



Recurso nº 1446/2020 C.A. Comunidad Valenciana 349/2020

Resolución nº 247/2021

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

En Madrid, a 12 de marzo de 2021

VISTO el recurso interpuesto por D. L.G.I., en representación de ELEC NOR S.A. contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Finestrat para contratar el "*Servicio de mantenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público y sistema de videovigilancia del Ayuntamiento de Finestrat*" el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación, Alcaldía del Ayuntamiento de Finestrat, se convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 2 de enero de 2020, la licitación del procedimiento "*Servicio de mantenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público y sistema de videovigilancia del Ayuntamiento de Finestrat*", con un valor estimado del contrato de 1.226.441,45 euros.

Segundo. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por 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 (en adelante, RPERMC).

Tercero. Publicados los pliegos, y presentadas sus ofertas por los licitadores, una vez realizada la apertura de los sobres que integran las ofertas, y, tras los trámites oportunos,



en fecha 26 de noviembre de 2020, el órgano de contratación acuerda la adjudicación del contrato a la mercantil CITÉLUM IBÉRICA S.A.

Cuarto. Con fecha 17 de diciembre de 2020, la mercantil ELECNOR S.A. presenta recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato referido, solicitando la anulación de la adjudicación, procediendo a adjudicar el contrato a la mercantil recurrente.

Quinto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LCPS, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 11 de enero de 2021.

Sexto. La secretaria de este Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los licitadores en fecha 13 de enero de 2021 a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes, habiendo presentado escrito de alegaciones por la sociedad CITELUM IBÉRICA, S.A.

Séptimo. Con fecha 18 de enero de 2021 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El marco jurídico aplicable viene determinado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), así como por 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 (en adelante, RPERMC).



Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP, el artículo 22.1 del RPERMC y, el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de marzo de 2013 (BOE de fecha 17/04/2013), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2016 (BOE de fecha 21/03/2016) y nuevamente prorrogado mediante Acuerdo de fecha 16 de abril de 2019 (BOE de fecha 22/05/2019).

Tercero. El recurso se ha interpuesto contra la resolución de adjudicación adoptada por el órgano de contratación, acto susceptible de impugnación, tratándose de un contrato de servicios de cuantía superior a 100.000 euros, de conformidad con los artículos 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 48 de la LCSP.

En concreto, por lo que se refiere a la alegación esgrimida por el órgano de contratación en su informe preceptivo y, que sostiene la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la recurrente, al entender que la mercantil recurrente realiza una impugnación extemporánea de los pliegos, debemos sostener la legitimidad de la recurrente habida cuenta que de sus alegaciones se desprende que el motivo de impugnación se centra en la errónea aplicación por el órgano de contratación de la fórmula contenida en el PCAP para la adjudicación de los puntos asignados a la oferta económica, por lo que no se aprecia una impugnación indirecta de los pliegos.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la empresa recurrente fundamenta su recurso argumentando que el órgano de contratación no aplica adecuadamente la fórmula establecida en el PCAP para valorar su oferta económica, *“ya que la misma no establece ningún umbral de saciedad”*, indicando que: *“(…) en el caso de que se considerara la puntuación obtenida mediante la aplicación correcta y efectiva de la fórmula recogida en el propio PCAP, y sumando la puntuación correspondiente a los criterios sujetos a juicio de*



valor, Elecnor sería la licitadora que hubiera obtenido la máxima puntuación, y por tanto, la adjudicación del contrato”

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo, sostiene la conformidad a derecho del acuerdo de adjudicación, argumentando, en síntesis, lo siguiente:

“(…) La aplicación de la fórmula, en consecuencia, nunca podrá ofrecer una puntuación mayor para cada criterio que la máxima fijada en el PCAP (nótese que dicha fórmula está prevista, como en la misma se indica y omite el recurrente: “Para adjudicar los puntos establecidos”. Y los puntos establecidos son lo que ya le ha sido asignados a la recurrente en la valoración de su oferta (los máximos posibles).

Como quiera que se establece un umbral del 20 % de baja, es evidente que todas las bajas que superen dicho porcentaje se valorarán al máximo posible (pero nunca más allá de ese máximo posible).”

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, procedemos a valorar el motivo de impugnación y, para ello debemos comenzar analizando lo dispuesto en la cláusula 11 del PCAP:

“Cláusula 11. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y DESEMPATE

En el presente caso, la valoración de las proposiciones se efectuará atendiendo a una pluralidad de criterios de adjudicación:

11.1 CRITERIOS EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA. Hasta 60 puntos.

1) Oferta económica: Hasta 50 puntos.

1.1.- Canon mantenimiento (hasta 25 puntos)

Baja porcentual (%) a aplicar sobre el canon de mantenimiento general

1.2.- Precios unitarios (hasta 25 puntos) que, a su vez, se subdivide:



1.2.1.- Precios unitarios alumbrado (hasta 12 puntos)

Baja porcentual (%) a aplicar a los precios de renovación de alumbrado público

1.2.2.- Precios unitarios sistema de video vigilancia (hasta 5 puntos)

Baja porcentual (%) a aplicar a los precios de sistema de video vigilancia

1.2.3.- Precios unitarios iluminación ornamental (hasta 8 puntos)

Baja porcentual (%) a aplicar a los precios de iluminación ornamental

Para adjudicar los puntos establecidos se aplicará a cada uno de los apartados anteriormente señalados en la siguiente fórmula, siendo el umbral de ofertas anormalmente bajas del 20%. (...)

De esta manera, se observa que la indicada cláusula recoge los criterios de adjudicación, distribuyendo 100 puntos de los que, 60 responden a criterios automáticos y 40 a criterios sujetos a juicio de valor.

A su vez, dentro de los criterios evaluables de forma automática, se asigna una puntuación máxima de 50 puntos a la oferta económica, que se distribuye en: un máximo de 25 puntos para el canon de mantenimiento y un máximo de 25 puntos a los precios unitarios; para la adjudicación de los puntos correspondientes a la oferta económica, se aplicará para cada apartado previsto en la cláusula, la fórmula anteriormente indicada, fijando el umbral de ofertas anormalmente bajas del 20%.

Pues bien, a la vista de la cláusula anteriormente transcrita, este Tribunal comparte las alegaciones formuladas por el órgano de contratación en su informe, al entender que la mercantil recurrente no ha interpretado adecuadamente el funcionamiento de la fórmula, olvidando que la oferta económica se valora en un máximo de 50 puntos, distribuidos en la forma determinada en el PCAP (25 puntos para canon de mantenimiento y 25 puntos para precios unitarios- que a su vez se distribuyen en 12 para precios unitarios de alumbrado, 5 para precios unitarios del sistema de video vigilancia y 8 puntos para los precios unitarios de la iluminación ornamental-) de forma que la recurrente- a la que se le asignó la máxima



puntuación en la valoración de la oferta económica, esto es 50 puntos-, no podía obtener una puntuación superior a la establecida en el PCAP para este criterio. De hecho, ELECNOR recibe el máximo de puntos posibles asignados a los criterios evaluables de forma automática, 60 puntos.

Al mismo tiempo, la recurrente obvia que la mencionada cláusula 11.1 fija un umbral de saciedad que determina que cualquier oferta que efectúe una rebaja del 20% obtenga la máxima puntuación de la que los pliegos establecen a cada criterio, no otorgando una puntuación superior a ninguna oferta que hiciera una rebaja superior a dicho 20%.

Por tanto, alcanzando la recurrente la máxima puntuación en este criterio, ningún defecto puede imputarse al órgano de contratación en la aplicación de la fórmula.

Por último y, en relación con el umbral de saciedad que se recoge en la fórmula que ha de valorar la oferta económica, y que limita el tope de puntos a asignar una vez superada la rebaja indicada en los Pliegos, debemos reiterar la doctrina de este Tribunal- que cita el órgano de contratación en su informe, pudiendo destacar, entre otras, lo señalado en la Resolución 484/2019, de 9 de mayo:

“En todo caso, no debemos olvidar que la doctrina más reciente de este Tribunal ha venido a revisar su anterior posición contraria en todo caso al establecimiento en los criterios de valoración de las ofertas económicas de los llamados umbrales de saciedad (ejemplo de ello son las resoluciones nº 853/2019 de 18 de julio y la nº 484/2019, de 9 de mayo de 2019). Esta última, resumiendo la evolución de la normativa comunitaria en la materia, la necesaria adaptación del derecho interno mediante la LCSP, y el estado actual de la cuestión en su Fundamento de Derecho Séptimo en los siguientes términos: «El segundo de los motivos de recurso se refiere a la infracción del artículo 145.2 LCSP en tanto que la Cláusula 12.1.1 PCAP infringe el citado precepto al establecer un umbral de saciedad injustificado para el criterio objetivo del menor precio ofertado que impide a los licitadores presentar mejor oferta. Puntualizar, al respecto, que este umbral de saciedad, no se refiere a la totalidad del punto primero de la Cláusula 12 el PCAP (criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, 70 puntos), sino solo a su apartado 1.1. relativo al “menor precio ofertado”, correspondiéndole solo, a este apartado, 20 puntos de los 70 relativos a



los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas, y sin perjuicio, además, de los 30 puntos relativos a los criterios sujetos a juicio de valor. 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 definitiva, los argumentos anteriores justificativos de por qué este Tribunal no comparte algunas de las consideraciones de la Recurrente, se refuerzan de forma notable a la vista del contenido de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, que la traspone al ordenamiento español, hasta el punto de que hace decaer completamente los argumentos que apoyan las consideraciones expuestas que no compartimos, en especial, la relativa a la presunta inadmisibilidad legal del establecimiento de un índice de saciedad en la configuración y aplicación del criterio precio cuando opera conjuntamente con otros criterios objetivos y/o subjetivos. Efectivamente, la Directiva 2014/24/UE mantiene que la adjudicación de los contratos debe hacerse sobre la base del criterio de la oferta económicamente más ventajosa, que, a su vez, se ha de determinar "...desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate." (Art. 67. de la Directiva 2014/24/UE). Por tanto, no determina en ningún caso que en esa relación coste-eficacia o en la relación calidad-precio, siempre se haya de aplicar el criterio precio en su modulación de precio más bajo. Es más, la propia Directiva admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto admite que se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su artículo 67.2, que: "El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente



en función de criterios de calidad". A partir de ese texto normativo hemos de considerar que, si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo, pero limitado por un índice de saciedad, que puede minorarse más allá de ese límite, pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración. En el mismo sentido, es indudable que esa Directiva atribuye al poder adjudicador la libertad de delimitar los criterios de adjudicación dentro del respeto a los requisitos que establece, cuando en su artículo 67.5 determina que: "5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada". 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".



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. L.G.I., en representación de ELECNOR S.A. contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Finestrat para contratar el “*Servicio de mantenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público y sistema de videovigilancia del Ayuntamiento de Finestrat*”.

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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

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