Recurso 410/2022
Resolución 558/2022
Sección Primera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 18 de noviembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MUSER PRODE, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado «Servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (RSU) limpieza viaria y gestión del punto limpio del municipio de Benalmádena», convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) (Expte. 33859B/2022), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de octubre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. En el citado anuncio consta como fecha de envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea, el 3 de octubre de 2022. Asimismo, el 5 de octubre los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 110.849.406,6 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 25 de octubre de 2022, la entidad MUSER PRODE, S.L. presentó en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la contratación referenciada.

Tras la remisión del recurso a este Tribunal por parte del órgano de contratación, la Secretaría de este Órgano solicitó al Ayuntamiento de Benalmádena la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicha documentación, tras su reiteración, ha sido recibida en el Tribunal.

El 9 de noviembre de 2022, este Tribunal acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la recurrente.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se han efectuado en el plazo concedido al efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) ha manifestado que no dispone de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal la documentación para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, pese a no haber participado en la licitación.

Funda su legitimación en el perjuicio que las cláusulas impugnadas le originan en orden a su participación en la licitación. De este modo, la eventual estimación del recurso permitiría remover los obstáculos que le impiden o dificultan dicha participación.

Desde esta perspectiva, ostenta legitimación para recurrir, no pudiendo acogerse la alegación en contra del órgano de contratación sobre falta de experiencia en recogida y transporte de residuos urbanos y por tanto, de la solvencia necesaria para presentar oferta en la licitación. Precisamente, la impugnación de la desproporción en la solvencia técnica exigida es el motivo que, con independencia de la suerte que pueda correr en orden a su estimación o no, determina el interés legítimo en el recurso; pues una eventual anulación del requisito de solvencia exigido permitiría a la recurrente eliminar, en una futura licitación, el perjuicio que le impide participar en la presente.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)".

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 5 de octubre de 2022,

fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 25 de octubre en el registro del órgano de contratación se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Fondo del asunto: sobre la inadecuación del criterio de solvencia técnica exigido.

1. Alegaciones de la recurrente.

Solicita la anulación de los pliegos y la aprobación de otros nuevos en los que se corrijan las infracciones legales manifestadas en su escrito de impugnación. Funda esta pretensión en varios motivos que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, sostiene la inadecuación del criterio de solvencia técnica establecido en el Anexo 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), cuyo tenor es el siguiente: *«La solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, por el siguiente medio:*

Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Se requiere al menos que se acredite el haber realizado o estar realizando, en los últimos tres años, tres o más contratos de recogida y limpieza de residuos municipales en poblaciones de más de 70.000 habitantes, (según el padrón del INE a fecha de la prestación del Servicio).

La Mesa de Contratación podrá recabar del empresario aclaraciones sobre la documentación aportada o requerirle la presentación de información complementaria».

Opone que la experiencia en poblaciones de más de 70.000 habitantes resulta restrictiva de la competencia conforme a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) dado que favorece a las grandes empresas sobre los pequeños y medianos operadores, cuyo acceso al mercado resulta vedado de forma injustificada. Además, aduce que tal restricción no ha sido fundada en ninguna razón imperiosa de interés general, ni se ha justificado su proporcionalidad. Cita, en apoyo de este motivo, resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales donde se declara que la exigencia a los licitadores de la adjudicación previa de un determinado número de contratos similares al que se licita, con Ayuntamientos que tengan un número igual o mayor de habitantes, limita la concurrencia y es desproporcionada.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a este motivo del recurso esgrimiendo que el Ayuntamiento de Benalmádena solicita experiencia en poblaciones de 70.000 habitantes porque esta es la población base del municipio y, asimismo, se piden contratos de similares características por la gran estacionalidad del municipio en la temporada estival y Semana Santa, donde llega a triplicar la población atendida, lo que hace absolutamente necesario disponer de un operador que sea capaz de gestionar adecuadamente esa situación.

Manifiesta que la recurrente, en ningún momento, justifica por qué considera desproporcionada la solvencia técnica exigida; y el hecho de que los criterios de solvencia requeridos puedan impedir el acceso a empresas que los incumplan es el efecto lógico de la finalidad perseguida en la legislación contractual con la exigencia de una solvencia mínima: asegurar la adecuada, sin que pueda confundirse la discriminación con el hecho de que no todo licitador pueda alcanzar el nivel de solvencia exigido.

Ademas, el PCAP permite a los licitadores una doble vía de acreditación de la solvencia, pues admite el certificado de clasificación; lo que ocurre es que la recurrente carece de la citada clasificación.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen.

El artículo 74.2 de la LCSP establece que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo. Asimismo, conforme al artículo 132.1 de la citada norma, los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

Quiere decirse, pues, que en la elección de los criterios de solvencia el órgano de contratación ha de conciliar el respeto a los principios señalados con la necesidad de garantizar la ejecución del contrato a través de empresarios con la solvencia suficiente; no pudiendo nunca perder de vista que la proporcionalidad adquiere en estos casos una especial relevancia, por cuanto su quiebra frustraría la consecución de los restantes principios (sobre todo los de igualdad y concurrencia), además de hacer innecesario un determinado nivel de exigencia económica y/o técnica para la consecución del objeto del contrato.

Como venimos señalando en nuestras resoluciones (véanse las Resoluciones 427/2019, de 19 de diciembre, 543/2021, de 17 de diciembre y la más reciente 222/2022, de 1 de abril), si bien es cierto que el órgano de contratación conforme al artículo 90 de la LCSP dispone de un determinado grado de discrecionalidad para establecer los requisitos de solvencia técnica o profesional exigibles en los contratos de servicios en lo que se refiere a la experiencia, lo cierto es que tal potestad discrecional se halla condicionada por una serie de elementos reglados y por los principios generales del derecho administrativo y de la contratación, entre los que figura la salvaguarda de la libre competencia, la no discriminación e igualdad de trato y, sobre todo, el principio de proporcionalidad (artículos 1 y 132 de la LCSP) conforme al cual la Administración deberá elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persigan, sin que en ningún caso deban producirse diferencias de trato discriminatorio, de manera que la necesidad de motivación del acto discrecional resulta esencial para su posterior control.

Asimismo, no hemos de olvidar que el artículo 40 b) prevé la anulabilidad de *«Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración»*. Así pues, el órgano de contratación puede exigir y justificar para determinados contratos una solvencia técnica elevada que garantice la adecuada ejecución de los contratos, pero a la hora de establecer el requisito mínimo ha de conciliar aquella exigencia con los principios de concurrencia, igualdad y proporcionalidad, imponiéndose en todo caso la solución que mejor satisfaga el buen fin del contrato pero con el menor sacrificio de los citados principios que son piedras angulares de la contratación pública.

En el supuesto analizado, cabe concluir que el requisito de solvencia exigido es restrictivo y no se ha justificado previamente su establecimiento. El órgano de contratación, en el informe al recurso, esgrime razones para su fijación como la gran estacionalidad del municipio en la temporada estival y Semana Santa, donde llega a triplicar la población atendida; no obstante, tal argumentación -que insistimos debía haber sido previa en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 116.4 de la LCS- no es suficiente, a juicio de este Tribunal, para avalar la proporcionalidad del criterio de solvencia, el cual provoca una limitación considerable la concurrencia al circunscribir la experiencia a la Administración local en contratos de igual naturaleza y a municipios con un número elevado de habitantes.

Por último, el hecho de que la experiencia exigida pueda también acreditarse mediante certificados de clasificación no altera la anterior conclusión. La clasificación solo facilita el cumplimiento mediante otro medio alternativo, pero no rebaja la dificultad que el requisito impugnado pueda tener para empresarios potencialmente capaces de realizar adecuadamente el objeto del contrato.

El motivo debe, pues estimarse, procediendo la anulación del criterio de solvencia técnica impugnado.

SEXTO. Fondo del asunto: sobre la ilegalidad de determinados criterios de adjudicación en cuanto vulneran el principio de igualdad y no discriminación entre licitadores.

1. Alegaciones de la recurrente.

Esgrime motivos que afectan a los siguientes criterios de adjudicación:
a) La oferta económica, ponderada con un máximo de 51 puntos (criterio 1 del Anexo 8.1 del PCAP).
b) Los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor (Anexo 7 del PCAP)

(a) La oferta económica se valora con arreglo a la siguiente fórmula:
Puntuación del licitador = puntuación máxima (51 puntos) x (oferta más baja/oferta del licitador)^3.
La puntuación obtenida se redondeará a dos decimales al alza en caso de que el tercer decimal sea un 5 ó superior.

La recurrente alega que la aplicación práctica de esta fórmula desvirtúa la ponderación que tiene asignada en el PCAP y ello cambia el planteamiento del conjunto de los criterios de valoración de las ofertas, haciendo predominar los dependientes de un juicio de valor respecto a los de evaluación automática sin la intervención de un comité de expertos u organismo técnico especializado y vulnerando así el procedimiento legalmente establecido para la valoración de las ofertas y su necesaria objetividad e imparcialidad.

Aduce que, de acuerdo con la fórmula del pliego, una oferta económica que sea igual al presupuesto base de licitación obtiene puntuación, pues no se ha establecido ninguna cláusula que determine que una oferta ajustada al tipo obtendrá cero puntos. A efectos ilustrativos, señala un ejemplo con el importe de 5 ofertas y, tras aplicar la fórmula, viene a manifestar que el licitador con la oferta más baja obtiene los 51 puntos, pero el que realizó la oferta ajustada al tipo de licitación recibe 34,38. Concluye, pues, que el resultado es desproporcionado y, en el ejemplo indicado, determina que el peso real del criterio no sean los teóricos 51 puntos, sino únicamente 16,62 puntos que es la diferencia entre 51 y 34,88.

(b) Asimismo, la recurrente impugna los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor previstos en el Anexo 7 del PCAP. Su puntuación global es de 29 puntos, previéndose como tales:

- Servicio de Recogida de RSU (hasta 11,244 puntos).
- Servicio de Limpieza Viaria (hasta 8,878 puntos).
- Medios Comunes y otros aspectos (hasta 8,878 puntos)

Dentro de cada uno de estos criterios, se establecen distintos aspectos según el desglose que figura en la siguiente tabla resumen del pliego:

«A. SERVICIO DE RECOGIDA DE RSU ***11,244 puntos***

PROPUESTA ORGANIZATIVA DE LOS SERVICIOS DE RECOGIDA RSU, RELATIVA A LA COHERENCIA E IDONEIDAD DE LOS MEDIOS HUMANOS Y MATERIALES, FRECUENCIA DE LOS SERVICIOS, PROGRAMACIÓN Y HERRAMIENTAS PARA EL DISEÑO DE LAS RUTAS QUE PROPONGAN.

A.1 Servicio de recogida de la fracción orgánica	*2,368 p.*
A.2 Servicio de recogida de la fracción envases ampliada	*2,368 p.*
A.3 Servicio de recogida de la fracción resto	*0,296 p.*
A.4 Servicio de recogida de las fracciones Papel y vidrio	*0,592 p.*
A.5 Servicio de recogida de autocompactadores	*0,296 p.*
A.6 Otros servicios de recogida de residuos (podas, enseres voluminosos)	*0,296p.*
A.7 Servicio de mantenimiento y limpieza de Contenedores e Islas soterradas	*1,776 p.*
A.8 Servicio de recogida de residuos en mercadillos, ferias, fiestas, cabalgatas	*0,592 p.*
A.9 Servicio de recogida adicionales de Temporada Alta, Navidad y Semana Santa.	*0,592 p.*
A.10 Servicio de recogida adicionales establecimientos de hostelería, personalizados zonas comerciales.	*0,296 p.*
A.11 Plan de gestión y mantenimiento de la Planta de Transferencia e Instalaciones fijas	*0,591 p.*
A.12 Plan de Gestión del Punto Limpio	*0,591 p.*
A.13 Coherencia técnica de la propuesta	*0,590 p.»*

B. SERVICIO DE LIMPIEZA VIARIA ***8,878 puntos.***

PROPUESTA ORGANIZATIVA DE LOS SERVICIOS DE LIMPIEZAVIARIA, RELATIVA A LA COHERENCIA E IDONEIDAD DE LOS MEDIOS HUMANOS Y MATERIALES, FRECUENCIAS DE LOS SERVICIOS Y PROGRAMACIÓN Y DISEÑO DE LAS RUTAS PROPUESTAS

B.1 Servicio de Limpieza de calzadas, zonas peatonales, aceras, bordillos en la totalidad de las vías públicas en las urbanizaciones del ámbito del contrato.	*1,924 p.*
B.2 Servicio de Limpieza de paseos marítimos en el municipio, zonas peatonales, aceras, bordillos.	*1,628 p.*
B.3 Servicio de baldeo e hidrolimpiezas de las vías públicas	*0,740 p.*
B.4 Servicio de recogida y limpieza de papeleras	*0,592 p.*
B.5 Servicio de desbroce de aceras y calzadas	*0,296 p.*
B.6 Servicio de limpieza de jardines y zonas infantiles	*0,296 p.*
B.7 Servicio de limpieza de mercados de mercadillos, ferias, fiestas y cabalgatas.	*0,740 p.*
B.8 Refuerzo servicio de limpieza Temporada Alta, Navidad y Semana Santa.	*1,480 p.*
B.9 Otros servicios de limpieza	*0,296 p.*
B.10 Servicio de limpieza urgente	*0,296 p.*
B.11 Coherencia técnica de la propuesta	*0,590 p.*

C. MEDIOS COMUNES Y OTROS ASPECTOS ***8,878 puntos***

C.1 Recursos humanos	*2,960 p.*
C.2 Recursos materiales, inversión en maquinaria y material	*2,664 p.*
C.3. Campaña de concienciación, publicidad y acciones de comunicación	*0,888 p.*
C.4. Sistemas de control tecnológico de todos los servicios y la interacción con el Ayuntamiento	*0,888 p.*
C.5. Plan y calendario de implantación de los servicios	*1,184 p.*
C.6. Coherencia de la propuesta	*0,294 p.»*

Asimismo, el Anexo 7 establece que *«Con carácter general, se establecerá el siguiente reparto de valoración para cada subapartado (…):*
· Mejor propuesta: 100% de la valoración del criterio.
· 2ª propuesta: 75% de la valoración del criterio.
· 3ª propuesta: 50% de la valoración del criterio.
· 4ª y siguientes: 40% de la valoración del criterio.
· 5ª propuesta: 30% de la valoración del criterio.
· 6ª propuesta: 20% de la valoración del criterio.
· 7ª propuesta: 10% de la valoración del criterio.
· 8ª y siguientes: 0% de la valoración del criterio».

La recurrente esgrime los siguientes argumentos:

- El margen de apreciación del órgano técnico evaluador queda reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación, lo cual se agrava si a lo anterior se suma el hecho de que la asignación de puntos de cada oferta debe ponderarse adicionalmente con el correspondiente porcentaje (horquilla entre el 100 y 0%).

- La metodología de valoración no prevé qué cualidades, atributos o ventajas permitirán determinar, por ejemplo, que una oferta se considere como la segunda o la quinta. Por tanto, a pesar de que el margen de discrecionalidad técnica se ha reducido, no existen pautas o reglas de ponderación que permitan encuadrar la futura valoración.

2. Alegaciones del órgano de contratación

Respecto al criterio de adjudicación consistente en la oferta económica, basándose en doctrina de algunos Órganos de resolución de recursos contractuales, aduce que los órganos de contratación cuentan con un margen de libertad al decidir la fórmula de valoración de las proposiciones económicas y que lo único que exige la ley es que se concrete en el pliego la fórmula elegida, que esta atribuya más puntuación 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 proposiciones intermedias.

Y en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor, el órgano de contratación aduce que se ha justificado sobradamente su vinculación al objeto y su objetividad, estando ponderados y permitiendo evaluar el nivel de rendimiento y la relación calidad- precio de cada oferta.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, hemos de proceder a su examen comenzando por el motivo que denuncia la inadecuación de la **fórmula para la valoración de las ofertas económicas.** La recurrente sostiene que la aplicación práctica de la fórmula permite asignar puntuación a ofertas que no hayan realizado ninguna

mejora en el precio y coincidan con el presupuesto de licitación, lo cual altera el peso real del criterio que no será 51 puntos sino 16,62, desvirtuándose la ponderación global del conjunto de los criterios de adjudicación.

Pues bien, en este extremo asiste también la razón a la recurrente. Cualquier fórmula elegida por el órgano de contratación para valorar las ofertas económicas no solo debe ser proporcional y otorgar más puntos a la proposición más barata y menos a la más cara; también debe permitir que los puntos se repartan desde la mínima puntuación (cero) a la máxima (51), lo que evidentemente supone asignar cero puntos a aquella ofertas que no realicen ninguna rebaja respecto al presupuesto de licitación. En el supuesto analizado, aplicando la fórmula del PCAP, no sucede lo anterior por cuanto una proposición que iguale el presupuesto de licitación no recibirá cero puntos, sino 34,38.

Así pues, aparte de la paradoja que implica la puntuación de una oferta que no contiene mejora alguna con la consiguiente disminución injusta de la diferencia en puntos entre la proposición más cara y la más barata, sucede también algo que resulta especialmente grave y es que se desvirtúa la ponderación global asignada a los criterios de adjudicación. De esta manera, sobre un máximo de 100 puntos teóricos, la puntuación global de los cinco criterios de evaluación automática no va a ser 71 puntos (51+6+4+5+5) frente a 29 puntos asignados a los dependientes de un juicio de valor, sino 36,62. Por tanto, también la diferencia en puntos entre los criterios de una y otra naturaleza es menor y ello hace cobrar mayor importancia en la práctica a estos últimos criterios en la selección de la proposición más ventajosa.

Se desvirtúa pues el sistema teórico de ponderación de los criterios establecido en el pliego, resultando ello contrario al espíritu de la norma legal contractual que, en su artículo 146 regula pormenorizadamente la aplicación de los criterios de adjudicación.

En lo que se refiere a los **criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor**, nos encontramos con que se establecen tres criterios y un total de 30 subcriterios, con unas puntuaciones definidas exhaustivamente con hasta tres decimales. La recurrente viene a sostener que, con esta atomización de subcriterios y desglose de puntos, la discrecionalidad del órgano evaluador queda muy reducida alterándose la propia naturaleza del criterio de adjudicación. Asimismo, señala que la metodología de valoración no establece pautas o reglas que permitan encuadrar la posterior valoración de las proposiciones.

Pues bien, en cuanto al desglose de los criterios en subcriterios con puntuaciones muy definidas y escaso margen de discrecionalidad en la posterior valoración, no cabe acoger la alegación de la recurrente. En nuestra Resolución 302/2020, de 10 de septiembre, se abordó un supuesto en que la recurrente denunciaba que se habían incluido *"criterios de adjudicación objetivos"* dentro de los criterios evaluables mediante juicio de valor. No obstante, en la misma señalamos que *«Con carácter general, no hay a priori y en abstracto criterios "sujetos a juicio de valor" o de "evaluación automática" por su propia naturaleza. Esta va a depender de cómo se redacte el criterio en los pliegos y sobre todo de cómo se puntúe.*

En el supuesto analizado, ninguno de los criterios de adjudicación recurridos tienen establecida una fórmula para su valoración, sino que en todos ellos hay un margen de discrecionalidad a la hora de asignar la puntuación correspondiente que va desde "hasta 1 punto" en algunos de ellos a "hasta 4 puntos" en algún otro, pasando por puntuaciones intermedias de "hasta 2 puntos" y "hasta 3 puntos" . Ello determina que la comisión técnica, a la vista de la descripción del criterio y de la oferta a ponderar, cuenta con un margen de juicio técnico para determinar la concreta puntuación de cada proposición dentro de la horquilla que permite el PCAP en cada caso. Por tal razón, los criterios impugnados, tal y como aparecen configurados en el pliego y sin entrar en ningún otro tipo de consideración, no pueden estimarse de evaluación automática como sostiene la recurrente».

En el supuesto analizado hemos de llegar a la misma conclusión. Los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor indicados en el PCAP -pese a su pormenorizado desglose en subcriterios, la limitada horquilla de puntos en cada uno de estos últimos y el reparto de estos en porcentajes según una propuesta se considere primera, segunda, tercera y así sucesivamente- no pierden su naturaleza ni se convierten en criterios de evaluación automática, pues no existe fórmula que determine automáticamente la puntuación de cada oferta y la discrecionalidad técnica, aunque limitada, sigue existiendo a la hora de valorar las proposiciones y determinar cuál es su orden de clasificación de mejor a peor. Existiendo, pues, margen de apreciación en el órgano evaluador, el criterio de adjudicación que lo permita no puede ser de evaluación automática.

Ahora bien, sí ha de darse la razón a la recurrente cuando señala que el pliego no establece pautas de valoración que permitan enmarcar el juicio técnico posterior. Como hemos señalado, el hecho de que la horquilla de puntos a repartir en cada subcriterio sea reducida no enerva la apreciación subjetiva del órgano encargado de valorar las proposiciones y si este tiene libertad absoluta para determinar qué proposición es la mejor, cuál la peor y cuáles las intermedias sin ninguna pauta previamente definida en el pliego que enmarque esa valoración, habrá que concluir que los criterios no están definidos con la concreción legalmente exigida en el artículo 145.5 b) de la LCSP en cuanto prescribe que los mismos *«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 el sentido expuesto, se ha venido pronunciando este Tribunal de modo reiterado. Así, en nuestra Resolución 331/2019, de 10 de octubre, señalamos que *«la discrecionalidad técnica en la evaluación de las ofertas con arreglo a juicios de valor no puede ser absoluta y debe quedar enmarcada, no solo por los aspectos sujetos a valoración, sino también por unas pautas adecuadas de ponderación, extremo este en el que incide además el nuevo artículo 145.5 b) de la LCSP al establecer que los criterios deben formularse de manera objetiva sin que puedan conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*

En el supuesto enjuiciado, al no preverse en el criterio qué cualidades, atributos o ventajas permitirán considerar una oferta como excelente, óptima, buena o mínima, el criterio de adjudicación carece de la concreción necesaria en los términos expuestos, vulnerando lo dispuesto en el citado precepto legal, así como los principios de igualdad y transparencia.

Una cuestión similar a la presente fue analizada en nuestra Resolución 192/2019, de 13 de junio, en la que se indicaba que "(…) no existen tampoco pautas o reglas de ponderación que permitan encuadrar la valoración en un marco razonable de discrecionalidad. El pliego efectúa una escala de calificaciones que va desde óptima (20 puntos) a apta (0 puntos) pasando por las intermedias de excelente (15 puntos), muy buena (10 puntos) y buena, pero no indica qué elementos se tomarán en consideración para alcanzar cada una de esas calificaciones como sería por ejemplo ofertar o no en todos los aspectos evaluables o determinar cuál tiene más preponderancia en la asignación de puntos o si todos tienen el mismo valor.

En realidad la escala de puntuaciones del pliego solo sirve para calificar formalmente las ofertas por tramos de puntuación, pero no ofrece ninguna pauta de ponderación al órgano evaluador para enmarcar su juicio técnico(...)"».

El motivo debe, pues, ser estimado procediendo tanto la anulación de la fórmula de valoración de la oferta económica, como de los criterios sujetos a juicio de valor en cuanto a la ausencia de pautas de ponderación de las ofertas.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: sobre la incorrecta determinación de los parámetros de anormalidad de las ofertas.

El Anexo 8.2 del PCAP establece los siguientes parámetros para identificar la anormalidad de una oferta:
«a) Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 15 unidades porcentuales.
b) Cuando concurran dos licitadores, la que sea inferior en más de 10 unidades porcentuales a la otra oferta. Se considerará desproporcionada la baja que sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 15 unidades porcentuales.
c) Cuando concurran tres licitadores, las que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 5 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja que sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 15 unidades porcentuales.
d) Cuando concurran cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 5 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media solo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía. Se considerará desproporcionada la baja que sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 15 unidades porcentuales».

1. Alegaciones de la recurrente.

Esgrime que se ha efectuado una incorrecta configuración de los umbrales de anormalidad, toda vez que estos van referidos a un porcentaje de baja fijo con referencia al presupuesto de licitación. A su juicio, el fundamento de una oferta anormal debería ser el desajuste entre la misma y el mercado, pero no respecto del tipo de licitación; y manifiesta que esta fijación predeterminada del umbral de anormalidad respecto de un tipo fijo (presupuesto de licitación) no solo genera riesgos desde el punto de vista de la seguridad jurídica por la posible inadecuación del porcentaje elegido (15 unidades porcentuales), sino que resulta contraria al principio de concurrencia pues, al fijar la anormalidad sin ponderar adecuadamente los precios de mercado, se obstaculizaría la presentación de ofertas más competitivas.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a este motivo de impugnación citando la siguiente conclusión del Informe 119/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado *«Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, con arreglo al artículo 149.2.b) no es necesario que los parámetros objetivos contemplen todos los diferentes criterios de adjudicación, sino únicamente aquellos que sean relevantes para determinar la viabilidad de la oferta del licitador considerada en su conjunto»* y añade que la recurrente está cuestionando, en definitiva, la existencia de umbrales de saciedad en el precio.

Asimismo, aduce que en este contrato la naturaleza fija de determinados costes, como los de personal o los gastos de combustibles y consumibles para el movimiento de maquinaria, aconseja que a partir de un determinado umbral las ofertas deban ser sometidas a un escrutinio más intenso.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La cuestión suscitada en el recurso no es nueva y ha sido abordada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y por los Órganos de resolución de recursos contractuales, incluido este Tribunal en sus Resoluciones 50/2016, de 10 de marzo y 76/2016, de 6 de abril, entre otras..

Así, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado expresaba en la consideración jurídica tercera de su informe 34/1999, de 12 de noviembre, que «*(…) la determinación inicial o presunta de la temeridad siempre ha de realizarse en comparación con las restantes proposiciones, bien con los criterios matemáticos del artículo 109 del Reglamento General de Contratación del Estado en el caso de subasta, bien con arreglo a fórmulas o criterios incluidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el caso de concurso.*
Resulta así que una oferta estará incursa en presunción de temeridad por su examen comparativo con otras proposiciones (…). La proposición económica de cada licitador ha de examinarse comparativamente con las del resto de licitadores».

Con posterioridad, la Abogacía del Estado en su informe 12/2009, de 27 de marzo, sobre la cláusula de un pliego que establecía un porcentaje de baja fijo por referencia al presupuesto de licitación, señalaba las siguientes conclusiones:

«Primera. No existe norma jurídica que prohíba expresamente la cláusula de un pliego que, para determinar las ofertas anormalmente bajas presentadas a un concurso, aplique un porcentaje fijo respecto del presupuesto de licitación.
Segunda. Aunque no exista una prohibición legal expresa de dicha cláusula, debería tenerse en cuenta lo siguiente: a) El empleo de este tipo de cláusulas puede considerarse contrario a la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. b) Diferentes instancias comunitarias han cuestionado la conformidad de dichas cláusulas con las Directivas sobre contratación pública de la Unión Europea. c) Dado que la temeridad (la oferta anormal) tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado, no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado. d) El cálculo de umbral de temeridad en función de las ofertas presentadas a cada concurso (y no con un porcentaje fijo predeterminado) proporciona un criterio objetivo para sostener que dicho cálculo es correcto, puesto que es el propio mercado el que ha marcado el parámetro de la anormalidad de las ofertas».

Por su parte, los órganos de recursos contractuales también se han pronunciado en el sentido de no admitir la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación. Así el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 241/2014, de 20 de marzo, con cita de sus resoluciones 42/2013, de 23 de enero y 32/2014, de 17 de enero, señalaba que *«el establecer un umbral de temeridad referido al precio de licitación o que resulta muy bajo respecto a la media de las ofertas, puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las "ofertas con valores anormales o desproporcionados".*
(...)
Como ha señalado la Comisión Nacional de la Competencia en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia, entre los aspectos que se recomienda evitar en los pliegos se encuentra la utilización de sistemas que señalen con carácter previo el "umbral máximo de competencia", es decir, el nivel a partir del cual se considerará desproporcionada una oferta, porque "la revelación de esta información puede restringir severamente la competencia".»

A la misma conclusión llegó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su resolución 80/2014, de 18 de agosto, que anuló una cláusula del PCAP que fijaba el umbral de anormalidad o desproporción en un porcentaje de baja superior al 10 por 100 del presupuesto base de licitación.

En ella señalaba que *«esa libertad absoluta de los órganos de contratación para la fijación de los parámetros para determinar si una oferta es o no desproporcionada, puede verse matizada por la lectura conjunta de los apartados 1. y 2. del artículo 152 de TRLCSP. Así, cuando estamos ante una pluralidad de criterios de adjudicación y los límites objetivos de desproporcionalidad se refieren únicamente al precio, como en el caso de los pliegos objeto de recurso, parece que una interpretación sistemática de los dos primeros apartados del citado artículo nos lleva a considerar que los límites objetivos tienen que estar referenciados al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, y no a parámetros o límites que expresen y den a conocer de antemano el umbral de anormalidad, como sucede en los pliegos del contrato objeto de recurso».*

Asimismo, este Tribunal, en las dos resoluciones antes citadas, se pronunció en términos parecidos si bien, en atención a las circunstancias del caso concreto y a la justificación esgrimida en ambos casos por los órganos de contratación, concluyó que era puntualmente posible la fijación del umbral de anormalidad por referencia al presupuesto de licitación. En concreto, en nuestra Resolución 50/2016 señalamos que *«la fijación de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación como puede ser un porcentaje de bajada sobre el mismo, con carácter general, es contrario a la mayoría de la doctrina de las juntas consultivas de contratación y de los órganos de recursos contractuales. Sin embargo, hay que tener en cuenta como ha puesto de manifiesto el citado informe 12/2009, de 27 de marzo, de la Abogacía del Estado, que la apreciación de una oferta anormal o desproporcionada "tiene como premisa el desajuste entre la oferta y el mercado" por tanto "no sería conforme a Derecho la cláusula que señalara en el pliego un porcentaje fijo si resultara que éste no se corresponde con los precios «normales» del mercado".*
(...)
Por tanto, podemos concluir que el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, si dicho umbral se correspondiese con el precio normal del mercado».

Así, la citada Resolución analizó las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto señalando lo siguiente: *«el órgano de contratación en su informe señala que la decisión de establecer dicho límite en relación al presupuesto de licitación en lugar de referenciarlo al conjunto de ofertas presentadas se fundamenta en la estructura de costes en que incurren los contratistas en la prestación del servicio objeto de licitación, con un elevado peso de los gastos de personal los cuales vienen determinados por la aplicación del convenio colectivo nacional del sector de "contact center" y el hecho de que en el sector de actividad propia del objeto del contrato operan tanto empresas que cuentan con la calificación de centro especial de empleo, con importantes beneficios en la cotización a la Seguridad Social, como otras que no cuentan con dicha calificación, por lo que dado el elevado peso de los costes de personal en la estructura de costes del servicio, un parámetro basado en las proposiciones económicas que se presenten no es una referencia útil como umbral objetivo para identificar propuestas susceptibles de ser consideradas, en su caso, anormales o desproporcionadas, ya que estará sujeta a una gran variabilidad en función del conjunto de propuestas de licitadores -centros especiales de empleo y no centros especiales de empleo- en la conformación de dicha referencia.*

Así, alega el órgano de contratación, conforme a la estructura de costes del servicio estimada sobre la base del convenio colectivo aplicable en cuanto a retribuciones y jornada laboral del personal, y los parámetros de tiempos de disponibilidad en puestos de operación y tiempos de ocupación propios de la actividad en base a históricos, del total de costes directos los de personal representan el 88,4 por 100, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social sin tener en cuenta bonificaciones, costes directos a los que añadiendo costes indirectos y beneficio de un 14 y 6 por 100, respectivamente, resulta el precio por unidad de servicio establecido como presupuesto de licitación de 0,525 euros por cita gestionada (según consta en el PCAP).

La aplicación a los indicados costes de personal -a juicio del órgano de contratación- de bonificaciones del 90 por 100 en las cotizaciones a la Seguridad Social para el total de la plantilla de operación supone una reducción del 22 por 100 en los gastos de personal de operación por reducción de las cotizaciones a cargo de la empresa y, por tanto, de un 20 por 100 del precio de la cita gestionada, siendo éste el umbral de anormalidad o desproporción establecido en el pliego».

Y concluimos que *«Atendiendo a que dentro de las prestaciones a contratar el coste de la mano de obra es fundamental y aceptando que los cálculos de los costes alegados por el órgano de contratación en su informe al recurso se han realizado con rigor, el establecimiento de un umbral de anormalidad o desproporción del 20 por 100 del precio de licitación en este supuesto no vulneraría las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, pues no supondría una restricción a la libre competencia, al corresponderse dicho umbral con el precio normal del mercado, conforme a la justificación aportada por el órgano de contratación».*

Expuesto el marco doctrinal en la materia, ante la falta de una norma jurídica que prohíba expresamente la determinación de la anormalidad de una oferta mediante la aplicación de un porcentaje fijo respecto del presupuesto de licitación, hemos de atender a la justificación esgrimida en cada caso por los órganos de contratación para así poder concluir si el citado umbral se corresponde con el precio normal de mercado.

En el supuesto aquí enjuiciado, la justificación esgrimida por el órgano de contratación en el informe al recurso, a diferencia de los supuestos analizados en nuestras Resoluciones 50/2016 y 76/2016, es sumamente genérica y meramente formal, pues solamente indica que *«En este contrato la naturaleza fija de determinados costes como los del personal o los gastos de combustibles y consumibles, para el movimiento de maquinaria para la prestación del servicio, aconseja que para la prestación a partir de un determinado umbral las ofertas deben ser sometidas a un escrutinio más intenso».*

Dicha explicación tan escueta e imprecisa no permite comprobar la compatibilidad con el precio normal de mercado del umbral de anormalidad del 15% respecto del presupuesto de licitación previsto en el PCAP. A lo anterior se une que una interpretación sistemática de los apartados a y b del artículo 149.2 de la LCSP conduce a estimar que los parámetros objetivos debieran estar referenciados al conjunto de ofertas válidas presentadas.

Procede, pues, estimar el presente motivo y anular el anexo del PCAP impugnado en cuanto a los parámetros de anormalidad establecidos con referencia al presupuesto de licitación.

OCTAVO. Fondo del asunto: sobre la ilegalidad del criterio de adjudicación relativo a la inversión en planta de transferencia.

El Anexo 8.1 del PCAP establece los criterios de adjudicación de evaluación automática. En concreto, el criterio 2 se denomina «inversión en planta de transferencia» y está ponderado con 6 puntos conforme a la siguiente redacción: *«Deberán presentar para la valoración de este criterio un compromiso de inversión adicional para ejecutar el Proyecto de Legalización del Centro de Transferencia de Benalmádena por importe de 207.723,84 €, hasta completar el importe del proyecto excluido el IVA, respecto a las inversiones iniciales consideradas en el estudio económico».*

1. Alegaciones de la recurrente.

Esgrime que dicho criterio de adjudicación consiste en una simple aportación dineraria para llevar a cabo la legalización de una instalación de transferencia de residuos, lo cual vulnera lo establecido en el artículo 145 apartados 5 y 6 de la LCSP, por no tener relación directa con el objeto del contrato.

2. Alegaciones del órgano de contratación.
La planta de transferencia es parte integrante del objeto del contrato como así indica el PCAP. Por tanto, el criterio de adjudicación impugnado se encuentra justificado en cuanto a su vinculación con el objeto y está ponderado.

3. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. El criterio, en su tenor literal, valora el compromiso de una inversión adicional por una determinada cantidad para ejecutar el proyecto de legalización de la planta de transferencia de residuos de Benalmádena.

Conforme al Anexo I del PCAP, el objeto del contrato comprende la gestión de la planta de transferencia en los términos previstos en el PPT. Por su parte, el apartado 7 de este último pliego indica que *«en el alcance de este contrato se encuentra la ejecución por parte del adjudicatario del "Proyecto de Legalización de Planta de Transferencia de Benalmádena".*
(...)
Dicho anteproyecto se incorpora entre la documentación de la presente licitación. Los licitadores en su oferta deberán de contemplar las medidas y ejecución de las obras necesarias, describiéndolas en su oferta. A continuación, se incluye el importe de las inversiones consideradas en el estudio económico(...)».

Pues bien, la ejecución del proyecto de legalización de la planta no aparece recogida expresamente en el Anexo I del PCAP como prestación específica del contrato que es calificado como de servicios. El PPT sí prevé la ejecución de la citada obra a cargo del contratista, valorándose como criterio de adjudicación una inversión adicional.

Pues bien, a falta de otras consideraciones en el recurso sobre el objeto del contrato y el alcance de las prestaciones u obligaciones impuestas al contratista, hemos de limitar nuestro examen a la legalidad del criterio impugnado respecto al cual el órgano de contratación no ha justificado su elección, incumpliendo lo previsto en el artículo 116.4 de la LCSP e impidiendo a este Tribunal apreciar la vinculación que pudiera existir entre el criterio y el objeto del contrato. Es más, tampoco lo ha hecho en el informe al recurso, donde se limita a señalar que *"La Planta de Trasferencia es parte integrante del objeto del contrato"* sin expresar qué ventaja aporta el criterio en cuestión a la prestación del servicio contratado.

Debe, pues, estimarse el motivo y anularse el criterio de adjudicación impugnado a falta de una justificación adecuada de su vinculación al objeto contractual, en los términos del artículo 145.6 de la LCSP.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser estimado. Procede, en consecuencia, anular el contenido impugnado de los pliegos. Dicha anulación conlleva la de los propios pliegos y demás actos del expediente relacionados con su aprobación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MUSER PRODE, S.L.** contra los pliegos que rigen el contrato denominado «Servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (RSU) limpieza viaria y gestión del punto limpio del municipio de Benalmádena», convocado por el

Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) (Expte. 33859B/2022), y en consecuencia, anular los citados pliegos y demás actos relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 9 de noviembre de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.