



**Recurso nº 1061/2021 Ciudad de Ceuta 4/2021**

**Resolución nº 1327/2021**

**Sección 1ª**

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

En Madrid, a 7 de octubre de 2021.

**VISTO** el recurso especial interpuesto por D. F. J. A. M. , en nombre y representación de FCC AQUALIA, S.A. (en adelante, AQUALIA) contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación “*Servicio de operación y mantenimiento de la Estación de Depuración de Aguas Residuales de la Ciudad Autónoma de Ceuta (EDAR)*”, con expediente nº 103165/2020, convocado por el Consejo de Administración de AGUAS DE CEUTA, EMPRESA MUNICIPAL (ACEMSA); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Por Acuerdo del Consejo de Administración de la Empresa Municipal de Aguas de Ceuta (ACEMSA) de fecha 14 de diciembre de 2020 se aprobó el expediente de contratación con los pliegos rectores, se autorizó el gasto y se ordenó la publicación de la licitación en el perfil de contratante del contrato de servicio de operación y mantenimiento de la Estación de Depuración de Aguas Residuales de la Ciudad Autónoma de Ceuta (EDAR). De esta forma el anuncio de licitación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 17 de junio de 2021, previo anuncio en el DOUE al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada. El valor estimado del contrato se anunció por un total de 21.909.999.63 € (impuestos excluidos) y el plazo máximo para la presentación de proposiciones quedó señalado hasta las 23:59 horas del día 17 de agosto de 2021.

**Segundo.** Con posterioridad al anuncio de licitación, la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 10 de julio de 2021 publicó documentación complementaria y una fe de erratas en los pliegos.



**Tercero.** Obra en el expediente remitido a este Tribunal un certificado expresivo de que a la fecha de envío del presente no se han formalizado ofertas por las empresas interesadas, si bien está abierto el plazo hasta el 17 de agosto.

**Cuarto.** El procedimiento de adjudicación de este contrato sigue los trámites que para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada establece la vigente 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).

**Quinto.** Disconforme la representación de FCC AQUALIA con los pliegos rectores del contrato de servicios, en varios aspectos, suplica la declaración de nulidad de los pliegos y la revisión de las cláusulas impugnadas por entender que no son conformes con la legalidad vigente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 46 de la LCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Ciudad Autónoma de Ceuta sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 3 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 06/11/2020).

**Segundo.** La recurrente FCC AQUALIA tiene un objeto social afín a las prestaciones del objeto del contrato que se licita, por lo que está legitimada para recurrir los pliegos, al amparo del artículo 48 de la LCSP.

**Tercero.** La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, que supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 €, y se contrae a los pliegos, susceptibles de revisión en esta sede por mor del mismo precepto, en su apartado 2, letra a), esto es, *“Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”*.



**Cuarto.** El recurso ha de ser interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles previsto en el artículo 50 de la LCSP, por otro lado, se han dado cumplimiento a las demás formalidades procedimentales de este recurso especial.

**Quinto.** Sostiene la defensa de FCC AQUALIA que varias cláusulas del PCAP han de ser anuladas por este Tribunal e instando, por ende, al órgano de contratación que proceda a su revisión y a nueva redacción ajustada a Derecho. Los motivos de impugnación se centran en las siguientes cláusulas:

1. Impugnación de la cláusula 2.2.1 para la valoración de las ofertas económicas. A juicio de la recurrente la forma de valoración de las proposiciones económicas es arbitraria y contraria a lo exigido en el artículo 145 de la LCSP. Afirma que:

*“Con las fórmulas que se utilizan en la cláusula 2.2.1 para valorar las ofertas económicas, cualquier licitador sabe con seguridad absoluta que, sea cual sea las ofertas de los restantes licitadores, ofertando un importe de 14.200.000 € (una baja del 9%), la diferencia con la mejor oferta sería de menos de cuatro puntos. Es decir, de los 60 puntos teóricamente en juego, sabe con seguridad que su puntuación superaría los 56 puntos, y en cualquier hipótesis, sea cual sea la oferta del resto de licitadores”.*

Y prosigue:

*“Por lo tanto, la ‘fórmula’ empleada para evaluar el precio ofertado por cada licitador no parece tener otro objetivo que informar a los licitadores de la oferta económica que tienen que presentar para, con toda seguridad, minimizar a menos de 4 puntos las diferencias con las restantes ofertas económicas presentadas, por mucha diferencia de precio que haya entre ellas, y por supuesto, sin que le veamos la más mínima justificación. El licitador sabe lo que tiene que ofertar no para conseguir la máxima puntuación (60 puntos), pero desde luego sí la que le garantiza en cualquier hipótesis más de 56 puntos”.*

En lógica con esta alegación, la empresa impugnante considera que, con tales fórmulas no se busca en absoluto obtener la oferta que presente mejor relación calidad-precio, pues a su juicio, un licitador puede ofertar un precio inferior en un millón de euros a otro, y ser éste el adjudicatario por presentar una oferta técnica solo 4 puntos “mejor” que la del que ofreció



un precio inferior en un millón de euros. Con esta fórmula, considera que se entra en contravención con lo previsto en el artículo 145 LCSP, el precio carece casi de relevancia si un licitador está dispuesto a ofrecer una baja del 9%.

2. Impugnación de la cláusula 3.8 del PCAP referida a la duración del contrato. En la impugnación de esta cláusula FCC AQUALIA estima que infringe lo dispuesto en el artículo 29 de la LCSP.

En efecto, afirma que dicha cláusula establece que, la duración del contrato será de 4 años, prorrogables por periodos anuales hasta un máximo de duración de 6 años, incluidas las prórrogas, las cuales se solicitarán por el contratista en los últimos 4 meses del contrato.

La representación de la recurrente explica en su recurso que: *“En primer lugar, tratándose de un contrato de servicios de prestación sucesiva, al ser su objeto el servicio de explotación y mantenimiento de la EDAR de Santa Catalina, (cláusula 1.5 del PCAP), la duración máxima del contrato es de cinco años, incluidas las prórrogas (art. 29.4 LCSP).*

*Por otra parte, las obras de mejora previstas en el contrato se amortizarían en todo caso en tres años (cláusula 4.5 PPT), dentro de la duración inicial prevista de 4 años, lo cual no permite establecer un plazo superior de duración del contrato al máximo de 5 años permitido para estos contratos (art. 29.4 LCSP).*

*Además, la prórroga no puede solicitarse por el contratista en los últimos cuatro meses del contrato, pues el art. 29.2 LCSP exige un preaviso como mínimo con dos meses de antelación a la finalización del contrato, y desde luego no prevé que sea a solicitud del contratista, pues es una prórroga obligatoria para éste.*

*Por tanto, esta cláusula no es ajustada a derecho, la duración del contrato debe respetar los límites establecidos en la LCSP”.*

3. Impugnación de la cláusula 2.4 referida a la calificación y determinación de las bajas desproporcionadas, por resultar contraria al artículo 149 de la LCSP.

En este particular, la defensa de la recurrente advierte sobre esta cláusula del PCAP que:



*“(…) no establece parámetros objetivos que permita la comparación entre ellas, y de esta forma determinar la que pueda considerarse ‘anormal’, en comparación con las restantes, sino que establece un criterio (el porcentaje de baja de cada oferta sobre el presupuesto base de licitación incluidos impuestos) que hace que todas puedan considerarse anormalmente bajas (por ejemplo, si la más ‘alta’ fuera de 13.200.000,00 €, y el resto inferiores, todas ellas superarían el 15% de baja y serían anormales)”.*

En opinión de la recurrente, el artículo 149 LCSP pretende fijar criterios para determinar las ofertas anormalmente bajas, y para eso deben existir inevitablemente ofertas “normalmente” bajas, no cabe otra posibilidad. Por dicho motivo, los criterios que se determinan en el artículo 85 del RGLCAP, desde el momento que haya más de una oferta, determina la que incurre en baja temeraria relacionándolas unas con otras.

Además, se puntualiza en el recurso que: *“Ciertamente, la cláusula ni siquiera es clara a la hora de definir quién incurre en baja temeraria, y por tanto, cómo se calcularía ese porcentaje, pero en cualquiera de las hipótesis posibles (calculándolo en función del de la reducción del importe ofertado sobre el presupuesto base de licitación o la proporción que supone el importe que se ha reducido del presupuesto base de licitación sobre el importe ofertado), lo cierto es que es perfectamente posible que todas ellas, absolutamente todas, incurran en baja temeraria (en el segundo caso, por ejemplo, si la oferta más alta fuera de 13.500.000,00 €, y todas las demás inferiores, todas ellas incurrirían en anormalidad), pues no cabe otra interpretación posible.*

*Y resulta además que, siendo perfectamente posible que todas las ofertas incurran en temeridad, en tal caso sería imposible valorar las ofertas económicas conforme la cláusula 2.2.1 del PCAP, pues la fórmula utilizada contempla que se le dé la mayor puntuación a la empresa que haya presentado la oferta con precio más bajo que no incurra en temeridad, y resulta que todas pueden incurrir en temeridad”.*

En definitiva, la recurrente considera que, *“no solo esta cláusula es contraria al artículo 149 LCSP, es que además hace que pueda resultar imposible valorar las ofertas económicas, si todas ellas incurriesen en baja temeraria, lo cual es perfectamente posible por la forma en que se determina en esta cláusula qué oferta incurre en baja temeraria, y hace inaceptable ya solo por este motivo, igualmente, la cláusula 2.2.1 del PCAP, dónde se*



*establecen las fórmulas para valorar las ofertas económicas, y que ya hemos visto que es también contraria a la LCSP por otros motivos”.*

4. Impugnación de la cláusula 4.4 sobre la revisión del precio del contrato por infracción del artículo 103 de la LCSP.

En primer lugar, la recurrente estima que en este contrato de servicios no procede la revisión de precios periódica y predeterminada (recogida en esta cláusula 4.4 PCAP), pues el contrato tiene una duración de 4 años, y las inversiones previstas (considerando como tales las obras de mejora previstas en el PPT) se amortizarían en todo caso dentro del periodo inicial del contrato, es decir, en los cuatro años iniciales del contrato (cláusula 4.5 PPT).

Además, considera el recurso que para que sea posible la revisión de precios en este contrato se requeriría que el período de recuperación de la inversión fuera igual o superior a cinco años (artículo 103.2 LCSP), siendo obvio que en este caso el periodo de recuperación no supera ni los cuatro años (en realidad, está prevista su recuperación en tres años).

E insiste la recurrente que, aún en el caso de que procediera la revisión de precios, ésta no podría afectar en ningún caso a los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial, y la fórmula de revisión propuesta en el PCAP se aplicaría a la totalidad del precio, sin distinción, que además se revisaría por el IPC, prohibido por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, omitiéndose por supuesto el procedimiento previsto para determinar la fórmula de revisión del artículo 9 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, procedimiento que trata de determinar los costes más relevantes a tener en cuenta en la fórmula.

En fin, suplica a este Tribunal que estime el recurso y que declare la nulidad de las cláusulas impugnadas por resultar contrarias a los preceptos citados de la LCSP.

**Sexto.** Por su parte, el órgano de contratación en el informe elaborado por un técnico y ratificado por el Consejo de Administración de ACEMSA con fecha 15 de julio, se opone a



la impugnación de dichas cláusulas, si bien, admite dos de ellas, la de la duración del contrato y la improcedencia de la revisión de precios, lo que conlleva una estimación parcial del recurso, resultando necesaria la adecuación de las cláusulas 3.8 y 4.4 del PCAP a las prescripciones de los artículos 29 y 103.2, respectivamente de la LCSP.

En este sentido, el informe del órgano de contratación matiza que: *“Por lo que se refiere a la duración del contrato, se ha establecido un periodo máximo de prorrogas de 2 años respecto a los cuatro de duración del contrato, se trata efectivamente de un error que será advertido a todos los licitadores mediante la correspondiente corrección de errores que se incorpora a los documentos de la licitación”*.

1. Sobre la impugnación de la cláusula de adjudicación basada en el precio ofertado. En este aspecto, el informe del órgano de contratación recuerda que:

*“La valoración del criterio económico se desprende de la fórmula empleada ya en numerosas licitaciones, que consta de dos tramos diferenciados, ambos lineales, aunque con diferente pendiente. En ambos tramos la relación establece un incremento en la puntuación proporcional a la oferta, aunque con pendientes diferentes de modo que el primer tramo presenta una mayor pendiente, en tanto que el segundo tramo se reduce la pendiente respecto al primero con lo que la puntuación que se obtiene refleja un incremento de la puntuación menor.*

*El punto de borde se suele situar entre el 5% y el 15% (9% en este caso) en el primer tramo es donde se obtiene alrededor del 90% de la puntuación global. El 10% de la puntuación restante hasta el máximo (60 puntos en este caso) se logra únicamente mediante un fuerte incremento de la baja ya que se desprende del segundo tramo. Considerando, como veremos después, que la presunción de oferta anormalmente baja se fija en el 15%.*

*La utilización de fórmulas de este tipo está ampliamente extendida en la administración y obedece al principio de lograr ofertas consistentes que permitan la ejecución del contrato en condiciones adecuadas, evitando además la entrada de empresas poco familiarizadas con un sector tan especializado como es el del agua y sus diversos tratamientos, con bajas elevadas.*



*Para completar la oferta se exige un detallado desarrollo de la organización del servicio, un estudio de las interferencias que pudieran encontrarse durante la ejecución de las obras previstas, una previsión económica para grandes reparaciones y un plan concreto de reducción de la huella de carbono. Entendiéndose que los dos últimos apartados citados también suponen coste económico para el licitador, por lo que podrían considerarse parte de la baja económica, aunque se valoren de forma independiente.*

*El primer apartado, que podría ser el más controvertido, incluye una serie de apartados concretos a desarrollar y la puntuación a obtener en cada uno de ellos, en síntesis:*

*Justificación técnica de la oferta, para el que se otorga hasta 3 puntos, gestión del mantenimiento y conservación de la instalación puntuado también con 3 puntos, gestión de los residuos producidos, al que se concede un máximo de 2 puntos y gestión del control analítico, que cuenta con un máximo de 2 puntos.*

*Cualquier empresa que conozca con detalle el sector debe saber que se trata de criterios basados en la experiencia, que priman a las empresas que mejor conocen el tratamiento de las aguas residuales y que pueden ser evaluados de forma bastante ecuaníme a poco que se conozca el objeto del concurso.*

*No se trata, por tanto, de reducir la licitación al criterio arbitrario que señala el recurso, sino que se basa en sólidos criterios técnicos que, junto con los económicos, buscan obtener el mejor resultado posible.*

*En todos los apartados de la parte técnica puede observarse la fuerte especialización y el profundo conocimiento que se requiere para la elaboración de una oferta de estas características. Dejar únicamente al criterio precio la obtención del mejor resultado, no es lo que se busca en este caso, y por ello se emplean criterios amplios que reflejen con claridad la solvencia técnica del licitador, que además habrá de cumplir con la clasificación exigida y una amplia experiencia en el sector”.*

*Y sobre esta cláusula, concluye afirmando que: “(...) no interesa a ACEMSA puntuar proporcionalmente a los que presente la oferta más baja, la respuesta es rotundamente no.*



*Como ya hemos indicado, la experiencia nos dicta que las ofertas demasiado ajustadas, presentan importantes carencias difíciles de suplir una vez finalizada la licitación”.*

2. Sobre la impugnación de la cláusula reguladora de la duración del contrato, el propio órgano de contratación reconoce el error, que será subsanado y advertido a los licitadores (satisfacción extraprocesal de la pretensión).

3. Sobre la impugnación de la cláusula para detectar las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas, el órgano de contratación considera que es ajustada al artículo 149 de la LCSP y además insiste en que: *“En este caso es el Pliego, de acuerdo con lo que indica la norma, el que explica que incurrirán en presunción de temeridad y por tanto será necesario justificarlas, aquellas que superen el 15% de baja.*

*No vemos necesarias mayores explicaciones, se cumple con la norma y no se recurre al 85 del RGLCAP, puesto que la ley faculta al Órgano de Contratación para establecer criterios diferentes, como es el caso.*

*De cualquier modo, de nuevo se colige la relación establecida al inicio de este informe, en el sentido de que se busca una oferta que logre aunar la mejor relación calidad-precio, huyendo para ello de bajas poco estudiadas o analizadas”.*

4. Sobre la impugnación de la cláusula de revisión de precios, también el órgano de contratación viene a estimar la alegación hecha por la empresa recurrente en el sentido de que va a proceder a su modificación y expresa que: *“(…) nos hacemos eco de lo apuntado en el recurso, proponiendo la indicación de la no procedencia de revisión de precios en la corrección de errores a que ya hemos hecho referencia en el apartado referido a las prórrogas”.*

En conclusión y con estimación parcial de dos de las impugnaciones, duración del contrato y revisión de precios surtiendo los efectos de una satisfacción extraprocesal de las pretensiones anulatorias, se insta que se confirme la legalidad de las otras dos cláusulas impugnadas, la de la valoración de las ofertas económica y la de la fórmula para la detección de las ofertas incursas en valores desproporcionados o anormalmente bajas.



**Séptimo.** Expuestas las posiciones de las partes, procede estimar el recurso en lo referente a la duración del contrato, y a la revisión de precios, anulando la regulación de estas materias que realizan los pliegos.

El órgano de contratación se allana a lo manifestado por el recurrente, no considerando el Tribunal que dicho allanamiento suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

**Octavo.** En cuanto a la fórmula matemática para la puntuación de las ofertas económicas, que en opinión de la recurrente no es apta para obtener la oferta que presente la mejor relación calidad-precio, porque hace que el precio carezca prácticamente de relevancia si se está dispuesto a realizar una baja del 9%, hemos de traer a colación el tenor literal de la cláusula controvertida.

Se trata de la cláusula 2.2.1. “*Criterios económicos*” afectada por una corrección y fe de erratas publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 10 de julio del presente. De tal suerte que el tenor de la cláusula tras la corrección queda así:

“*Se puntuará un máximo de 60 puntos*”

*Se puntuará con un máximo de 60 puntos. Obtendrá la mejor puntuación la oferta con precio más bajo que no incurra en temeridad. A la oferta más económica se le asignará la puntuación máxima. Al resto de ofertas se le asignará la puntuación proporcional que le corresponda en función de la oferta más ventajosa determinada por la siguiente fórmula:*

$$\text{Puntuación} = 3 \times \left[ \frac{\frac{(PBL - \text{Oferta})}{PBL} - 0.1}{\frac{PBL - \text{Oferta}_{\text{mínima}}}{PBL} - 0.1} \right] + 57$$

En el caso que  $\frac{PBL - \text{Oferta}}{\text{Oferta}} \in (0,0.1)$ :

$$\text{Puntuación} = 47 \times \left[ \frac{(PBL - \text{Oferta})}{PBL \times 0.1} \right] + 10$$



Se trata de unas fórmulas matemáticas tendentes a asegurar, según el informe del órgano de contratación ofertas económicas que permitan la ejecución del contrato en condiciones adecuadas, evitando además la entrada de empresas poco familiarizadas con un sector tan especializado como es el del agua y sus diversos tratamientos, con bajas elevadas, que conlleven la resolución del contrato.

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, disponiendo de un amplio conjunto de resoluciones referidas tanto al TRLCSP como a la vigente LCSP, entre las que se destacan las Resoluciones 1051/2018, 542/2015, 681/2016, 1064/2016, 208/2017, 230/2018 y 237/2018.

La Resolución nº 260/2019, de 15 de marzo, menciona y sintetiza estos criterios del Tribunal:

*«... 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 esta 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.*



*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 definitiva, goza el órgano de contratación de discrecionalidad técnica para delimitar las reglas y fórmulas matemáticas de puntuación de las ofertas económicas, como ocurre en la cláusula 2.2.1 del PCAP impugnada, confiriendo, por ende, mayor protagonismo a los criterios técnicos de adjudicación relacionados en la cláusula 2.2.2, tal y como se señala en el informe del órgano de contratación.

Pues bien, en el presente caso la fórmula utilizada no se considera que vulnere los artículos 145 y 146 de la LCSP. Si bien la fórmula es formalmente compleja, la valoración del criterio económico se desprende de la fórmula empleada, que consta de dos tramos diferenciados, ambos lineales, aunque con diferente pendiente. En ambos tramos la relación establece un incremento en la puntuación proporcional a la oferta, aunque con pendientes diferentes de modo que el primer tramo presenta una mayor pendiente, en tanto que el segundo tramo se reduce la pendiente respecto al primero con lo que la puntuación que se obtiene refleja un incremento de la puntuación menor.

Por lo tanto, la impugnación de la cláusula 2.2.1 ha de ser desestimada.

No obstante lo anterior, si el órgano de contratación considera que la elección del adjudicatario debe basarse principalmente en criterios técnicos y no económicos, porque *“las ofertas demasiado ajustadas presentan importantes carencias difíciles de suplir una vez finalizada la licitación”*, en opinión del Tribunal la opción más razonable sería que el criterio precio no concediera 60 puntos (con una fórmula que a partir de una determinada baja del 9% casi no establece diferencias entre los licitadores), sino una menor valoración (con una fórmula normal).

**Noveno.** Por lo que se refiere a los criterios para la determinación de las ofertas incursas en presunción de baja anormal o desproporcionada la recurrente alega que, además de que el pliego no es claro en su redacción, los parámetros de anormalidad deberían referirse



a la media de las ofertas presentadas, y no al presupuesto base de licitación, porque en este caso no existe comparación entre las distintas ofertas para ver cuál es anormal, sino que desde un primer momento ya se sabe qué ofertas incurrirán en presunción de anormalidad. Y que si todas empresas ofertasen bajas superiores al 15% del precio de licitación ninguna sería puntuada, ya que la fórmula contempla que *“obtendrá la mejor puntuación la oferta con precio más bajo que no incurra en temeridad”*.

Hemos de partir de la cláusula 2.4 del PCAP, cuyo tenor literal reza así:

*“2.4. Ofertas desproporcionadas o anormales.*

*De acuerdo con el artículo 149.2.b) LCSP, cuando se utilizan una pluralidad de criterios de adjudicación, se ha de estar a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto. En el presente expediente se considera que para presumir que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, sólo se tendrá en cuenta el criterio económico por cuanto que es el de mayor impacto en la presente contratación. Así las ofertas económicas cuyo porcentaje según la cláusula 2.2.1 de este PCAP, resulte mayor al 15%, quedarán incursas en presunción de anormalidad.*

*Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal”. (El subrayado es nuestro).*

La cláusula 2.2.1 del PCAP se refiere a la valoración del criterio económico (60 puntos), indicando las fórmulas aplicables, y definiendo cada uno de los componentes de la fórmula (entre ellos, el presupuesto base de licitación).

Por tanto, tiene razón la empresa recurrente cuando afirma que la dicción de la cláusula no es lo suficientemente clara. Parece que el parámetro establecido para incurrir en



presunción de anormalidad es el de ofertar un porcentaje de baja superior al 15% del importe del presupuesto base de licitación, pero como la redacción del precepto no es lo suficientemente clara, se estima este motivo de recurso, anulando la cláusula por falta de concreción y claridad.

**Décimo.** Alega por otra parte la recurrente, como principal motivo de oposición a la cláusula, que los parámetros se tienen que establecer tomando como referencia la baja media de las ofertas, y no el presupuesto base de licitación.

Pues bien, aunque el Tribunal comparte el criterio del recurrente de que lo normal y apropiado es establecer el parámetro de presunción de anormalidad en referencia a la media de las bajas, porque es en la media de las ofertas realizadas donde se sitúa el precio del mercado, y es precisamente una baja excesiva sobre ese precio medio (precio de mercado) la que debe prevenir al órgano de contratación sobre posibles incumplimientos por inviabilidad (y así lo establece el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001 –RGLCAP- cuando concurren varios licitadores y existe un solo criterio de adjudicación), lo cierto es que el artículo 149.2.b) de la LCSP sólo exige que los pliegos contemplen “*parámetros objetivos*” para identificar las ofertas anormales, y un porcentaje de baja sobre el presupuesto base de licitación es un parámetro objetivo, por lo que este motivo de recurso debe ser desestimado.

**Undécimo.** Finalmente, con ocasión del recurso contra esta cláusula 2.4 del PCAP la recurrente impugna también la regulación que hace la cláusula 2.2.1 del PCAP, relativa a la fórmula de valoración del criterio económico, al disponer que se concederá la mayor puntuación a la empresa que haya presentado la oferta más baja “que no incurra en temeridad”.

Afirma que si todas las empresas licitadoras ofertan bajas superiores al 15% del presupuesto base de licitación (lo que, en principio, es posible), todas pueden incurrir en temeridad, y, por tanto, ninguna sería valorada.

El recurso debe ser estimado en este punto. La clasificación de todas las proposiciones válidas debe hacerse en base a los criterios de valoración establecidos en el pliego, independientemente de que una o varias de ellas se hallen incursas en presunción de



anormalidad. Luego todas las ofertas válidas, se hallen o no en presunción de anormalidad, deben ser valoradas.

Una vez cumplimentado el trámite que establece el artículo 149 de la LCSP las ofertas que no lo superen y, por tanto, sean excluidas por el órgano de contratación, no estarán incluidas en la clasificación, ni podrán ser propuestas como adjudicatarias, pero la valoración de todas las ofertas restantes no se modificará por este motivo. Así lo hemos declarado reiteradamente a partir de la entrada en vigor de la LCSP (Resolución 716/2019).

Se estima este motivo de recurso, anulando la siguiente expresión que utiliza la cláusula 2.2.1 del PCAP: “*que no incurra en temeridad*”.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F. J. A. M. , en nombre y representación de FCC AQUALIA, S.A., contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación “*Servicio de operación y mantenimiento de la Estación de Depuración de Aguas Residuales de la Ciudad Autónoma de Ceuta (EDAR)*”, con expediente nº 103165/2020, convocado por el Consejo de Administración de AGUAS DE CEUTA, EMPRESA MUNICIPAL (ACEMSA), anular las cláusulas a las que se ha hecho referencia en los fundamentos séptimo, noveno y undécimo de esta Resolución, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación del PCAP.

**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 58.2 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 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 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, 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.