



Recurso nº 614/2019 C. A. Región de Murcia 48/2019

Resolución nº 853/2019

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

En Madrid, a 18 de julio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.P.C. en representación de la mercantil DECISIO CONSULTING, S.L.P. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del *“Contrato de servicio de asesoramiento jurídico externo, asistencia y defensa letrada en los asuntos judiciales, así como representación judicial”*, con expediente SE01/19, convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Torre-Pacheco, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 26 de abril de 2019 se aprobó por Decreto 891/2019, de 26 de abril, la resolución del Concejal-Delegado en materia de Hacienda y Comunicación del Excmo. Ayuntamiento de Torre-Pacheco el expediente para la licitación, mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, del *“Contrato de servicio de asesoramiento jurídico externo, asistencia y defensa letrada en los asuntos judiciales, así como representación judicial”*, con expediente SE01/19.

El valor estimado del contrato se ha fijado en el importe de 220.000 euros.

Segundo. El día 26 de abril de 2019 se publicó el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Tercero. El día 21 de mayo de 2019, ante el Registro del Ayuntamiento de Torre Pacheco, D. J.M.P.C. en representación de la mercantil DECISIO CONSULTING, S.L.P. interpuso recurso especial contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigen la licitación. En el recurso se formulan los siguientes motivos de impugnación:



- i) Vulneración de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 3 de la LCSP, al haberse establecido en el apartado 11 del Cuadro de Características anexo al PCAP que no se admite la presentación electrónica de proposiciones, sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para excluir la tramitación electrónica del procedimiento.
- ii) Falta de proporcionalidad en la determinación de los requisitos de solvencia económica y financiera apartado 6 del Cuadro de Características), que da lugar a una ilícita limitación de la competencia.
- iii) Nulidad del criterio de adjudicación “*oferta económica*” establecido en el apartado 9, 1º del Cuadro de Características, al establecer un umbral de saciedad no permitido por los artículos 145 y 146 LCSP y la doctrina de este Tribunal.
- iv) Nulidad del criterio de adjudicación “*funcionarios públicos*” contemplado en el apartado 9, 6º del Cuadro de Características, por considerar que infringe el artículo 145 LCSP.

Mediante otrosí se solicitó también la suspensión del procedimiento de licitación durante la tramitación del recurso.

Cuarto. Interpuesto el recurso, el órgano de contratación remitió a este Tribunal el Expediente, así como el «*Informe de Secretaría*» de fecha 30 de mayo de 2019 en el que, si bien se reconoce que se ha producido la primera de las infracciones denunciadas por el recurrente –vulneración de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 3 de la LCSP al haberse tramitado electrónicamente el expediente sin que se haya justificado la imposibilidad de material de aplicar el procedimiento electrónico–, se alega que debería considerarse como un defecto no invalidante, de conformidad con varias resoluciones del Tribunal. En todo caso, se solicita expresamente al Tribunal que si estima el primero de los motivos de impugnación se pronuncie también sobre el resto de las alegaciones del recurso al objeto de poder convocar una nueva licitación que respete la legalidad, considerándose que el resto de los motivos de impugnación deben ser desestimados.

Quinto. El 4 de junio de 2019, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos



evacuase el trámite conferido.

Sexto. Mediante Resolución de 11 de junio de 2019, la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 46 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. 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 y en el Convenio de colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de noviembre de 2012.

Segundo. El recurso se interpone contra determinadas disposiciones del Cuadro de Características anexo al PCAP que debe regir la licitación de un contrato administrativo de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, de manera que se está ante un acto recurrible ante este Tribunal de conformidad con lo estipulado en el artículo 44, apartados 1 y 2 de la LCSP.

Tercero. La mercantil DECISIO CONSULTING, S.L.U. manifiesta su deseo de participar en la licitación, cuyo objeto se encuentra contemplado dentro de su objeto social según se acredita mediante la escritura de constitución, de manera que debe reconocérsele legitimación para interponer el presente recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 48 LCSP y con la doctrina establecida por este Tribunal.

Cuarto. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días hábiles desde la publicación de los pliegos cuyas disposiciones se impugnan, de modo que ha de admitirse conforme a lo previsto en el artículo 50.1 LCSP.

Quinto. Una vez verificada por el Tribunal la concurrencia de los presupuestos formales exigidos por la LCSP para la admisión del recurso ha de entrarse en el examen de fondo



de las cuestiones planteadas. Para ello se va a comenzar, siguiendo el orden de los motivos de impugnación del recurso, por la vulneración de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 3 de la LCSP, al haberse establecido en el apartado 11 del Cuadro de Características anexo al PCAP que no se admite la presentación electrónica de proposiciones.

El tenor literal de los apartados 3 y 4 de la citada Disposición Adicional es el siguiente:

«3. La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:

a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.

b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.

c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.

d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos.

Con respecto a los intercambios de información para los que no se utilicen medios electrónicos con arreglo al presente apartado, el envío de información se realizará por



correo o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo o de cualquier otro medio apropiado y de medios electrónicos. En este caso, los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos.

4. Los órganos de contratación tampoco estarán obligados a exigir medios electrónicos en el proceso de presentación de ofertas cuando el uso de medios no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de los antedichos medios electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos en el sentido expresado en el apartado 7 de la presente disposición adicional. En este caso, los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos».

Pues bien, comoquiera que en el informe elevado a este Tribunal por el propio órgano de contratación se reconoce que no concurre ninguno de los supuestos en los que la LCSP permite excluir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas, es pacífico que se ha producido la infracción denunciada en el recurso. Y, por ello, la única cuestión que ha de dilucidarse aquí es si esta vulneración supone la nulidad de la cláusula controvertida –como alega la recurrente– o si, por el contrario, ha de considerarse como una infracción no invalidante, como pretende el órgano de contratación.

En la Resolución de este Tribunal nº 1077/2018, de 23 de noviembre de 2018, en un supuesto análogo, se razonaba en los siguientes términos (Fundamento de Derecho Sexto):

«Así las cosas, la referida disposición adicional impone a las entidades contratantes y sus órganos dos obligaciones en materia de tramitación electrónica, que la práctica de las notificaciones y comunicaciones en los procedimientos de licitación se realice por medios exclusivamente electrónicos, y que la presentación de ofertas y solicitudes de



participación se produzca utilizando medios electrónicos. Ha de señalarse que una y otra obligación es consecuencia del derecho subjetivo de todos los interesados a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, y de la obligación de las personas jurídicas y de algunas personas físicas de relacionarse por tales medios, que establece el artículo 14 de la LPACAP. Centrándonos en el cumplimiento o incumplimiento por el órgano de contratación de la obligación de exigir la presentación de ofertas utilizando medios electrónicos en el anuncio de licitación y en los pliegos –sin necesidad de pronunciarnos sobre las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de dicha obligación podría originar en caso de producirse conforme a los artículos 47.1 y 48 de la LPACAP, por no ser ahora cuestión debatida–, hemos de decir que dicha obligación no se configura como absoluta e ineludible, sino que la propia norma admite excepciones a su aplicación en los supuestos enumerados con carácter taxativo en las letras a) a c) del apartado 3 y en el apartado 4 de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.

Además, el apartado 8 de la propia disposición adicional decimoquinta de la LCSP exige que “los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán cumplir, además, los requisitos establecidos en la Disposición adicional decimosexta de la presente Ley” Adicionalmente la disposición adicional decimoséptima de la LCSP establece los requisitos de las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas. Así las cosas, la norma general es la obligación del órgano de contratación de establecer en el anuncio de licitación y el PCAP que rige la licitación la presentación de ofertas utilizando medios electrónicos, teniendo en cuenta que, para que ello sea posible, los medios materiales de los que dispone o pueda disponer han de cumplir los requisitos técnicos establecidos en las disposiciones adicionales decimosexta y decimoséptima de la LCSP. No obstante, si concurre alguno de los supuestos previstos en la disposición adicional decimoquinta, apartados 3 y 4, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas. Los supuestos contemplados en los referidos apartados 3 y 4, en cuanto constituyen una excepción a la obligación general de la utilización de medios electrónicos, deben interpretarse estrictamente, de modo que no vacíen de contenido la obligación general que exige favorecer la tramitación íntegra del procedimiento por medios electrónicos. Además las excepciones tienen carácter reglado, sin capacidad de



apreciación alguna para el órgano de contratación, de modo que ha de quedar constancia inequívoca de que se dan los motivos que legalmente permiten exceptuar la obligación legal, y es por ello que las disposición adicional decimoquinta, apartados 3 y 4, de la LCSP imponen expresamente que en estos casos exista en el expediente un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos. Este informe del órgano de contratación, es un requisito esencial del procedimiento sin el cual no puede exceptuarse la obligación de recibir las ofertas por medios electrónicos. El informe ha de ser motivado, de manera que pueda concluirse de él que se da el supuesto excepcional que impide utilizar los medios electrónicos en la presentación de ofertas, con especificación suficientemente detallada, de las concretas circunstancias y de las características técnicas que, de acuerdo con el supuesto invocado, justifican no acudir a la presentación electrónica. Volviendo a la licitación que nos ocupa, por exclusión en razón de las características del contrato de los demás supuestos de los apartados 3 y 4 de la disposición adicional decimoquinta, la única excepción que pudiera ser aplicable es la prevista en la letra c) del apartado 3 de la disposición adicional decimoquinta, consistente en que “la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación” La imposibilidad cierta de utilizar medios electrónicos en la presentación de ofertas por la insuficiencia de los equipos ofimáticos de los que dispone el órgano de contratación, está conectada con los requisitos que, al empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos, y de herramientas y dispositivos de recepción de documentos, imponen las disposiciones adicionales decimosexta y decimoséptima de la LCSP. Así puede inferirse que se da la imposibilidad prevista en la disposición adicional decimoquinta, apartado 3, letra c), de la LCSP si los equipos ofimáticos de que dispone el órgano de contratación –ya por ser de su propiedad, ya por poder utilizarlos por cualquier título– impiden el cumplimiento efectivo de los requisitos impuestos en las disposiciones adicionales decimosexta y decimoséptima de la LCSP en la presentación de las ofertas, de modo que queden plenamente garantizados en el procedimiento de licitación los principios de igualdad de trato y de secreto de las proposiciones. En el caso que nos ocupa el informe existente en el expediente carece de motivación suficiente, pues se limita a afirmar la insuficiencia de los equipos que justificaría la excepción invocada, diciendo que “recibido informe verbal



del Departamento de Proceso de Datos resulta que el Ayuntamiento no dispone ni de las herramientas ni dispositivos necesarios” pero sin concretar las circunstancias concurrentes y características técnicas de los equipos de que puede disponer el órgano de contratación y que impiden cumplir los requisitos las disposiciones adicionales decimosexta y decimoséptima de la LCSP en la forma que acabamos de señalar en este fundamento.

Por eso, siendo el referido informe justificativo exigido por la disposición adicional decimoquinta, apartado 3, de la LCSP requisito esencial para que el órgano de contratación pueda acordar la excepción de la obligación de presentación informática de las ofertas, y no encontrándose el informe obrante en el expediente suficientemente motivado, procede declarar la nulidad del anuncio de la licitación y de la cláusula 11.1 y 11.3 y concordantes del PCAP en cuanto no prevén la presentación de las ofertas por medios electrónicos. Esto no obstante, procede advertir, que si retrotraídas las actuaciones el órgano de contratación puede acreditar en el expediente, mediante un informe justificativo suficientemente motivado, la concurrencia de la causa de excepción prevista en la disposición adicional decimoquinta, apartado 3, letra c), de la LCSP, podrá establecerse en el anuncio que de nuevo se publique y en el PCAP la presentación de las ofertas por medios distintos de los electrónicos».

En el presente supuesto ni siquiera se ha incorporado al expediente el informe justificativo expresamente exigido por la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP, de modo que han de aplicarse –de modo más justificado si cabe que en la Resolución transcrita en la que sí obraba en el expediente un informe cuya motivación se consideró insuficiente– la misma consecuencia jurídica, que no es otra que la declaración de nulidad de la cláusula cuestionada. Y con independencia de su calificación como causa de nulidad de pleno derecho o de mera anulabilidad, puesto que también cuando se invoca un motivo de mera anulabilidad su estimación lleva consigo la anulación de la actuación impugnada contraria a derecho, siendo por otro lado manifiesto que una infracción flagrante de la LCSP no puede ser considerada como una mera irregularidad no invalidante de conformidad con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 48 de



la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado y el apartado 11 del Cuadro de Características anexo al PCAP anulado por falta de motivación de la decisión de no admitir la presentación electrónica de ofertas, si bien, como se declaró en la Resolución nº 1077/2018, de 23 de noviembre de 2018, procede advertir que, si retrotraídas las actuaciones el órgano de contratación puede acreditar en el expediente, mediante un informe justificativo suficientemente motivado, la concurrencia de la causa de excepción prevista en la disposición adicional decimoquinta, apartado 3, letra c), de la LCSP, podrá establecerse en el anuncio que de nuevo se publique y en el PCAP la presentación de las ofertas por medios distintos de los electrónicos.

Sexto. En el segundo de los motivos de impugnación se impugnan los criterios de solvencia económica y financiera exigidos en el apartado 6 del Cuadro de Características anexo al PCAP, en dos aspectos concretos:

- Se considera que la exigencia de un volumen anual de negocios del licitador en el ámbito al que se refiere el contrato, referido al mejor ejercicio de los tres últimos disponibles, por importe igual o superior a 1,5 veces el valor estimado del contrato no es proporcionada, limita la concurrencia e infringe el artículo 11.4 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el informe elevado por el órgano de contratación se pone de manifiesto que la cláusula impugnada es plenamente acorde con lo establecido en el artículo 87.1.a) LCSP, no pudiendo admitirse la pretensión del recurrente de aplicar una norma reglamentaria del año 2001 sobre una norma legal de 2017.

En este caso asiste la razón al Ayuntamiento, puesto que la mera lectura del artículo 87.1.a) LCSP evidencia que resulta ajustado a derecho establecer como requisito de solvencia económica y financiera un determinado volumen de negocios que no excede de una vez y media el valor estimado del contrato, permitiéndose incluso en supuestos



excepcionales y debidamente motivados la fijación de umbrales más elevados. Y, dado que la LCSP reconoce a los órganos de contratación esta posibilidad, no resulta admisible la pretensión de limitarla mediante la aplicación de una norma de rango inferior y, además, de vigencia muy anterior en el tiempo a la que ampara la decisión del órgano de contratación.

- Se considera asimismo desproporcionada la exigencia de disponer de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales por importe igual o superior a 3.000.000 euros, como medio alternativo al volumen de negocios para acreditar la solvencia. Se considera desorbitada esta cantidad, afirmando que según los usos y costumbres el seguro de responsabilidad por riesgos profesionales no suele exceder de 300.000 euros.

En el informe del órgano de contratación se expresan las razones por las que no se puede considerar desproporcionada esta exigencia, teniendo en cuenta las cuantías de los expedientes jurídicos del Ayuntamiento a los que se refieren los servicios, los riesgos inherentes a la prestación, así como las coberturas que son habituales en el sector, poniendo ejemplos concretos de pólizas ofertadas por diversos Colegios de Abogados en los que importes asegurados similares se cubren con primas anuales perfectamente asumibles con el Presupuesto Base de Licitación fijado en el contrato.

También en este aspecto ha de darse la razón al órgano de contratación, al que, para la determinación del importe de responsabilidad civil que debe cubrir el seguro de riesgos profesionales, ha de reconocérsele un ámbito de discrecionalidad, puesto que es dicho órgano el que está mejor facultado para valorar los riesgos inherentes a la prestación del servicio. Obviamente esta discrecionalidad no puede ser absoluta ni puede amparar la imposición de barreras a la libre competencia mediante la fijación de obligaciones de cobertura de riesgos no vinculados al contrato o por importes desorbitados, pero en el concreto caso examinado no cabe apreciar ninguna de estas circunstancias, puesto que el recurrente no justifica en modo alguno los usos y costumbres que invoca, siendo por otro lado perfectamente atendibles las razones expuestas en el informe de contratación para exigir la cobertura mínima establecida en el pliego.

El motivo, por lo expuesto, se desestima por completo.



Séptimo. En el siguiente motivo del recurso se pretende la declaración de nulidad del criterio de adjudicación “*oferta económica*” establecido en el apartado 9, 1º del Cuadro de Características, por considerar que establecer un umbral de saciedad no permitido por los artículos 145 y 146 LCSP y la doctrina de este Tribunal.

En el informe elevado por el órgano de contratación se alega que, siendo cierto que existen resoluciones del Tribunal que anulan criterios de valoración que suponen la fijación de umbrales de saciedad mediante la limitación de la puntuación que se asigna a las ofertas económicas a partir de una determinada baja, a partir de la entrada en vigor de la LCSP y el nuevo régimen jurídico de valoración de las ofertas, en el que se refuerza la importancia de los criterios vinculados a la calidad, han de permitirse cláusulas como la impugnada cuando ello obedezca a fines permitidos por el ordenamiento jurídico como dar un mayor peso a los criterios cualitativos y desincentivar ofertas con bajas excesivas.

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. Por ejemplo, la recientísima Resolución nº 484/2019, de 9 de mayo de 2019, resume 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».



Así las cosas, si bien en el supuesto aquí examinado efectivamente se ha establecido un umbral de saciedad en la valoración de la oferta económica que viene a limitar las puntuaciones asignadas a bajas mayores a 10.000 euros –sobre un presupuesto base de licitación de 55.000 euros– no se considera que con ello se hayan infringido los artículos 145 y 146 LCSP que, como se advirtió en la Resolución transcrita, no excluyen la posibilidad de introducir esta clase de limitaciones a la puntuación que cabe asignar al criterio del precio más bajo. Por el contrario, para determinar si el establecimiento de una cláusula como la cuestionada es o no ajustada a derecho, hay que tomar en consideración el conjunto de criterios de valoración que se establecen para la licitación, así como su respectiva ponderación, de modo que solamente procederá anular la cláusula cuanto se detecte que el establecimiento del umbral de saciedad infringe una norma imperativa o contradice los principios que rigen en materia de contratación pública, pudiendo dar lugar a una manipulación de la licitación. Sin embargo, en el pliego cuestionado el criterio “*oferta económica*” es uno más entre los seis criterios evaluables de forma automática que se toman en consideración, teniendo además una ponderación o peso entre los criterios de adjudicación del 20%, de modo que no cabe apreciar que el establecimiento en este criterio de un umbral de saciedad infrinja los preceptos invocados por el recurrente, debiendo desestimarse el motivo.

Octavo. En el último de los motivos del recurso se cuestiona la legalidad del criterio de valoración “*funcionarios públicos*”, mediante el que se valoran las ofertas en las que «*uno o más de los letrados adscritos al contrato hayan accedido como funcionarios de carrera a un cuerpo o escala del grupo A, subgrupo A1, en su condición de licenciados o graduados en Derecho, siempre que hubieren desempeñado como función principal la asistencia y defensa letrada, asignándose 1 punto por cada año completo de servicio activo en puestos con función de asistencia y defensa letrada*», con un máximo de 5 puntos sobre el total de 100 puntos que corresponde a la valoración global de las ofertas.

En el recurso se alega que este criterio es discriminatorio para quienes no ostenten la condición de funcionario público y que lo que debería valorarse, en su caso o adicionalmente, es la prestación de esta clase de servicios en la Administración local cuando se ha realizado en virtud de contratación administrativa.



En el informe elevado por el órgano de contratación se sostiene que se trata de un criterio de valoración perfectamente legal, que toma en consideración la experiencia y composición del equipo técnico que va a ejecutar el contrato, encontrando cobertura tanto en la jurisprudencia del TJUE (asunto C-601/13) como en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, en cuanto permite establecer como criterio de adjudicación *«la organización, cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en el caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato»*.

Así planteada la controversia, además del precepto invocado de la Directiva 2014/24/UE es preciso aludir al artículo 145 LCSP, en cuyos apartados 5 y 6 se establecen los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación, en los siguientes términos:

«5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) 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.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.



6. Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material».

En el recurso no se cuestiona que el criterio impugnado tenga relación con el objeto del contrato –que se admite o da por supuesta– sino que se considera el mismo como injustificado y discriminatorio, proponiéndose como criterio complementario o alternativo el de la experiencia profesional en la prestación de servicios de asistencia jurídica a la Administración local.

Sobre la supuesta falta de justificación del criterio elegido ha de advertirse que en el informe del órgano de contratación se contiene una exposición razonada de los motivos que justifican su elección, puesto que la valoración de la presencia en el equipo de trabajo de funcionarios públicos A1, pertenecientes a un cuerpo al que hayan accedido en su condición de licenciados o graduados en Derecho y con experiencia en puestos con función de asistencia y defensa letrada es perfectamente atendible, siendo un criterio que toma en consideración tanto el elemento de cualificación –la superación de un proceso selectivo– como un criterio de experiencia profesional, indudablemente relacionados ambos con el objeto del contrato.

En cuanto al carácter discriminatorio del criterio, no puede sino observarse que el establecimiento de todo criterio de valoración cualitativo es, por principio, discriminatorio, en cuanto tiende a seleccionar aquellas ofertas de mayor calidad respecto de las que no cumplen –o cumplen en menor medida– con los criterios de selección establecidos. Por ello, para considerar ilegal un criterio de valoración no basta con alegar que es



discriminatorio, sino que es preciso demostrar que el criterio cuestionado establece una discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico –como podría ser cualquier criterio que estableciera una discriminación por razón de sexo, de religión, opinión, etc. proscritas por el artículo 14 de la Constitución Española– o, en caso contrario, demostrar que tal criterio de selección no es adecuado dado el objeto del contrato, puesto que no toma en consideración elementos o circunstancias conducentes a la adjudicación a la oferta con mejor calidad-precio.

Partiendo del razonamiento indicado, ha de señalarse que, como se ha apuntado, el criterio de valoración impugnado toma en consideración tanto un elemento de cualificación de los profesionales adscritos a la ejecución del contrato –la superación de unos determinados procesos selectivos regidos por principios de igualdad, mérito y capacidad– como un elemento de experiencia profesional en las materias que, precisamente, constituyen el objeto del contrato. Indudablemente, ambos elementos están relacionados con el objeto del contrato y, del mismo modo que cabe exigir una determinada titulación académica y profesional al personal adscrito a la ejecución del contrato –de hecho, en la práctica de la contratación pública de servicios vienen siendo uno de los criterios de adjudicación más utilizados–, cuando el objeto del contrato lo permita, cabe igualmente sustituir la mera titulación académica por otra circunstancia que se considere más determinante para la calidad del servicio como, en este caso, lo es haber superado un proceso selectivo riguroso y objetivo como son los establecidos para el acceso a la función pública, seguidos de la experiencia efectiva en las tareas que son objeto de contratación, premiando su desempeño desde la posición propia de los funcionarios públicos. No obstante, es lo cierto que el criterio impugnado, si bien alude a una especial cualificación y experiencia, es discriminatorio por ser demasiado específico y restrictivo, pues no puede negarse que las cualificaciones, experiencia y especial formación que se atribuye a los profesionales funcionarios a que se refiere ese criterio de adjudicación concurren y/o pueden concurrir en otros profesionales con parecidas, semejantes o, incluso, mejores cualificaciones, titulaciones y/o formación, que, sin embargo, no son funcionarios públicos del grupo A1 y que pueden tener o haber obtenido de forma complementaria experiencia profesional semejante a la de aquéllos en la prestación de servicios de asistencia jurídica a la Administración local. Por tanto, al ser el



criterio impugnado muy restrictivo, incurre en discriminación no justificada, por lo que el motivo debe ser estimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.M.P.C. en representación de la mercantil DECISIO CONSULTING, S.L.P. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del “*Contrato de servicio de asesoramiento jurídico externo, asistencia y defensa letrada en los asuntos judiciales, así como representación judicial*”, con expediente SE01/19, convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Torre-Pacheco, declarando la nulidad del apartado 11 del Cuadro de Características anexo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por falta de motivación de la decisión de no admitir la presentación electrónica de ofertas y el criterio nº 6 del apartado 9, criterios evaluables de forma automática, del citado Cuadro de Características, y ordenar retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la aprobación del citado PCAP

Y desestimar el resto de las pretensiones de la recurrente.

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 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 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.