

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 2 de septiembre de 2021

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de BPXPORT XXI, SLU (en adelante, BPXPORT), contra los pliegos de contrato “Servicios de asistencia técnica de monitores, profesores, socorristas, DUE´s, entrenadores y técnicos deportivos para las escuelas, cursos, actividades, para puntos de información, para sala de fisioterapia y el mantenimiento de las pistas de pádel, campo de béisbol y piscinas del ayuntamiento de Villalbilla”, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE con fecha 1 de agosto de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 7.437.707,28 euros, con un plazo de ejecución de 36 meses.

**Segundo.-** El 11 de agosto de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de BPXPORT contra los pliegos del contrato de referencia.

**Tercero.-** El 18 de agosto del 2021, el órgano de contratación remitió al expediente de contratación y el informe, a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

**Cuarto.-** No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un potencial licitador cuyos intereses legítimos se pueden ver afectados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.a) de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados el 4 de agosto de 2021, interponiéndose el recurso el 11 de agosto de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Quinto.-** El recurso se fundamenta en dos motivos:

1.- Infracción del artículo 145 del LCSP respecto a las mejoras incluidas como criterio de adjudicación.

2.- Ilegalidad del criterio de proporcionalidad inversa en la valoración de la oferta económica.

5.1 Respecto al primero, antes de entrar en el fondo de asunto resulta conveniente destacar que la cláusula Duodécima relativa a los CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, apartado “Mejoras propuestas” del PCAP “Se valorará con 10 puntos las siguientes mejoras. La valoración máxima de cada una de ellas será la siguiente:

**MEJORAS PROPUESTAS**

*Mejora por importe del 12% del total del contrato (IVA incluido) para tres años.*

**10 PUNTOS**

*Se valorará en la oferta las iniciativas innovadoras de impacto social, transmisora de valores sociales que estén dirigidas a una mejor interrelación de los individuos.*

*Se valorarán las mejoras que tengan impacto medio ambiental, tanto con equipamiento como con cambios de metodología en trabajo en los procesos de mantenimiento de las instalaciones deportivas que sean beneficiosas para los usuarios.*

*Se valorarán las mejoras de impacto social que estén enfocadas al sector juvenil para permitir un mayor desarrollo personal e integración en la sociedad actual.*

*Se valorarán la mejora sin coste adicional del número de horas presenciales de los coordinadores y monitores, personal de mantenimiento, personal de puntos de información en distintas tareas que son complementarias a las especificadas en el pliego.*

*Se valorará el proyecto de organización y realización de torneos, competiciones, exhibiciones de deportes minoritarios y con participantes de distintas capacidades.*

*Se valorará el compromiso de que el nuevo personal contratado tenga una relación indefinida con la empresa adjudicataria (a excepción del personal subrogable obligatoriamente), este compromiso redundará en una mejora en la estabilidad laboral en nuestro municipio.*

*Se valorará las aportaciones económicas o de material a distintos deportistas, equipos deportivos de nuestro municipio para la esponsorización.*

*Se valorará que entre el personal contratado por la empresa que realiza la oferta tengan titulaciones de árbitros, jueces, etc.*

*Se valorará la inversión en equipos y software para la digitalización de los trabajos relacionados en este pliego.*

*Se valorarán las mejoras en las instalaciones existentes tanto para su renovación, mantenimiento o realización de nuevas infraestructuras.*

*Se valorará la dotación de mejoras que las empresas ofertantes puedan sugerir a la Concejalía de Promoción y Gestión del Deporte por medio de la citada oferta para mejorar la sala de fisioterapia.*

*Todas las mejoras deberán estar acompañadas de una descripción técnica que sirva para su valoración, así como de su valoración económica.*

*Para conseguir la totalidad de los puntos la suma de las mejoras, según valoración realizada por los Servicios Técnicos Municipales en el ámbito de los trabajos realizados por la Mesa de Contratación, ha de alcanzar el 12% del total del*

*contrato (539.977,55€, IVA incluido) para tres años, valorándose el resto de propuestas que no lleguen al 12% de forma proporcional.*

*Las mejoras ofertadas deberán ejecutarse a lo largo de los tres años de duración del contrato, concretándose dichos momentos de ejecución según criterio del personal responsable de la ejecución del contrato”.*

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indeterminación de las mejoras que irían en contra de la previsión legal y de los intereses legítimos de cualquier licitador.

Considera que, teniendo en cuenta que toda mejora supone un plus sobre los requisitos fijados en el pliego y una ventaja para la Administración que puede obtener sin sobrecoste alguno, es necesario que su admisión esté sujeta a unos límites. Es por ello que numerosas resoluciones se pronuncian sobre la determinación exigible en los pliegos a los criterios de adjudicación, y concretamente sobre los requisitos que han de reunir las mejoras. La mejoras indeterminadas establecidas en los Pliegos Administrativos que han de regir la licitación por parte del órgano de contratación del Ayuntamiento de Villalbilla, se corresponden con una fórmula imprecisa que no permiten conocer los concretos elementos sobre los que resultarán admisibles esas mejoras, pues en la redacción empleada vienen a tener cabida iniciativas de una forma genérica, estando, por tanto, la valoración de las mejoras supeditadas a criterio subjetivo del órgano de contratación. En consecuencia, los Pliegos Administrativos utilizan conceptos tan abstractos e imprecisos que dejan a la absoluta discrecionalidad del Ayuntamiento de Villalbilla la admisión y valoración de las mejoras, pudiendo resultar finalmente decisivas en la adjudicación del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación alega que, en contra de lo manifestado por el recurrente y conforme a lo establecido en el artículo 145 de la LCSP, el criterio de adjudicación, sometido a juicio de valor, se encuentra suficientemente detallado en el PCAP en tanto que se precisa y detalla los aspectos

sujetos a evaluación y las pautas necesarias para su ponderación, de modo que, suponiendo dichos criterios un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador de las ofertas, no otorgan al mismo una libertad de decisión ilimitada, favoreciendo con ello la igualdad y transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas, de forma tal que en función de cómo queden plasmados en cada propuesta así será valorada la misma.

Señala que, de acuerdo con la doctrina de los Tribunales de resolución de recursos contractuales (cita diversas resoluciones del Tribunal de Andalucía) la configuración de la mejora, dentro de los criterios de adjudicación sometidos a juicios de valor, en las que se indica que, conforme a la doctrina de los distintos órganos de resolución de recursos contractuales, la objetividad e imparcialidad en la valoración de las ofertas y el respeto al principio de igualdad de trato entre licitadores exigen que los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor precisen y detallen los aspectos sujetos a evaluación y las pautas necesarias para su ponderación, de modo que, suponiendo dichos criterios un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador de las ofertas, no pueden otorgar al mismo una libertad de decisión ilimitada, debiendo favorecer la igualdad y transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas. En la cláusula controvertida se detallan los aspectos sujetos a evaluación. Así mismo, se detallan las pautas necesarias para su ponderación, de modo que, suponiendo dichos criterios un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador de las ofertas, no otorgan al mismo una libertad de decisión ilimitada, favoreciendo con ello la igualdad y transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

Concluye afirmando que el criterio de adjudicación, considerando su carácter de criterio sometido a juicio de valor, ha sido regulado con pleno cumplimiento a lo establecido en el artículo 145 de la LCSP, y en concreto en sus apartados 5, referido a los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación, y 7, referido a las especificaciones que, en concreto, deben cumplir las mejoras, encontrándose suficientemente detallado en el PCAP en tanto que se precisa y detalla los aspectos

sujetos a evaluación y las pautas necesarias para su ponderación, de modo que, suponiendo dichos criterios un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador de las ofertas, no otorgan al mismo una libertad de decisión ilimitada, favoreciendo con ello la igualdad y transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas, de forma tal que en función de cómo queden plasmados en cada propuesta así será valorada la misma.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si el criterio de adjudicación es ajustado a derecho.

A este respecto, la configuración de los criterios de adjudicación está establecida en el artículo 145 de la LCSP denominado *“requisitos y clases de criterios de adjudicación”* que regula con carácter genérico en su apartado 5 que *“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 (...).”*

De lo anterior se infiere que los criterios de adjudicación han de estar necesariamente vinculados al objeto del contrato y suficientemente determinados en los pliegos que rigen la licitación.

Asimismo, el citado precepto regula las mejoras en su apartado 7 al disponer *“En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas.*

*Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato”.*

*En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.*

*Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.*

*Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación”.*

Aplicando lo anterior, se debe analizar si la mejora objeto de controversia establecida como criterio de adjudicación cumple los parámetros establecido en el citado artículo, en contra de la indeterminación de su redacción alegada por el recurrente.

Como señalábamos en nuestra Resolución 34/2018, de 24 de enero “Los apartados 4 y 5 del artículo 150 del TRLCSP establecen que los criterios de valoración de las ofertas deben estar previamente determinados en el anuncio de licitación o en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas. El objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Es decir, los criterios de adjudicación y el conocimiento de cómo se aplicarán, por una parte, es un elemento orientador de la elaboración de la oferta y, por otra parte, determinante de la adjudicación.



*Cabe recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la posibilidad de que los órganos de valoración aprecien los criterios de adjudicación en función de los elementos que consideren convenientes, como una manifestación del principio de discrecionalidad técnica. Así en su Sentencia de 7 de julio de 2011 (recurso de casación nº 4270/2009), trayendo a colación otra anterior de 18 de julio de 2006 (recurso de casación nº 693/2004), admite dicha posibilidad afirmando "(...) existiendo, como existe un órgano técnico para efectuar la evaluación y habiendo este señalado los criterios de adjudicación, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, sentencias 11 de diciembre de 1998, 14 de julio de 2000 y 13 de octubre de 2004, y del Tribunal Constitucional, sentencia de 17 de mayo y auto 8 de junio de 1983, la revisión de esa evaluación, solo podía aceptarse, cuando, bien, no hubiera aplicado a todos los concursantes los mismos criterios, bien cuando esa evaluación no se ajustara a las bases del concurso, bien cuando existiera dolo, coacción o error manifiesto".*

*Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 24 de noviembre de 2005, dictada en el asunto C331-04, ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc y otros contra ACTV Venezia SpA y otros, -ratificada por la Sentencia 24 de enero de 2008, As. C 532/06 Emm. G. Lianakis AE y otros contra Dimos Alexandroupolis y otros- afirma que: "el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:*

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores".*

*Siendo con carácter general admisible la concreción de la forma de valorar, atribuyendo distinto peso específico a los distintos elementos a tener en cuenta de las ofertas con posterioridad a la apertura de las mismas, debe examinarse si en el caso que ahora nos ocupa se dan o no los presupuestos de validez establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para la fijación de los mencionados elementos, realizando una ponderación adecuada que concilie al caso concreto los principios de publicidad y concurrencia propios de la contratación administrativa, con la discrecionalidad técnica que ostenta el órgano de contratación, de modo que el cumplimiento estricto de los primeros haga imposible que entre en juego la arbitrariedad”.*

En el caso que nos ocupa, se especifican las características de la herramienta a ofertar por los licitadores como mejora y cómo se va a valorar, lo que resulta necesario para que los licitadores puedan preparar sus ofertas. En este sentido, los pliegos establecen que todas las mejoras deberán estar acompañadas de una descripción técnica que sirva para su valoración técnica, así como de su valoración económica. Para conseguir la totalidad de los puntos la suma de las mejoras, según valoración realizada por los Servicios Técnicos Municipales en el ámbito de los trabajos realizados por la mesa de contratación, ha de alcanzar el 12% del total del contrato (539.977,55 euros, IVA incluido) para tres años, valorándose el resto de propuestas que no lleguen al 12% de forma proporcional.

Se establece, por tanto, un límite a las mejoras ofertadas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 145.7 de la LCSP, estando todas ellas relacionada con el objeto del contrato, que como puede apreciarse incluye un gran número de actuaciones. La valoración por parte de los técnicos municipales de su idoneidad y su valoración económica real para asignar de forma objetiva la puntuación correcta a las mejoras presentadas por las empresas licitadoras, entra dentro de los márgenes de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación. Como alega el órgano de contratación, se permite que cada empresa proponga, de todos los aspectos en los que se pueden proponer mejoras, las que más convengan económica y

técnicamente para el mejor desarrollo de las condiciones técnicas exigidas en los pliegos. Así, podría ocurrir que alguna empresa prefiera hacer más hincapié en mejoras encaminadas a realizar eventos, otras en mejorar equipamiento en el sector juvenil, otras al campo del mantenimiento y otras en mejorar las instalaciones o equipamiento.

Por todo lo anterior, debe considerarse que la cláusula objeto de recurso es ajustada a derecho, por lo que procede la desestimación del presente motivo de impugnación.

5.2 Respecto del segundo motivo del recurso, procede destacar que el PCAP sobre CRITERIOS CUANTIFICABLES AUTOMÁTICAMENTE en su página 17 establecen lo siguiente:

#### *“CRITERIOS CUANTIFICABLES AUTOMÁTICAMENTE*

##### *Oferta económica*

*Se otorgará 50 puntos al licitador que ofrezca la oferta económica de las actividades deportivas más baja,*

*La puntuación del resto de las ofertas se calculará según la siguiente fórmula:*

*La puntuación del resto de las ofertas se calcula:*

$$V_i = V_{\max} - V_{\max} \cdot \left( \frac{B_{\max} - B_i}{B_{\max}} \right)^{4.5}$$

*Donde:*

*V<sub>i</sub> = Puntuación obtenida por la oferta i*

*V<sub>max</sub> = Puntuación máxima posible (50 puntos)*

*B<sub>max</sub> = Baja máxima (%) entre las presentadas al concurso*

*B<sub>i</sub> = Baja (%) de la oferta i*

*El porcentaje de descuento a aplicar se realizará de forma global en todas las tipologías de precio/hora, precio/alumno o precio/grupo recogidas en el contrato.*

*Todas las cantidades que se introducen en la oferta son con el IVA excluido.*

*La fórmula para el cálculo de los puntos conforma una curva continua, que se desarrolla en el primer cuadrante donde los valores de las abscisas (bajas de las empresas licitadoras) tienen siempre un valor positivo y los valores de las ordenadas (puntos obtenidos por las empresas licitadoras) también tienen siempre un valor positivo.*

*Esta curva pasa por el punto (0, 0) cuando la oferta de la empresa licitadora coincide con el valor económico establecido como máximo en el pliego.*

*La curva se dibuja uniendo los puntos que representan cada una las ofertas de las empresas, por lo que los puntos asignados a cada empresa dependen de las ofertas de todas ellas”.*

La recurrente fundamenta el recurso en que la fórmula económica prevista en el PCA reduce significativamente los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas a partir de un tramo determinado, otorgando una diferencia muy poco significativa entre las puntuaciones de los licitadores. Es decir, no guarda la adecuada proporción en la atribución de puntos entre ellas, ni a las intermedias, siendo la consecuencia que se trata de una fórmula que vulnera el artículo 1 de la LCSP, al considerar que el órgano de contratación ha rebasado el margen de discrecionalidad con el que cuenta para elegir una fórmula u otra. Por ello, considera que la cláusula sobre Criterios cuantificables automáticamente (Oferta económica), no se adecúa a lo establecido en los artículos 1 y 102 de la LCSP, ni tampoco al artículo 145 de dicho texto legal, cuyo apartado 5º, letra b) menciona, entre otros, el principio de proporcionalidad como parámetro configurador de los criterios de adjudicación de los contratos.

Por su parte, el órgano de contratación alega que Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado al respecto admitiendo la posibilidad de establecer umbrales de saciedad en la oferta económica cuando se valoran varios criterios de adjudicación, incluidos elementos o parámetros distintos del precio. Partiendo de la aplicación del criterio calidad-precio como criterio general de valoración de las ofertas y de la preferencia de la utilización de una pluralidad de

criterios de adjudicación en los procedimientos de selección del contratista, que ha sido reconocida en las Directivas comunitarias y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), el TACRC reconoce la capacidad del órgano de contratación para configurar los criterios de valoración con respecto a los requisitos legales, manteniendo siempre una relación con los fines de interés público que se persiguen con el propio contrato público, particularmente, la mejor ejecución de la prestación que constituye su objeto. El órgano de contratación tiene un amplio margen para fijar los criterios de adjudicación del contrato, y la finalidad que debe perseguir al hacerlo debe estar siempre ordenada a obtener la mejor relación entre calidad y precio de la prestación que constituye su objeto. Por esta razón, y como entendemos ocurre en el presente expediente de contratación, los criterios de valoración de las proposiciones deben estar necesariamente orientados a la selección de la oferta económicamente más ventajosa, atendiendo a las características intrínsecas del objeto del contrato y a la forma en que la prestación se va a realizar.

Concluye señalando que fijado adecuadamente por el órgano de contratación el presupuesto base de licitación del contrato con arreglo a la LCSP, circunstancia que no se cuestiona en el recurso interpuesto, y entendiendo que existe un margen para la reducción del precio de las ofertas sin merma de la calidad mínima exigible, se ha modulado el criterio precio en relación con el resto de los criterios previstos para valorar las ofertas, entre los que se encuentra el criterio “*mejoras*” igualmente modulado, para lograr el máximo nivel de calidad y otras características de la prestación perseguidas a través de este último criterio, de modo que, a pesar de que se produzca algún tipo de bajada con respecto al presupuesto, el contrato siga siendo viable en su aspecto técnico y económico. Así, en los PCAP, tras establecerse los criterios de adjudicación, y como garantía de la viabilidad técnica y económica del contrato tras la aplicación de los mismos, a continuación, se concreta el criterio para identificar las ofertas anormalmente bajas.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si el criterio establecido para la valoración del precio es ajustado a derecho.

Respecto a los umbrales de saciedad, este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse entre otras, en la reciente Resolución 27/21, de 21 de enero, en la que manifestábamos *“Vistas las alegaciones de las partes y del análisis de la cláusula objeto de controversia, se comprueba que se establece unos topes máximos de baja, más allá de los cuales, aunque bajen el precio ofertado, no obtienen una mayor puntuación.*

*Nos encontramos, por tanto, ante lo que la doctrina denomina “umbrales de saciedad”.*

*A este respecto, este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse, en consonancia con la doctrina de la mayoría de los Tribunales de resolución de recursos en materia de contratación, entre otras, en su Resolución 5/2019, de 6 de febrero. En la misma se afirmaba “Podemos resumir y concluir que para considerar una fórmula como aceptable debe respetar tres principios que serán: la mayor baja será la que obtenga la totalidad de los puntos del criterio, no se tendrán en cuenta relaciones matemáticas que recaigan sobre la baja media de las ofertas, la oferta igual al tipo no obtendrá puntuación y no se incluirán umbrales de saciedad”. (...)*

*“La opción de «saciamiento» de la puntuación en el criterio precio con fórmulas distintas no resulta una técnica correcta de asignación de puntos, pues distorsiona, por sí, la función de ponderación objetiva de los criterios con un límite de horquilla y su sistema de proporcionalidad. Lo que puede conducir, en palabras del TJUE, en la citada Sentencia de 16 de septiembre de 2013, a que licitadores más competitivos se encuentren en una situación de competencia «irracional». Salvo que así se exprese en el pliego y se motive adecuadamente”.*

*El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 4/11, de 28 de octubre de 2011, concluía que, en todo caso, en cuanto se refiere al precio del contrato, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, al fijar el procedimiento de valoración, no puede atribuirse a las proposiciones admitidas una valoración de la que resulte que la oferta más baja no obtiene la puntuación más*

*alta, y consecuentemente, sean mejor ponderadas ofertas que tengan un precio mayor que cualquiera de las restantes ofertas que se sitúen por debajo de la misma, o dicho de otra forma; la oferta más baja ha de ser la que, en cuanto al precio, reciba la mayor puntuación.*

*Por su parte, el TACRC en su Resolución 11/2016, de 17 de febrero señalaba “Concluimos entonces y hoy reiteramos que: ‘Lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el Pliego la fórmula elegida, que ésta atribuya una puntuación superior 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 intermedias”.*

*Por tanto, los criterios de valoración que incluyen umbrales de saciedad deben considerarse contrarios al principio de eficiencia del gasto público y al principio de oferta económica más ventajosa, recogidos en el artículo 1 de la LCSP. No cabe duda, que cuando se valora la oferta respecto al precio del contrato, la ventaja económica está ligada a los precios más bajos, de modo que el principio de igualdad impide conceder la misma puntuación a ofertas distintas que ofrecen ventajas económicas diferentes, aunque superen el porcentaje máximo de descuento.*

*Por otro lado, el principio de eficiencia del gasto público exige la adecuación de los medios previstos en los presupuestos públicos a los objetivos propuestos en los mismos y alcanzarlos con el menor coste posible. No parece, a juicio de este Tribunal, que, el establecimiento de umbrales de saciedad, contribuyan al cumplimiento de este principio fundamental en la gestión de los servicios públicos.*

*La inclusión de umbrales de saciedad, que figuran en el clausulado de los Pliegos, no hace sino desincentivar a los potenciales licitadores a presentar ofertas económicas más competitivas y ventajosas, dada la nula recompensa que van a obtener, a pesar que, en muchos casos, sería perfectamente viables económicamente.*

*Las Administraciones Públicas ya disponen del mecanismo previsto en el artículo 149 de la LCSP para defenderse de las ofertas agresivas que no resulten viables, sin necesidad de establecer un mecanismo preventivo a esos efectos, con la eliminación a priori de posibles ventajas económicas. En cierto sentido, la cláusula recurrida está dando por sentado que a partir de un determinado umbral, la baja*



*ofertada sería temeraria, sin dar opción al licitador a justificar adecuadamente la viabilidad de su oferta, desincentivándole a presentar ofertas económicas más ventajosas.*

*Por ello, la inclusión de cláusulas del tenor de la que es objeto de recurso, deben estar justificadas en el expediente, de manera clara y determinante, circunstancia que no se aprecia en el caso que nos ocupa.*

*Por todo lo anterior, el recurso debe ser estimado, anulándose la cláusula objeto de recurso, lo que supone la anulación de los Pliegos y del procedimiento de licitación”.*

A este respecto se pronuncia el TACRC en su Resolución 400/20, de 19 de marzo que sostiene *“El recurso plantea la incorrecta aplicación de los criterios de valoración sujetos a fórmula por uso de umbrales de saciedad en los criterios 1,2 y 4 de la Cláusula 17.1.39.1.B del PCAP.*

*Este Tribunal ha admitido las fórmulas con umbrales de saciedad en los siguientes términos citando nuestra Resolución 976/2018:*

*“Diversas causas, como por ejemplo, el objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o la presupuestación rigurosa 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.”*

*Por ello, podemos afirmar que el establecimiento de umbrales de saciedad debe fundamentarse en una finalidad de interés público, como lo es, sin duda, posibilitar que el servicio prestado por el concesionario sea de calidad, y no se vea puesto en peligro por una oferta excesivamente “agresiva” desde el punto de vista cuantitativo que ponga en cuestión la viabilidad financiera del proyecto o exija a aquel reducir la calidad de la prestación”.*

*Es decir, el elemento decisivo para decidir sobre la procedencia de la fijación de umbrales de saciedad es la justificación y motivación en el expediente de*



*contratación de porqué se aprecia que las ofertas que presente valores que excedan del umbral establecido ponen en riesgo la viabilidad económica del servicio sin redundar en ganancias de calidad.*

*Dicho de otro modo, procederá estimar la impugnación de un umbral de saciedad si se concluye que el mismo hace que las ofertas de los licitadores no alcancen niveles*

*óptimos en los parámetros medidos por los criterios de adjudicación. Alternativamente, el umbral se considerará ajustado a derecho si en el expediente se justifica razonablemente que una oferta que rebasa el umbral es difícilmente ejecutable, y no ofrece mejoras en la calidad de la prestación.*

*En el caso que nos ocupa, la recurrente no despliega ningún argumento técnico que invalide las consideraciones del estudio de viabilidad de la concesión que presenta el modelo de explotación del servicio, sobre los que el órgano de contratación ha fijado esos parámetros de explotación. Como hemos expuesto, no basta con justificar que una fórmula contiene umbrales de saciedad, que es lo que hace la recurrente, sino que hay que demostrar la improcedencia de los mismos, y esa actividad no se ha desplegado por parte de la recurrente. Por ello, dado que no despliega la actividad argumentativa y probatoria necesaria para anular los referidos umbrales de saciedad, debe desestimarse en este punto el recurso”.*

De las resoluciones citadas, se aprecia como elemento decisivo para decidir sobre la procedencia de la fijación de umbrales de saciedad la justificación y motivación en el expediente de contratación de porqué se aprecia que las ofertas que presenten valores que excedan del umbral establecido ponen en riesgo la viabilidad económica del servicio sin redundar en ganancias de calidad. Esta justificación no consta en el expediente de contratación, pretendiendo fundamentarla sin éxito en las alegaciones al recurso. La pretensión del órgano de contratación de que sea el recurrente el que acredite y demuestre la improcedencia de la fórmula con umbral de saciedad resulta improcedente, pues la obligación de justificar su inclusión corresponde al propio órgano de contratación, circunstancia que no se ha producido en el caso que nos ocupa.

Por todo ello, procede la estimación de presente motivo, anulándose la cláusula objeto de recurso, lo que supone la anulación de los Pliegos y del procedimiento de licitación.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

### **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de BPXPORT XXI, SLU (en adelante BPXPORT), contra los pliegos de contrato “Servicios de asistencia técnica de monitores, profesores, socorristas, DUE´s, entrenadores y técnicos deportivos para las escuelas, cursos, actividades, para puntos de información, para sala de fisioterapia y el mantenimiento de las pistas de pádel, campo de béisbol y piscinas del ayuntamiento de Villalbilla”, lo que lleva aparejada la anulación de los Pliegos y del procedimiento de licitación.

**Segundo.-** 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.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.