellos la oferta con el precio menor a las otras no obtiene menos puntos que éstas.

En este sentido, la Comisión Europea publicó un documento denominado “Guía práctica para contratación pública para profesionales” en el describe algunos ejemplos de malas prácticas o errores en la definición de los criterios de adjudicación que dieron lugar a sanciones económicas por no cumplir con las normas sobre contratación pública y haber obligado a los operadores económicos a desistir de participar en la licitación y entre ellos, el siguiente: “6.El uso de precios medios, en caso de que las ofertas más próximas a la media de todas las ofertas reciban más puntos que aquellas que están más lejos de la media. A pesar de que el precio de la oferta es un criterio objetivo para usarlo en la fase de adjudicación, el uso de esta metodología genera una desigualdad de trato de los licitadores, en particular de aquellos con ofertas bajas válidas”. Ejemplo en el que, como puede apreciarse, no cita para nada como metodología incorrecta el establecimiento de índices de saciedad para el limitar el número máximo de puntos a obtener en la valoración por reducción de precios ofertados sobre el precio máximo.

En quinto lugar, en modo alguno puede afirmarse que solo cabe combatir la oferta de precios excesivamente bajos mediante el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias que puede conducir a la exclusión de la oferta temeraria, y no mediante la adopción de medidas complementarias que desincentiven la excesiva bajada de precios, como la reducción progresiva de la puntuación a partir de un determinado nivel de reducción de los precios, o la no concesión de puntos adicionales a las ofertas que sean inferiores a una determinada cifra (umbral de saciedad), pues si se puede lo más, se puede lo menos, que es, frente a la exclusión de la oferta anormal, la no asignación de más puntos a las ofertas de precio inferior al umbral establecido. Y en sexto lugar, no existe por las razones indicadas, lesión alguna de principios como los de control de gasto y de eficiencia o de economía en la gestión de recursos públicos, puesto que tales principios han de operar necesariamente en el contexto de la aplicación coordinada y objetiva, además de causal y dirigida a un objetivo de interés público mediante el contrato, de una pluralidad de criterios de valoración cuya ponderación

corresponde determinar al órgano de contratación así como su forma de operar y aplicarse en su conjunto. Así, si el órgano de contratación puede reducir la ponderación del criterio precio respecto de los demás criterios objetivo y subjetivos, con mayor razón puede aumentar la ponderación de aquél y fijar un límite máximo de la reducción de precio que los licitadores pueden ofertar a partir del cual no obtengan puntos adicionales, con lo que se cumple el criterio del TJUE de que una oferta más cara obtenga más puntos que otra de precio inferior a aquélla [...]

En fin, la LCSP ha incorporado las directrices de la Directiva 2014/24 al ordenamiento español, recogiendo los criterios antes citados en lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y a la incorporación de criterios sociales y medioambientales y de innovación, que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público. En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el artículo 1.3, de la LCSP cuando determina que:

“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

Lo anterior, vinculado a la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a la ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite.” A la

vista de nuestra doctrina, la fórmula establecida en el PCAP, que otorga más puntuación a mayor baja, si bien que en cada tramo, cada tanto porcentual no vale lo mismo en proporción, es conforme a derecho, debiendo pues también en este punto rechazar el recurso interpuesto”.

Teniendo presentes estas consideraciones, en nuestro caso se advierte, atendiendo a las manifestaciones recogidas en el PCAP para justificar la fórmula empleada en el supuesto planteado, que el recurso a un índice o umbral de saciedad, limitando la proporción de puntos a asignar una vez superada la rebaja indicada en el PCAP, resulta conforme al derecho, al establecerse en el pliego otros criterios de valoración adicionales al precio y además en la medida en que allí se justifica esta medida en el objetivo de obtener un servicio de calidad, conforme a la doctrina que hemos expuesto’».

En la fórmula enjuiciada, el órgano de contratación la motiva en esta modulación, pues el objeto del procedimiento descrito busca eliminar en la valoración de los criterios de adjudicación a las empresas que hayan presentado ofertas que se consideren anormalmente bajas, al objeto de no desvirtuar la asignación de puntos en virtud de la oferta económica. Estas razones conllevan a la desestimación de esta alegación y a la confirmación de la legalidad de la cláusula impugnada.

Por último, debemos coincidir con el órgano de contratación en que los criterios de valoración cumplen con los requisitos exigidos en el artículo 145 de la LCSP por estar vinculados con el contrato, no ser discriminatorios y garantizar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. M. H. A., en representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS



ENERGÉTICOS (AMI), contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de mantenimiento integral de los edificios y de las instalaciones de los servicios centrales, almacén de Valdemoro y los CPD’s del Servicio Público de Empleo Estatal*”, convocado por la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

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 multa 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29 / 1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.