



**Recurso nº 1193/2015**

**Resolución nº 4/2016**

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

En Madrid, a 12 de enero de 2016

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. F.F.F.O., actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN CÍRCULO DE EMPRESAS ANDALUZAS DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSULTORÍA Y OBRA PÚBLICA, CEACOP, contra los anuncios de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación de diversas operaciones de conservación y explotación en carreteras que posteriormente se concretan.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda-Dirección General de Carreteras, convocó licitaciones para la adjudicación por el procedimiento abierto de los contratos de servicios de ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de carreteras con Referencias: 30.88/15-2: 51-CC-0304 (Provincia de Cáceres), 30.94/15-2: 51-CA-0205 (Provincia de Cádiz), 30.87/15-2: 51-GU-0304 (Provincia de Guadalajara) y 30.92/15-2: 51-V-030S (Provincia de Valencia), con sujeción a los Pliegos de Cláusulas Administraciones Particulares que es objeto del recurso.

Los anuncios de licitación fueron publicados en el B.O.E. núm. 267 del día 7 de noviembre de 2015 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 30 de octubre de 2015.

**Segundo.** Contra las citadas convocatorias y los respectivos Pliegos de Cláusulas Administraciones Particulares se interpone por la Asociación Círculo de Empresas



Andaluzas de la Construcción, Consultoría y Obra Pública, CEACOP el recurso especial en materia de contratación.

**Tercero.** Recibido el escrito de impugnación en el Tribunal, se comunicó al órgano de contratación para que emitiera el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), trámite que cumplimentó emitiendo el correspondiente informe en el que se sustenta la legalidad de los Pliegos y de los procedimientos de contratación convocados.

**Cuarto.** Mediante resolución de 3 de diciembre de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** De acuerdo con el art. 41.1 del TRLCSP, este Tribunal es competente para conocer del recurso especial en materia de contratación interpuesto.

**Segundo.** La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, a cuyo tenor: *“Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Efectivamente, la recurrente, ASOCIACIÓN CÍRCULO DE EMPRESAS ANDALUZAS DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSULTORÍA Y OBRA PÚBLICA, CEACOP, ostenta un interés legítimo en la medida en que de conformidad con el artículo 2 de sus Estatutos, es fin de la asociación *“a) La representación, gestión, defensa, desarrollo y fomento de los intereses económico-sociales, empresariales y asociativos comunes a sus miembros”*, así como *“e) Representar, gestionar y defender los intereses empresariales, profesionales y asociativos de sus miembros, frente a la Administración, Organismos Autónomos, Tribunales, Asociaciones. Colegios, Cámaras, Federaciones, Sindicatos de Trabajadores y Técnicos, Personas Físicas y jurídicas o cualesquiera otras entidades...”*.



Por lo demás, el Tribunal ha reconocido reiteradamente la legitimación de asociaciones empresariales, entre otras, y por citar alguna de las más recientes, en la Resolución nº 1042/2015, de 13 de noviembre de 2015 o en la Resolución nº 989/2015, de 23 de octubre de 2015, en la que a su vez se citaba la Resolución nº 29/2011, según la cual *“parece claro que la decisión acerca de si determinadas Cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos”*. En tal sentido (y así se argumenta en la citada resolución) la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 mayo 2008), donde hay una relación unívoca y concreta de la asociación recurrente con el objeto del recurso.

Debe, por todo ello, concluirse que CEACOP está legitimada para plantear su pretensión de anulación y revisión de los Pliegos de Cláusulas Administraciones Particulares.

**Tercero.** De acuerdo con el art. 40.2, a) del TRLCSP, el recurso se interpone frente a actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, en concreto, contra los Pliegos de Cláusulas Administraciones Particulares que han de regir en los procedimientos de licitación para la contratación de diversas operaciones de conservación y explotación en diversas carreteras y las correspondientes convocatorias.

**Cuarto.** En la medida en que el objeto de las cuatro licitaciones convocadas es de idéntica naturaleza, la publicación de las convocatorias se realiza simultáneamente y los Pliegos de Cláusulas Administraciones Particulares impugnados son idénticos en los puntos cuestionados por el recurso, el objetivo de asegurar la coherencia de las resoluciones en relación con todos esos procesos de contratación y con Cláusulas idénticas de los distintos Pliegos, justifica la acumulación inicial realizada en el recurso y que las cuestiones suscitadas sean objeto de una única resolución de este Tribunal.

**Quinto.** El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 44.2 TRLCSP.



**Sexto.** Mantiene la recurrente que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares contienen determinados errores o defectos formales y que las previsiones de las Cláusulas 13 y 15 son contrarias a la ley.

Por lo que se refiere a los defectos formales denunciados, básicamente errores del “cuadro de características” en designación de Cláusulas del Pliego, el informe del órgano de contratación acepta que “Efectivamente se constata lo indicado en el recurso en cuanto a los errores formales detectados en el cuadro de características:

Errores en el apartado 15.- del Cuadro de características.

- Donde dice "En la Cláusula 10, debería decir En la Cláusula 13".
- Donde dice "En la Cláusula 11, debería decir En la Cláusula 14".
- Donde dice "En la Cláusula 12, debería decir En la Cláusula 15".
- Donde dice "En la Cláusula 13, debería decir En la Cláusula 17".

Se trata de errores materiales, que entiende que no son invalidantes, en lo que coincide la recurrente, aunque en caso de que se considerase oportuno, podrían ser subsanados con carácter previo a la licitación, si bien entiende que no resulta imprescindible.

Aceptado que estamos ante simples errores de referencia, que se revelan incapaces de inducir a error a los concurrentes a las diversas licitaciones, han de ser calificados como errores no invalidantes cuya subsanación no es imprescindible.

**Séptimo.** Razona el recurso que la Cláusula 15 de los respectivos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares sólo aparentemente respeta el artículo 150.2, párrafo segundo TRLCSP, según el cual:

*En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente*



*con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.*

La infracción del precepto se produce al utilizarse fórmulas matemáticas que no otorgan en realidad una mayor preponderancia a los criterios evaluables mediante fórmulas, a pesar de que en el apartado 15 "Criterios de Valoración" del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se establece la preponderancia de la puntuación económica de la oferta –hasta 70 puntos- sobre la puntuación técnica –hasta 30 puntos-. Sin embargo un examen riguroso y detenido de la Cláusula pone de manifiesto justamente lo contrario.

De acuerdo con la Cláusula 15, *Enumeración y puntuación de los criterios evaluables mediante fórmulas*: Se puntuará en este apartado el precio que se valorará de 0 a 100 puntos. Se entiende a estos efectos por precio la cantidad que figura en la proposición económica, IVA excluido.

Para la valoración económica de una oferta (PE) se procederá del siguiente modo:

- Se asignarán 100 puntos a la oferta más económica (OE<sub>max</sub>).
- Se asignarán 0 puntos al presupuesto de licitación (PL).
- Si la baja máxima es menor o igual a X1 (BAJ<sub>Amax</sub> < x1):

$$PE = \frac{(PL-OE)}{(PL-OE_{max})} 100$$

- Si la baja máxima es mayor a X1 (BAJ<sub>Amax</sub> > X1):

Si OE > OE<sub>x1</sub>

$$PE = \frac{(PL-OE)}{(PL-OE_{x1})} Y1$$

Si OE < OE<sub>x1</sub>

$$PE = (100 - Y1) \frac{(OE_{x1} - OE)}{(OE_{x1} - OE_{max})} + Y1$$

Donde:

X1 = Valor fijado en el cuadro de características

Y1 = Valor fijado en el cuadro de características

PE = Valoración económica de la oferta

PL = Presupuesto de licitación

OE = Importe de la oferta

OEmax = Importe de la oferta más económica

BAJAmx= Baja de la oferta más económica

OEx1= Importe de la oferta correspondiente a una baja de X1

Sostiene que del contenido del primer párrafo de esta Cláusula parece desprenderse que el reparto de puntos es lineal y proporcional, pero sólo lo es cuando la baja máxima, es decir, la correspondiente a la oferta más económica, es menor que x1, porque si es mayor que x1, hipótesis que se cumple siempre, el reparto atribuye una ponderación mucho menor a la baja adicional por encima de dicho valor, por lo que existe una desproporción en el reparto de puntos, de modo que en las ofertas económicas que tienen alguna posibilidad de resultar adjudicatarias, las más próximas a la baja máxima, el valor de un punto porcentual de baja se valora con muy pocos puntos, existiendo una gran diferencia con el valor que se atribuiría a un punto de baja si el reparto fuera absolutamente proporcional. Así, los puntos de la valoración económica se diluyen y pierden relevancia frente a los criterios técnicos no valorables mediante fórmulas, de modo que con una diferencia de 3 puntos en la valoración técnica se es adjudicatario con toda seguridad. En la práctica, ello implica que se deja al arbitrio del órgano de contratación la adjudicación de la licitación.

En la simulación que presenta se observa que del cero al diez por ciento de baja se adjudican linealmente hasta noventa puntos (Y1=90) y en lo sucesivo, en otro tramo de baja del 10% o hasta la baja máxima, se reparten los 10 puntos restantes; en este tramo, un punto de baja tiene una puntuación de menos de 0,50 puntos.



En definitiva, el Pliego con el cuadro de características establecen un precio de oferta de referencia (x1) a partir del cual las bajas económicas reciben escasa ponderación y tienen escasa relevancia.

Señala el informe del órgano de contratación que de acuerdo con los Pliegos de Cláusulas Administrativas y en particular con la Cláusula 17, la valoración global de las ofertas (PG) se realizará teniendo en cuenta criterios no evaluables mediante fórmulas (VT) y criterios evaluables mediante fórmulas y en ella se cumple lo recogido en el artículo 150.2 del TRLCSP puesto que se da preponderancia a los criterios que hacen referencia a características del objeto del contrato que pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, con una proporción del 70%, frente al 30% con el que se ponderan los criterios no evaluables mediante fórmulas.

$$PG = \frac{VT \cdot ppt + PE \cdot ppe}{ppt + ppe}$$

Donde:

PG = Puntuación global de la oferta.

VT = Valoración técnica de la oferta.

PE = Puntuación económica de la oferta.

ppt= ponderación de la puntuación técnica

ppe= ponderación de la puntuación económica

Considera en consecuencia que no procede por tanto la constitución de un comité para evaluar las ofertas.

Añade el informe que en realidad la distribución de puntos es lineal, valorándose el precio de 0 a 100 puntos, tal y como se indica en la Cláusula 15. Se asignarán 100 puntos a la oferta más económica presentada por los licitadores y 0 puntos al presupuesto de licitación, estableciéndose dos tramos para la distribución de estas puntuaciones, limitados por el valor x1 (definido en el cuadro de características). En ambos casos (para valores entre 0 y x1 y para valores situados entre x1 y 100), la distribución de las puntuaciones es lineal. Las distintas pendientes definidas para cada uno de los tramos



han sido determinadas por el órgano de contratación para no fomentar que los licitadores propongan bajas elevadas, incompatibles a juicio del órgano de contratación con el objeto del contrato. Para el órgano de contratación, a partir de un determinado valor, el incremento de la baja que pueda ofrecer un licitador debe tener menos peso en la puntuación económica. En cualquier caso el número de ofertas que se encuentren en el primer tramo o en el segundo viene determinado por los licitadores, que son quienes deciden la baja a realizar en cada caso.

**Octavo.** En el análisis de la adecuación al artículo 150.2 de la Cláusula 15 del Pliego ha de partirse de admitir que, en efecto, al disminuir la relevancia en la valoración global de las bajas económicas que superen la cifra de baja considerada razonable por el órgano de contratación, fijada en el cuadro de características como  $x1$ , se produce un efecto homogeneizador de la puntuación que se atribuirá por la oferta económica, dado que se otorga una valoración relativa mucho mayor al tramo por debajo de  $x1$  que disuadirá bajas adicionales, lo que tiene como efecto global que los criterios de valoración técnica no automática adquieren una relevancia relativamente mayor, pudiendo pasar a ser los decisivos con independencia de la ponderación formal que se les atribuya nominalmente en el Pliego. Dicho de otro modo, mediante la utilización de la fórmula de valoración establecida en la Cláusula 15 se induce la oferta en torno al valor  $x1$  y se propicia que sean los criterios de valoración no automática los determinantes de la adjudicación.

Con ello, aunque formalmente se respete la ponderación establecida en la Cláusula 17, se homogeneiza la valoración de la oferta económica, lo que desplaza hacia los criterios de valoración técnica no automática el fundamento de la adjudicación, en contra de la finalidad de dicha Cláusula 17 y, sobre todo, de la que inspira el artículo 150.2 párrafo segundo TRLCSP, que de este modo resulta eludida.

Cabría razonar, como implícitamente sugiere el informe del órgano de contratación, que el artículo 150.2, párrafo segundo, TRLCSP no impide de modo absoluto que sean los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor los determinantes de la adjudicación, sino que se limita a señalar que cuando lo sean *“deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá*





realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.” Por ello, si resultara ajustado a la ley que el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares intente disuadir a través de los criterios de adjudicación las bajas económicas anormales o temerarias en las ofertas, dejando de valorarlas o disminuyendo significativamente su valoración a partir del límite de la baja considerada a priori razonable, bastaría con recurrir a la apreciación de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, que pueden haber adquirido en la práctica una preponderancia, por comité de expertos u organismo técnico especializado para que formalmente quedara salvado el inconveniente y asegurada la observancia del artículo 150.2, párrafo segundo TRLCSP.

Esta interpretación sería sin embargo contraria a la literalidad de la ley, a su sistemática y, sobre todo, a su finalidad.

**Noveno.** En primer lugar, el propio artículo 150.2, párrafo segundo, no sólo impone la valoración por comité de expertos u órgano especializado de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor cuando se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a aquellos otros cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, sino que parte de establecer como regla general la de que *“En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.”*

Esta es la regla general, de modo que el establecimiento de fórmulas que pongan en cuestión la preponderancia de los criterios de valoración automática frente a aquellos cuya valoración requiere un juicio de valor, como es el caso, es contrario al artículo 150.2, párrafo segundo, que no habla de ponderación, sino de “preponderancia”, que podría quedar excluida aun manteniendo la ponderación formal de los criterios de valoración automática.

**Décimo.** Pero además, el tratamiento de las bajas anormales o temerarias ha de seguir los criterios y procedimientos establecidos en el artículo 152 TRLCSP y aunque los Pliegos puedan establecer elementos o referencias para su identificación, no son los criterios de adjudicación el instrumento idóneo para disuadir bajas anormales o temerarias. Lo que por otra parte se corresponde con la finalidad de los preceptos legales que inciden en la materia que, por una parte, pretenden identificar y excluir las ofertas que razonablemente se consideren irrealizables, pero también y sobre todo, seleccionar la oferta económicamente más favorable.

**Undécimo.** En diversas resoluciones de este Tribunal se han examinado los llamados “umbrales de saturación” para la valoración de la oferta económica. En la Resolución nº 326/2015, de 10 de abril de 2015, en la que el recurso reprochaba la limitación de las mejoras económicas a ofrecer mediante el establecimiento de un umbral, se refiere al informe nº 760 del Tribunal de Cuentas, de 26 de abril de 2007, relativo a la contratación en el ámbito de la Seguridad Social, en los ejercicios 2004 y 2005 señalando que “... las Entidades Gestoras y la TGSS, deberían renunciar al establecimiento de umbrales de saciedad en la valoración del criterio económico, puesto que a través de ellos se está penalizando a las ofertas más baratas de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado a la Administración, no obtienen una mayor puntuación. Esta actuación supone que la Seguridad Social renuncia a priori y de forma automática a la obtención de una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no permite tampoco la formulación de alegación alguna por parte de los contratistas en justificación de su oferta a pesar de que, con carácter previo, ya han acreditado convenientemente su solvencia para la ejecución del contrato (...) Cabe añadir finalmente, que si con este tipo de límites los órganos de contratación pretenden excluir posibles proposiciones anormalmente bajas que pudieran poner en peligro la posterior ejecución correcta del contrato, a juicio de este Tribunal, el medio adecuado para lograrlo debe ser la regulación expresa en los pliegos de Cláusulas administrativas particulares de la baja temeraria, garantizando asimismo el otorgamiento del trámite de audiencia al contratista (artículos 86 y 83.3 del TRLCAP)”. Y en el caso entonces analizado por este Tribunal, se entendió que la Cláusula que imponía un umbral de saciedad limitaba las mejoras de las posibles ofertas sobre el canon mínimo a una cantidad máxima, sin que a partir de dicha cantidad se pudieran valorar las ofertas superiores que pudieran hacerse,

lo que se consideró carente de justificación, pues no hay razón alguna para que no puedan proponerse ofertas superiores sobre el canon mínimo con el consiguiente incremento de puntos para tales ofertas y el consiguiente beneficio económico para la Administración.

Y en la Resolución nº 924/2015, de 15 de octubre de 2015, se concluye que “...nuestro Ordenamiento contempla un cauce específico para hacer frente a dichas ofertas (las anormales o temerarias), y ése no es otro que la fijación en los Pliegos de umbrales para considerar que una proposición no puede ser cumplida (artículo 152 TRLCSP). La ecuación o regla que se emplee con el propósito de valorar el criterio del precio debe servir ante todo para identificar, en unión de los restantes criterios de adjudicación, a la oferta económicamente más ventajosa, y no a juzgar acerca de la viabilidad de la misma.”

En el caso ahora considerado no existe un tope absoluto para las bajas, que son nominal y formalmente posibles más allá del límite de referencia fijado, pero se establece un criterio de valoración que las priva de relevancia práctica, en correspondencia con el objetivo confesado de la fórmula que consiste en disuadir bajas que el órgano de contratación considera incompatibles con el objeto del contrato. Su efecto es pues semejante al de los umbrales de saturación tratados por el Tribunal, de modo que puede afirmarse que se está penalizando a las ofertas más baratas de tal modo que, por debajo de ese determinado límite o umbral, aunque bajen el precio ofertado a la Administración, no obtienen una puntuación relevante, de modo que se disuade una posible mayor baja o economía en el contrato, al tiempo que no se permite la formulación de alegación alguna por parte de los contratistas en justificación de su oferta de modo que la baja obtenga una puntuación relevante.

Ha de reiterarse pues en relación con la impugnada Cláusula 15 del Pliego que la ecuación o regla que se emplee con el propósito de valorar el criterio del precio debe servir ante todo para identificar, en unión de los restantes criterios de adjudicación, a la oferta económicamente más ventajosa, y no a juzgar acerca de la viabilidad de la misma y que nuestro ordenamiento contempla un cauce específico para tratar las bajas anormales o temerarias y este no es otro que la fijación en los Pliegos de umbrales para considerar que la proposición no puede ser cumplida (artículo 152 TRLCSP).

De conformidad con lo expuesto, la Cláusula 15 del Pliego es contraria al artículo 150.2, párrafo segundo, del TRLCSP.

**Duodécimo.** Por lo que se refiere a la Cláusula 13, igualmente impugnada, se mantiene en el recurso que las empresas que son actuales adjudicatarias de los contratos que ahora concluyen y se vuelven a licitar, tienen una clara ventaja respecto al resto de los licitadores que implica una discriminación.

Según la Cláusula 13, *Enumeración de los criterios no evaluables mediante fórmulas:*

*Los criterios no evaluables mediante fórmulas se valorarán con 100 puntos. La valoración final de los aspectos técnicos de la oferta (PT) se obtendrá mediante la fórmula establecida en la Cláusula 11.*

*Se valorarán en este apartado los siguientes criterios:*

*a1) Análisis de las características básicas de los tramos de carreteras principales incluidas en el contrato en relación con el objeto del mismo, especificando como influirán aquellas en el desarrollo de su ejecución y qué objetivos se pretenden alcanzar.*

*a2) Organización de las actividades que se propone para la realización de las actividades del Grupo 1 incluidas en el contrato.*

*a3) Análisis, programación y objetivos prioritarios a conseguir con las operaciones del Grupo II.*

*a4) Características de las instalaciones y equipamiento ofertados.*

*a5) Aportaciones al avance tecnológico e I+D+i Plan de Aseguramiento de la Calidad y Gestión Medioambiental y Plan de Seguridad y Salud de las actividades que se contratan.*

*Se establecen las siguientes puntuaciones máximas para la valoración de los citados criterios, identificándose en el cuadro de características la categoría a la cual, en base a las características propias del sector, pertenece este contrato:*

*Categoría O:*

*a1): Hasta 15 puntos*

*a2): Hasta 35 puntos*

*a3): Hasta 25 puntos*

*a4): Hasta 10 puntos*

*a5): Hasta 15 puntos*

*Categoría 1 (Sector con instalaciones nuevas que sean relevantes para la ejecución del contrato). En ningún caso, el presupuesto de dichas instalaciones superará el 50% del presupuesto del contrato:*

*a1): Hasta 15 puntos*

*a2): Hasta 35 puntos*

*a3): Hasta 25 puntos*

*a4): Hasta 10 puntos*

*a5): Hasta 15 puntos".*

Sostiene el recurso que los criterios a1) a a4), ambos inclusive, de la Cláusula 13 del PCAP en los que establecen y valoran "los criterios no evaluables mediante fórmulas (o subjetivos)" conculcan flagrantemente los principios generales de la contratación: igualdad, transparencia, concurrencia, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, pues están directamente relacionados con los tramos de carreteras a mantener y conservar y las empresas que en el momento de la licitación son las adjudicatarias del contrato que está a punto concluir tiene una clara ventaja frente al resto de los licitadores, pues conocen a la perfección los tramos y las necesidades de organización que más valora la administración, lo que les coloca en una clara situación de ventaja.

Hace cita en apoyo de su tesis del Preámbulo de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que señala como objetivo el de

prohibir la *discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública*, así de su artículo 44 que añade a las Cláusulas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 32 TRLCSP una nueva letra d) por la que se consideran nulas “*d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.*” Igualmente transcribe el artículo 45 de la Ley 14/2013, sobre *Prohibición de discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública*, según el cual, en sus procedimientos de contratación, no podrá otorgarse ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

Por su parte, el informe del órgano de contratación destaca que en el apartado a1) de la Cláusula controvertida se valora el "*Análisis de las características básicas de los tramos de carreteras principales incluidas en el contrato en relación con el objeto del mismo, especificando como influirán aquellas en el desarrollo de su ejecución y qué objetivos se pretenden alcanzar*", que es criterio que se viene recogiendo desde hace años en los Pliegos de los contratos licitados, lejos de favorecer a las empresas adjudicatarias de los contratos en vigor, pretende dar igualdad de oportunidades a todos los licitadores de la conservación de infraestructuras en cuanto tiene por objetivo valorar el nivel de conocimiento de los licitadores de características básicas de las carreteras objeto del contrato: tráfico, geométricas, climatológicas, etc., que pueden ser conocidas por cualquier licitador al ser toda esta información pública y notoria. Con este apartado se pretende conocer la forma en que para cada licitador, se ven afectadas por las características de la infraestructura objeto del contrato las actuaciones básicas de conservación a ejecutar, y de qué manera éste las ha tenido en cuenta.

De igual manera en el apartado a4) se pretende conocer el enfoque que cada licitador da o bien a la construcción de las nuevas instalaciones o la conservación de las existentes. La relación de las instalaciones existentes se recoge en el Anejo nº 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas de cada contrato licitado, por lo que esta información permite a todos los licitadores plantear las alternativas que considere oportunas tanto en cuanto al mantenimiento de las existentes, como en lo relativo a nuevas instalaciones.

En la medida en que la alegación del recurrente se basa en el carácter discriminatorio de uno de los criterios de adjudicación debemos comenzar recordando que los criterios de adjudicación no deben ser discriminatorios, como se desprende del artículo 139 del TRLCSP que indica que “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y ajustarán su actuación al principio de transparencia”. El artículo se refiere tanto a los licitadores como a los potenciales candidatos, en la medida en que el principio de igualdad de trato también implica que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad en el momento de presentar sus ofertas. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica y también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros, C-87/94) y que tiene por finalidad “favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia” (Sentencia del Tribunal de Justicia 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C- 513/99, apartado 81 y la jurisprudencia que allí se cita).

Ahora bien, el establecimiento de condiciones que están íntimamente ligadas al objeto del contrato y que derivan del conocimiento de datos o informaciones públicas o que pueden obtenerse directamente por los licitadores, resulta lógicamente necesario si han de utilizarse criterios de adjudicación que sean objetivamente estén vinculados con el servicio que ha de prestarse y sean relevantes. Que se requiera un análisis de características, que se califican de básicas, de los tramos de carretera en los que ha de incidirse y de su posible influencia en la ejecución del contrato y en la fijación de objetivos a alcanzar, puede permitir a los licitadores mejorar los enfoques de otros, en particular, los puestos de manifiesto por la ejecución de los contratos anteriores por los vigentes adjudicatarios, por lo que no solo no es contrario a la igualdad, sino que puede contribuir a asegurarla.

Los criterios controvertidos permiten ofrecer mejoras sobre la forma de ejecución y consecución de objetivos, la organización de la actividad, la programación y las instalaciones y su conservación. Son criterios suficientemente amplios, al menos a la vista del enunciado del Pliego cuestionado, sin que las razones ofrecidas por el recurso permitan a este Tribunal alcanzar la convicción de que comportan una restricción de la igualdad, o de los principios de concurrencia y competencia.

Por otra parte, no se trata de que se valore como criterio de adjudicación la experiencia, por lo que no se otorga ventaja directa y expresa alguna al adjudicatario actual, sino que se recaban los enfoques de los licitadores sobre la actividad a desarrollar en relación con las circunstancias de las vías principales, en lo que perfectamente se conecta objetivamente con la mejor ejecución del contrato, algo plenamente justificado y conforme con los principios de la contratación, permitiendo además a cualquier licitador mejorar los planteamientos de otras ofertas concurrentes.

Nada de discriminatorio tiene pues que se pida al licitador alguna concreción sobre la forma de ejecución, la fijación de objetivos adecuados a la característica de las vías principales, sobre la programación y organización de la actividad o sobre las instalaciones nuevas precisas o la conservación de las existentes. En todo caso, este Tribunal no ha sido persuadido de que los criterios de la Cláusula 13 del Pliego que son cuestionados por el recurso, entrañen una discriminación.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por interpuesto por D. F.F.F.O., actuando en nombre y representación de la ASOCIACIÓN CÍRCULO DE EMPRESAS ANDALUZAS DE LA CONSTRUCCIÓN, CONSULTORÍA Y OBRA PÚBLICA, CEACOP, contra los anuncios de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la adjudicación por el procedimiento abierto de los contratos de servicios de ejecución de diversas operaciones de conservación y explotación de carreteras con Referencias:



30.88/15-2: 51-CC-0304 (Provincia de Cáceres), 30.94/15-2: 51-CA-0205 (Provincia de Cádiz), 30.87/15-2: 51-GU-0304 (Provincia de Guadalajara) y 30.92/15-2: 51-V-030S (Provincia de Valencia), anulando la Cláusula 15 de los respectivos Pliegos por no ser conforme a Derecho.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

**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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.