



Recurso nº 1422/2023 C.A. Región de Murcia 110/2023

Resolución nº 1670/2023

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 28 de diciembre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.R.B., en representación de DILGITEA SOLUCIONES, S.L., contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de información y trámites, atención y gestión telefónica en el Ayuntamiento de Murcia*”, con expediente 2023_0012, convocado por el Ayuntamiento de Murcia, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 11 de septiembre de 2023 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio por el que se convoca licitación para adjudicar el contrato de “*Servicio de información y trámites, atención y gestión telefónica en el Ayuntamiento de Murcia*”, con expediente 2023_0012, convocado por el Ayuntamiento de Murcia. El contrato se califica como contrato administrativo de servicios con un valor estimado de 3.484.710,70 euros.

El procedimiento de contratación es un procedimiento abierto de tramitación ordinaria.

Segundo. De acuerdo a la cláusula 8 del PCAP

“8. *CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN DE LAS OFERTAS*

Según lo informado por el Servicio promotor del expediente, los criterios objetivos que se aplicarán en la valoración de las ofertas presentadas, de conformidad con lo establecido en los arts. 145 y 146 de la LCSP, serán los siguientes:

8.1 Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: Hasta 30 puntos



...

8.2 Criterios valorables mediante la mera aplicación de fórmulas: Hasta 70 puntos

A) Precio:.....Hasta 55 puntos

Se asignará la puntuación máxima prevista en este apartado a la oferta más económica, puntuándose las restantes ofertas de forma proporcional según la siguiente fórmula:

$$\text{Puntuación de la Oferta X} = \frac{\text{Baja Oferta X} * \text{Puntuación Máxima}}{\text{Importe Mayor Baja Ofertada}}$$

B) Otros criterios:.....Hasta 15 puntos

...”

Tercero. En fecha 3 de octubre de 2023, DILGITEA SOLUCIONES, S.L. interpone recurso contra los contra los pliegos del procedimiento de “Servicio de información y trámites, atención y gestión telefónica en el Ayuntamiento de Murcia”, por considerar que la fórmula de la cláusula 8.2.A) del PCAP es contraria a Derecho y solicitando la suspensión del procedimiento.

No obstante lo anterior, el 9 de octubre de 2023 presentó oferta a la licitación.

Cuarto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 26 de octubre de 2023 acordando la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 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 (LCSP en adelante), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe y del certificado de ofertas presentadas, entre las que se encuentra la de la entidad recurrente.



Sexto. En fecha 18 de octubre de 2023 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, no habiendo presentado alegaciones ninguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 en relación con el artículo 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y en Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP

Tercero. El recurso se ha interpuesto frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme resulta del art. 44 de la LCSP.

Así, conforme al art. 44.1 de la LCSP

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

(...)

2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.”

En el presente caso se interpone el recurso contra los pliegos de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que debe considerarse susceptible de recurso.



Cuarto. La legitimación se regula en el artículo 48 LCSP, que señala 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”*.

En relación a la legitimación para recurrir pliegos, este Tribunal ha señalado de forma reiterada la necesidad de que el recurrente haya participado en la licitación o se haya visto impedido de hacerlo en base a las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso especial en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

Hemos dicho, también, que el licitador, una vez presentada su proposición, no tiene legitimación para interponer recurso contra los Pliegos, en tanto ello supone, según determina el artículo 139.1 de la LCSP, *“(…) la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)”*.

El recurrente presentó su recurso el día 3 de octubre de 2023. Su proposición fue presentada el día 9 siguiente. Por lo señalado, procede reconocerle legitimación para interponer el recurso.

Quinto. El recurso se funda en un único motivo consistente en considerar que la fórmula impugnada vulnera el principio de proporcionalidad que el artículo 145.5.b de la LCSP exige a los criterios de adjudicación del contrato.

El órgano de contratación se opone al recurso defendiendo el carácter proporcional de la fórmula, pues reparte los puntos en proporción a la baja de la oferta económica de los licitadores con respecto al presupuesto base de licitación del contrato.

Sexto. La cuestión controvertida es casuística y este Tribunal ha dictado varias resoluciones atendiendo al caso concreto y a las alegaciones vertidas en el mismo por el órgano de contratación y por los recurrentes. Esta Resolución pretende dirimir el caso que se nos plantea en el presente recurso y fijar criterio a futuro.



Conforme al artículo 145.5.b de la LCSP, los criterios de adjudicación *“Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada”*.

En primer lugar, debemos recordar que la elección de los criterios de adjudicación es una cuestión sometida a la discrecionalidad del órgano de contratación, debiendo respetar los principios y requisitos establecidos en el artículo 145 de la LCSP, discrecionalidad trasladable a la misma fórmula utilizada para distribuir la puntuación entre las ofertas pues, como señalamos en nuestra resolución 692/2022 de 8 de junio *“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»”*.

En el ámbito del derecho comunitario, se aprecia una evolución en el tratamiento de los criterios de adjudicación. La Directiva 2014/24/UE mantiene los principios básicos exigidos, en su día, por la Directiva 2004/18/UE (transparencia, vinculación al objeto del contrato, objetividad e igualdad de trato, verificabilidad y que no concedan al órgano de contratación una potestad irrestricta a la hora de seleccionar la oferta más ventajosa –criterios sustancialmente recogidos en el artículo 145.5 de la LCSP-). El criterio económico sigue teniendo en la Directiva 2014/24/UE un peso sustancial (el artículo 67.2 de la Directiva señala que *“(…) [l]a oferta económicamente más ventajosa 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 (...)”*), aunque frente al precio, se opta por fórmulas vinculadas a la relación coste-eficacia expresada en la incorporación del coste del ciclo de vida.



Con todo, la legislación comunitaria no ofrece otras pautas que las enunciadas, dirigidas a obtener la oferta económicamente más ventajosa. No trata específicamente los requerimientos que deben tener los criterios vinculados al precio, salvo en lo que hemos enunciado anteriormente.

La exigencia de proporcionalidad, recogida en el artículo 145.5 de la LCSP, constituye una novedad, en tanto no venía explícitamente exigida en el derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 150).

La proporcionalidad, como principio de actuación de las Administraciones Públicas (y a los efectos que nos ocupan, y por extensión, a todo el sector público) ha sido objeto de una amplia teorización en el ámbito de la actuación administrativa, especialmente en relación con los actos o disposiciones que, dictados en el ejercicio de potestades discrecionales, suponen una restricción de derechos o intereses legítimos de los particulares. De esta elaboración doctrinal y jurisprudencial podemos extraer una definición del principio adecuada a la cuestión que nos ocupa: la proporcionalidad implica idoneidad, esto es, adecuación de la actuación a la finalidad pretendida. El principio de proporcionalidad se inserta pues en el proceso de formación de la voluntad del órgano de contratación – restringiendo ya la cuestión al ámbito de la contratación pública- y, lógicamente, lo condiciona. Cuando, como hemos visto, es el caso, el órgano de contratación ejerce una potestad discrecional, se enfrenta a un supuesto de hecho no definido en la norma, que debe completar en función de las circunstancias del caso concreto. Este proceso supone, en definitiva, la aplicación de los principios que informan la contratación pública al supuesto planteado.

Las reflexiones precedentes nos permiten alcanzar dos conclusiones, que informarán nuestro juicio sobre la cuestión planteada:

a) La aplicación del principio de proporcionalidad a la conformación de los criterios de adjudicación supone que el órgano de contratación debe plasmar tanto una combinación de aquellos como de las fórmulas que los valoren idónea para la finalidad que se pretende, que no es otra, según hemos referido anteriormente, que obtener “(...) *la mejor relación calidad-precio*”, según postula el artículo 145.1 de la LCSP.



b) La idoneidad que, según postulamos, debe tener la elección de los criterios de valoración de las ofertas es, por lo tanto, una cuestión casuística.

En el caso que nos ocupa, el principio de proporcionalidad, tal y como lo hemos configurado en nuestras reflexiones anteriores, no es identificable plenamente con la proporcionalidad matemática. Si descendemos a la configuración del precio como criterio de adjudicación, la aplicación de una fórmula proporcional pura puede dar lugar a una solución desproporcionada en el sentido visto anteriormente. Tal sería el caso cuando la conformación de la fórmula da lugar a diferencias de puntuación muy acentuadas para ofertas de precios con diferencias poco relevantes. En este caso resulta indudable que, observándose la proporcionalidad matemática, el resultado es inidóneo, puesto que el precio adquiere, de facto, un protagonismo que el órgano de contratación no le había otorgado inicialmente en el conglomerado de criterios que definen la oferta con mejor relación calidad-precio.

Corresponde pues al órgano de contratación, según hemos dicho, conformar los criterios de adjudicación del contrato de forma que estos sean proporcionales, esto es, idóneos para obtener la finalidad de seleccionar la oferta con mejor relación calidad-precio, y debe hacerlo, como es obvio, antes de que el procedimiento de licitación comience. En definitiva, lo que es exigible de los criterios de adjudicación, y, singularmente, en lo que nos ahora nos ocupa, el precio, es que, según las reglas de la experiencia, sean idóneos para lograr la finalidad que tienen atribuida. Dicho en otros términos, el órgano de contratación se enfrenta, en la fase de preparación del contrato, a la tarea de definir los criterios de adjudicación basándose en la finalidad que con ellos se pretende conseguir (la obtención de la mejor oferta en términos de relación calidad-precio). Para ello dispone de una serie de parámetros –definidos internamente– de lo que la “mejor relación calidad-precio” supone en el contrato para el que van a ser definidos los criterios de adjudicación y un conjunto de hipótesis (basadas en la experiencia de licitaciones anteriores o en el análisis de licitaciones celebradas por otros órganos de contratación para contratos similares) tales como número probable de licitadores, porcentajes medios habituales de baja, comportamiento habitual de los operadores económicos del sector, etc. Definidos así los criterios de valoración, deben reputarse idóneos al margen de las vicisitudes que puedan producirse en el procedimiento de licitación. Indudablemente, y si se dan los supuestos extremos que habitualmente se someten a este Tribunal para demostrar la falta de



proporcionalidad de una fórmula, se pueden obtener resultados que no se ajustan al principio de proporcionalidad tal y como lo hemos definido anteriormente. Tales resultados no alteran la idoneidad original de la fórmula. De producirse, no serán habituales (no parece razonable pensar que, como regla general, a la licitación concurrirán solo dos licitadores, uno al tipo y el otro con una baja de un euro, supuesto que casi podríamos considerar estándar entre los que suelen ser esgrimidos por los recurrentes cuando impugnan las fórmulas de valoración) y, en caso de producirse, nos encontraríamos ante un supuesto de conflicto entre dos principios rectores de la licitación (el de igualdad de trato y el de proporcionalidad) que debe dirimirse en favor del primero.

Y es, llegados a este punto, donde adquiere su significado la exigencia contemplada en el artículo 116.4 de la LCSP de que se justifiquen adecuadamente “(...) *los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato (...)*”. Las reflexiones anteriores nos permiten afrontar la resolución del recurso. Que ha de ser necesariamente desestimatoria, a la vista de los argumentos del recurrente. En efecto, aporta dos argumentos:

- El Tribunal, en Resoluciones anteriores, ha estimado falta de proporcionalidad en fórmulas idénticas.
- Plantea tres supuestos puramente teóricos en los que se aprecia que, para diferencias muy pequeñas entre ofertas, la diferencia de puntuaciones es muy elevada.

Ninguna de las alegaciones planteadas puede ser acogida, puesto que desconocen la necesidad de que el juicio del Tribunal tome en consideración el caso concreto planteado, en tanto pretenden que las Resoluciones invocadas establecen un principio abstracto aplicable a cualquier contrato, sean cuales sean sus circunstancias específicas; y sustituyen la consideración concreta de las circunstancias esperadas de la licitación por elaboraciones puramente teóricas y, por tanto, no susceptibles de poner en cuestión la idoneidad de la fórmula en el caso concreto planteado.

No es ocioso traer, llegados a este punto, a colación la afirmación que realiza el órgano de contratación en el informe emitido en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 56.2 de la LCSP en el que dice,

Tras un somero estudio de las ofertas económicas presentadas a las licitaciones convocadas por este Ayuntamiento podemos presumir, que en la mayor parte de las



ocasiones, se aplicará la primera fórmula proporcional a las bajas, que es la recurrida, debido a que por lo general existirá una dispersión significativa en las diferentes ofertas económicas de los licitadores y algunos de ellos realizarán bajas al precio de licitación importantes, incentivados precisamente por el modo en el que otorga la puntuación la fórmula económica.

Por lo que para este contrato consideramos que se puede perfectamente mantener la fórmula recurrida debido a que a la vista de los antecedentes descritos no se presume que se vayan a dar el ejemplo extremo planteado por la recurrente (diferencias no significativas entre las ofertas y muy próximas al precio de licitación).

Resulta, pues, que el órgano de contratación ha definido la idoneidad “*ex ante*” de la fórmula a partir de un juicio de experiencia que el Tribunal entiende razonable, lo que nos lleva, como ya se ha dicho, a desestimar el recurso.

Es por ello que procede desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por DILGITEA SOLUCIONES, S.L. contra los pliegos del procedimiento “*Servicio de información y trámites, atención y gestión telefónica en el Ayuntamiento de Murcia*”, con expediente 2023_0012, convocado por el Ayuntamiento de Murcia.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar operada, en virtud del 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los



artículos 10.1 letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES