



Expte.: R-15/2017

ACUERDO 25/2017, de 25 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por la que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)”, contra los pliegos de la licitación del Acuerdo Marco para el servicio de transporte en autobús para los participantes en los Juegos Deportivos de Navarra promovido por el Instituto Navarro de Deporte y Juventud.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de marzo de 2017 el Instituto Navarro de Deporte y Juventud remitió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación del Acuerdo Marco para el servicio de transporte en autobús para los participantes en los Juegos Deportivos de Navarra que fue publicado en el DOUE número S-54 de 17 de marzo de 2017 con el número de referencia 2017/S 054-100528. Dicho anuncio también fue publicado en el Portal de Contratación de Navarra el día 14 de marzo de 2017. La fecha límite para la presentación de ofertas señalada en ambos anuncios es el día 24 de abril de 2017.

SEGUNDO.- El día 24 de marzo de 2017, “Arpa Abogados y Consultores, S.L.” interpone reclamación en materia de contratación pública en nombre y representación de la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)”, contra los pliegos de la licitación del citado Acuerdo Marco. Dicha reclamación se fundamenta en las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) De acuerdo con lo establecido en el artículo 51 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos y en los apartados 1 y 2 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de Contratación Pública se constata la voluntad del legislador, tanto navarro como europeo, de que los contratos se adjudiquen a la oferta económicamente

más ventajosa, teniendo en cuenta criterios como la relación coste-eficacia, el coste del ciclo de vida, la calidad, la organización y experiencia, las condiciones de entrega, etc.

Por tanto, de acuerdo con esas premisas debe entenderse que la elección del precio como criterio único de adjudicación tiene carácter excepcional y residual, como se puede deducir de la mención del artículo 51 LFCP “cuando aquél constituya el único elemento determinante” o la previsión del artículo 67 de la Directiva cuando señala que “Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación.”

b) En la presente licitación, el objeto es el transporte de los deportistas menores que participan en los Juegos Deportivos de Navarra con traslados y kilometrajes que, en algunos pasos exceden más de 100 kms, por lo que es evidente que la seguridad en el transporte no puede quedar al albur de un único precio de licitación siendo necesario que entre los criterios de adjudicación se introduzcan elementos de competencia técnica que permitan valorar la mayor seguridad y prestaciones de los vehículos.

c) Que al no existir una limitación específica de las ofertas anormalmente bajas y operar como límite del 30%, que marca el artículo 91 LFCP en defecto de regulación específica en los pliegos, las empresas se ven obligadas a ofertar bajas cercanas a ese porcentaje para no perder expectativas de adjudicación lo que no redundará en la calidad del servicio público.

También al no existir una limitación en el porcentaje de oferta anormalmente baja se fomenta el desplome de todos los precios lo que puede generar conductas de “dumping” que es una conducta anticompetitiva sancionada por la legislación. En otros términos, las empresas adjudicatarias con ofertas anormalmente bajas están impidiendo trabajar a las empresas que mantienen unos criterios de calidad aceptables y les imposibilitan mantener esta situación en el medio-largo-plazo.

En consecuencia, solicita la nulidad del procedimiento de contratación.

TERCERO.- El 28 de marzo de 2017 el Instituto Navarro de Deporte y Juventud aporta el expediente de contratación y presenta las siguientes alegaciones, que se exponen en síntesis:

a) Considera que los criterios de adjudicación son los elementos que se van a tener en cuenta para elegir al contratista y se dirigen a identificar las ofertas que mejor satisfacen el interés público garantizando la competencia. Estos criterios son los instrumentos con los que se intenta garantizar el principio de igualdad del Derecho nacional y las libertades de la Unión Europea junto con los principios derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como son: la igualdad de trato, la transparencia, el mutuo reconocimiento y la no discriminación por razón de la nacionalidad. El artículo 51 LFCP, que transpone las Directivas europeas, permite la utilización como único criterio de adjudicación el precio ofertado cuando este constituya el único elemento determinante y, en este caso, se ha optado por usar como criterio el precio unitario por km.

b) El carácter residual del criterio de adjudicación del precio más bajo que señala la reclamación solo es aplicable a los contratos de obras según la Directiva 2014/24/UE por lo que al encontrarnos con un contrato de asistencia (contrato de servicios en la denominación de dicha Directiva). Por otra parte, todas las cuestiones relativas a la seguridad se encuentran reguladas en el pliego como cuestiones de solvencia técnica de los licitadores.

c) Que tal como señala la reclamación no se ha señalado un porcentaje en los pliegos para establecer la presunción de que una oferta es anormalmente baja, por lo que de acuerdo con el artículo 91 LFCP el porcentaje aplicable es el 30%.

En consecuencia solicita la desestimación de la reclamación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte de un poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 LFCP.

SEGUNDO.- Tal y como ha señalado de forma reiterada este Tribunal – por todos, Acuerdo 14/2016, de 10 de marzo, encontrándonos ante una reclamación frente a la licitación de un contrato público la legitimación debe ser entendida de forma amplia, poniendo en relación el artículo 210, apartado 1, de la LFCP con el artículo 4, apartado 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y aplicando la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia de 20 de mayo de 2008) y el Tribunal Constitucional (Sentencia de 19 de mayo de 2000) sobre la materia.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 273/2012, de 30 de noviembre, señala que *“No parece que la intención del legislador haya sido restringir la legitimación para interponer este recurso sino que, antes al contrario, su intención ha sido extenderla a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso (...) En este supuesto en concreto, la recurrente es una asociación representativa de intereses colectivos de las empresas españolas dedicadas al sector de (...), por lo que parece claro que en defensa del interés colectivo del sector pueda impugnar un pliego de cláusulas administrativas sobre la base de considerar inviable económicamente el contrato que pudiera resultar del procedimiento de licitación que aquel regula. De ahí que exista esa relación unívoca y concreta de la entidad recurrente con el objeto del recurso. En consecuencia, la asociación recurrente sí que dispone de legitimación para plantear su pretensión de reforma de los pliegos y, por lo tanto, el recurso debe ser analizado en cuanto al fondo del asunto.”*

ANET se configura como una entidad asociativa, constituida al amparo de las disposiciones reguladoras del derecho de libertad sindical y asociaciones profesionales, integrada por empresarios de Transporte por Carretera y Logística de la Comunidad Foral de Navarra, entes naturales o jurídicos, de Viajeros, Mercancías y Logística, que

desarrollan actividades comprendidas en el ámbito local, comarcal, nacional o internacional; siendo el órgano superior de representación, gestión, y defensa de los intereses comunes de sus miembros, en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra. Conforme, al artículo 3 de sus Estatutos, es una asociación sin ánimo de lucro que tiene como misión la representación mayoritaria del sector en todos los ámbitos y frentes, defendiendo los intereses legítimos y comunes de sus miembros asociados, impulsando el desarrollo del sector a través del apoyo a iniciativas, actuaciones y proyectos que contribuyan al crecimiento del sector en un marco de comportamiento y conductas basadas en la ética profesional.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2007 precisa su doctrina precedente en relación con la legitimación de las asociaciones apuntado que *“(...) en distintos pronunciamientos de este Tribunal se ha venido exigiendo para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas en orden a impugnar actos o disposiciones administrativas que, además de las condiciones que anteriormente se han señalado, exista un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes”*. De manera específica, la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2006, de 13 de marzo, admitió el recurso de amparo de la Asociación de empresarios de transporte de viajeros de la provincia de Cádiz y de la Federación andaluza empresarial de transporte en autobús sobre la base de la existencia del citado interés profesional, al partir de la premisa de que, cuando concurre este último, existe a su vez el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recoge esta doctrina - por todas, Resolución 797/2015, de 11 de septiembre -, en los siguientes términos: *“Este Tribunal viene reconociendo legitimación para interponer recurso especial a aquellas asociaciones representativas de intereses colectivos que actúen en sectores que presenten una relación unívoca y concreta con el objeto del recurso (Resoluciones 29/2011, de 9 de febrero de 2011, y 148/2012, de 12 de julio de 2012, entre otras muchas). En el presente caso, una asociación representativa de empresas que actúan en el ámbito de la seguridad privada (AESPI), impugna un pliego*

*de servicios de seguridad (concretamente referido a las embarcaciones de vigilancia aduanera en Canarias), por entender que algunas de sus cláusulas restringen injustificadamente la concurrencia. Se aprecia una evidente vinculación directa y concreta entre el objeto del recurso y los intereses colectivos que la Asociación recurrente representa”.*

Así pues, queda acreditada la legitimación de la citada asociación para interponer la reclamación dado que, como significa el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 45/2013, de 2 de septiembre, la norma *“permite recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación. El interés que preside el recurso, además de la defensa genérica de la legalidad, es el de la defensa de los intereses de los asociados a través de la recurrente, en cuanto posibles participantes en la licitación regulada por el PCAP impugnado, de conformidad con sus Estatutos”.*

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma, y fundamentada en los motivos legalmente tasados, todo ello de acuerdo con los requerimientos del artículo 210 LFCP.

CUARTO.- Expuestos en los términos indicados en los antecedentes de hecho el debate planteado, la primera cuestión a resolver por este Tribunal es si resulta conforme a derecho que el PCAP recurrido establezca un único criterio de adjudicación: el precio más bajo.

Defiende la actora que el interés y voluntad principal del legislador no es otra que la de adjudicar los contratos a la oferta económicamente más ventajosa; apuntando, en este sentido, que la elección del precio como único criterio de adjudicación tiene un carácter excepcional y residual y que, además, en el caso de la concreta licitación que nos ocupa su única consideración quebrantaría las necesidades de seguridad y de calidad del servicio público y la efectiva competencia de los licitadores, tanto global como técnica. Indica que, por este motivo, el pliego infringe el artículo 51 LFCP, así como los principios de igualdad, competencia y máxima eficiencia en el uso de los recursos

públicos (artículo 21 LFCP); y apunta la necesidad de verificar que los informes previos a la licitación motiven este extremo, so pena de incurrir en arbitrariedad.

Opone la entidad contratante la legalidad de utilizar de forma exclusiva el precio como criterio de adjudicación, cuando éste constituya el único elemento determinante; e indica que todas las cuestiones planteadas por el reclamante en cuanto a medidas de seguridad se recogen en los pliegos, no como criterios de selección, sino como requisitos de solvencia técnica, de manera que dichos requisitos no son obviados sino que se les otorga máxima importancia, determinado la admisibilidad o inadmisibilidad de las licitadoras en el Acuerdo Marco.

La reclamación interpuesta tiene por objeto el anuncio de licitación y los pliegos relativos al acuerdo marco para la contratación del servicio de transporte en autobús para los participantes en los juegos deportivos de Navarra; figura definida por el artículo 77 LFCP como un negocio jurídico celebrado entre una o varias Administraciones y una o varias empresas, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que regirán en determinados contratos de obras, suministro o asistencia que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas, concretando el apartado segundo del precepto citado que *“Para la selección de las empresas que serán parte del acuerdo marco se abrirá un procedimiento de licitación, de acuerdo con las normas del procedimiento abierto o del restringido, a elección del órgano de contratación, y se aplicarán como criterios de selección los criterios de adjudicación señalados en esta Ley Foral”*.

Así pues, para la debida resolución de la cuestión que nos ocupa, relativa a la legalidad del precio como único criterio de selección conforme a lo previsto en el PCAP del Acuerdo Marco, debemos partir del artículo 51 LFCP relativo a los criterios de adjudicación de los contratos, que establece que *“1. Los criterios en los que se basará la adjudicación de los contratos serán:*

*a) Exclusivamente el precio ofertado.*

*b) En los restantes casos, para determinar la oferta más ventajosa se utilizarán criterios vinculados al objeto del contrato dando preponderancia a los criterios que*

*puedan valorarse mediante fórmulas frente a criterios subjetivos, estableciéndose un mínimo del 50 por 100 de la puntuación a otorgar según estos primeros.*

*Los criterios se definirán de forma precisa, especificando su importancia relativa, y deberán estar vinculados al objeto del contrato. Como la calidad o sus mecanismos de control, el precio, el valor técnico de la oferta, la posibilidad de repuestos, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o ejecución, u otras semejantes. En caso de valorarse la posibilidad de presentar mejoras, deberán expresarse sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato.*

*2. Los órganos de contratación utilizarán los criterios más adecuados al interés público al que responde el contrato. Y así:*

*a) El precio ofertado se empleará como criterio de adjudicación con carácter exclusivo, cuando aquel constituya el único elemento determinante. En todo caso, los contratos de concesión se adjudicarán a la oferta más ventajosa.*

*b) De acuerdo con los requerimientos recogidos en el artículo 49, y previa definición en los pliegos de cláusulas administrativas, podrán incorporar criterios referidos a las características sociales de la oferta presentada.*

*c) También previa definición en los pliegos de cláusulas administrativas, y con la finalidad de satisfacer las necesidades de categorías de población especialmente desfavorecida que figuren como usuarias o beneficiarias de las prestaciones a contratar, se incorporarán criterios que respondan a dichas necesidades, tales como los dirigidos a las personas discapacitadas, las desfavorecidas del mercado laboral, las precarizadas laboralmente, las dirigidas a favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, al cumplimiento de las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo o a garantizar los criterios de accesibilidad y diseño universal para todas las personas.(...)”*

Por su parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 LFCP a todo contrato debe preceder la tramitación de un expediente de contratación que será aprobado por el órgano de contratación y que, entre otros documentos, debe contener el pliego de cláusulas administrativas particulares y las prescripciones técnicas a las que ha de



ajustarse su ejercicio; añadiendo el artículo 45.2 del mismo cuerpo legal establece que *“Los pliegos establecerán los criterios de adjudicación del contrato determinando, en su caso, si alguno de ellos es esencial, o si en alguno de ellos existe una puntuación mínima por debajo de la cual se excluye la oferta, todo ello sin perjuicio de la facultad de desechar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato”*.

En este sentido, las cláusulas decima y decimosegunda del PCAP son claras al respecto, pues expresamente prevén que las proposiciones de los interesados se presentarán en un único sobre en el que se incluirán otros dos correspondientes a la documentación administrativa (sobre número 1) y a la oferta económica (sobre número 2), y ello es así en la medida en que no hay pluralidad de criterios de adjudicación, toda vez que según determina el artículo 52 LFCP, al regular la presentación de las proposiciones *“1. Las proposiciones de los interesados serán secretas hasta el momento de su apertura, se presentarán por escrito, conforme al modelo que se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y se acompañarán, en sobre aparte, de la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia del licitador.2. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa las proposiciones se presentarán separando el precio ofertado de las demás condiciones de la oferta. El precio se mantendrá en secreto hasta el momento de su apertura pública y las restantes condiciones de la oferta hasta el momento de su apertura por la Administración.(...)”*.

De conformidad con ello la segunda de las cláusulas del PCAP anteriormente citadas establece que *“Serán seleccionadas para prestar el servicio de transporte del programa Juegos Deportivos de Navarra todas las empresas que presenten correctamente en tiempo y forma, tanto la documentación administrativa establecida en la cláusula 10.4 de este Pliego como la oferta económica, siempre y cuando ésta última no supere el precio unitario máximo por kilómetro o ruta establecido para cada ruta. No obstante, para la posterior adjudicación de los contratos que se deriven del Acuerdo Marco, se establecerá un orden de prelación entre las empresas seleccionadas para cada una de las rutas establecidas en el bloque 1 y 3. Para las rutas establecidas en el bloque 2, en función del precio unitario ofertado por cada una de aquellas. En caso de*

*que existan empates (como consecuencia de que más de una empresa haya ofertado el mismo precio por kilómetro en la misma ruta), dichos empates se resolverá conforme a lo dispuesto en el artículo 51.3 de la LFCP.*

*El órgano de contratación asignará preferentemente cada ruta a la empresa que haya ofertado el precio unitario por kilómetro o ruta más bajo en cada una de ellas. Dicha asignación preferente no implicará un número determinado de viajes para cada edición del programa Juegos Deportivos de Navarra, ya que éstos están condicionados por los diferentes calendarios de las competiciones, No obstante, la asignación garantizará la exclusividad de la empresa que haya ofertado el precio unitario más bajo en cada ruta, realizando la totalidad de los servicios que se produzcan, salvo en los casos de renuncia temporal o permanente, o por incumplimiento contractual.(...)”.*

Por su parte, el considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, afirma que: *“La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato”.*

Y el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, establece que *“La oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en*

*función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate”.*

En consecuencia, la LFCP contempla la opción de que haya uno o varios criterios de adjudicación (criterios de selección en el acuerdo marco), si bien el criterio del precio es común a todas las licitaciones y consustancial al concepto de oferta técnica más ventajosa. De hecho, el artículo reproducido establece que de optarse por un único criterio, éste ha de ser forzosamente el del precio más bajo; extremo que deberá establecerse en el pliego regulador del acuerdo marco. Del mismo modo, la regulación comunitaria transcrita en ningún caso imposibilita que la adjudicación de los contratos públicos se lleve a efecto atendiendo exclusivamente al precio, toda vez que esta posibilidad – la determinación de la oferta económicamente más ventajosa sobre la base sólo del precio – está expresamente contemplada en el citado Considerando 90 de la Directiva; motivo por el cual no puede sostenerse, al amparo de la normativa foral y comunitaria referida, que la adjudicación de un contrato aplicando el precio como único criterio tenga carácter residual o subsidiario respecto de la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación.

QUINTO.- La normativa citada atribuye, pues, al órgano de contratación una potestad discrecional en orden a la determinación de los criterios de adjudicación del contrato - en la medida en que posibilitan la elección entre las dos opciones, ambas admisibles en el plano jurídico, siempre que no se incurra en arbitrariedad y en el bien entendido de que su ejercicio ha de ir dirigido al cumplimiento del fin perseguido en la norma en que aquélla se fundamenta - , tal y como pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2006: *“Es tajante el art. 87 de la LCAP al establecer la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso por cuanto la administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada. Su discrecionalidad solo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las*

*reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa”*; doctrina reiterada, entre otras, en Sentencia de 27 de mayo de 2009.

Así pues, la elección de los criterios de adjudicación es discrecional para el órgano de contratación, si bien tales criterios han de reunir, en síntesis, las siguientes características: han de estar directamente vinculados al objeto, ser objetivos; estar ponderados y figurar en el anuncio de licitación o en los pliegos. Es decir, atendiendo al interés público en juego y en función del objeto del contrato, el órgano de contratación goza, en nuestro Derecho, de cierta libertad para la elección de los diferentes criterios, debiendo en todo caso motivar su elección; libertad o facultad discrecional que para los casos en los que se opte por valorar exclusivamente el precio ofertado se encuentra prohibida legalmente para la tipología de contratos de concesión, y, en relación con el resto de tipos de contratos públicos, limitada por la exigencia de que éste (el precio) constituya el único elemento determinante de la selección de la oferta que mejor satisfaga el interés público que subyace en la contratación de que se trate; extremo que vendrá determinado por la concreta definición de las prestaciones en cada caso realizada en los correspondientes pliegos, de manera que si el grado de definición es tal que no deja margen de maniobra o mejora a los licitadores el precio se convierte en el único parámetro a tomar en consideración.

Pues bien, con respecto a la pretensión de la recurrente, hemos de señalar en primer lugar que en ningún momento cuestiona la legalidad o no del criterio transcrito, sino tan solo la conveniencia de su elección por parte del órgano de contratación como único criterio de valoración. Además, establecer otros criterios de valoración aparte del precio, tal y como se desprende del precepto de la legislación foral transcrito y se ha apuntado anteriormente, es una obligación solo en los casos en que la prestación no esté perfectamente delimitada o se trate de contratos de concesión. Mientras que, en el presente supuesto, según ha informado el órgano de contratación y se establece en el propio pliego, la seguridad y las prestaciones de los vehículos no pueden ser mejoradas en la medida en que se reflejan como condiciones de solvencia de los licitadores; extremo que no es cuestionado por la reclamante.

En relación con la cuestión relativa a si los informes administrativos previos a la licitación justificaron la elección del precio como criterio de adjudicación, debe repararse en que la LFCP determina que los criterios se contengan en el pliego de cláusulas administrativas que forma parte del expediente de licitación y que elabora la unidad gestora del contrato, sin exigir la emisión de informe alguno sobre los mismos, más allá del informe relativo al expediente de contratación. No obstante, y sin perjuicio de la conveniencia de justificar, con carácter general, la elección, ponderación y fórmulas de valoración de los criterios de adjudicación, examinada la documentación aportada por la entidad contratante se observa que el informe por el que se propone al órgano de contratación la aprobación del acuerdo de marco de referencia y que adjunta los pliegos reguladores del mismo se hace referencia expresa a la selección de las empresas atendiendo exclusivamente al precio; al igual que en el informe jurídico emitido con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación.

Sentado lo anterior, y a la vista de lo dispuesto en el artículo 51 LFCP, debe analizarse si concurren en el caso que nos ocupa las circunstancias que dicho precepto contempla sobre la adjudicación atendiendo exclusivamente al precio ofertado, es decir, que no nos encontremos ante contratos de concesión – que forzosamente deben adjudicarse en base a una pluralidad de criterios – y que el único factor determinante de la adjudicación sea, precisamente, el precio. Y ello toda vez que la potestad del órgano de contratación para elegir entre ambas alternativas se encuentra limitada por la observancia de dichas garantías, que, a su vez, constituyen los elementos del ejercicio de la misma susceptibles de control jurisdiccional.

Respecto a la imposibilidad de adjudicar contratos de concesión atendiendo exclusivamente al precio, debe repararse en que para que un contrato pueda ser calificado como de concesión se exige que el riesgo de explotación se transmita y sea asumido por el adjudicatario, siendo ésta la diferencia fundamental respecto al contrato de asistencia (Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011).

En relación con la retribución económica como elemento diferenciador de ambos contratos el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del

Estado 22/09, de 25 de setiembre, indica que no se exige que la retribución a percibir por el concesionario deba proceder directamente de los usuarios, sino que su cuantía está directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario. Asimismo indica que la retribución del concesionario puede provenir del órgano que otorga la concesión, siempre que su importe se vincule directamente con la demanda o la disponibilidad del servicio.

Conforme a los criterios apuntados y trasladándolos al contrato objeto de la presente reclamación, no se aprecia que exista ninguna transferencia del riesgo de explotación del servicio al adjudicatario de los contratos derivados del acuerdo marco, el cual se limita a la percepción del precio unitario ofertado por kilómetro correspondiente a cada ruta de prestación del servicio, tal y como establece el PCAP, y por ello los contratos resultantes se califican de contratos de asistencia, no resultando, en consecuencia, aplicable la obligación de legal de adjudicarlos en consideración a una pluralidad de criterios de adjudicación.

Abunda en lo anterior, la circunstancia de encontrarnos ante la licitación de un acuerdo marco, negocio jurídico al que, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.1 LFCP cabe acudir para la adjudicación de contratos de obras, suministro y asistencia, y no para los contratos de concesión.

En relación con la segunda de las limitaciones citadas – la relativa a que el precio sea el único elemento determinante a tener en cuenta en la adjudicación -, la cláusula novena del PCAP, al establecer los requisitos mínimos de solvencia indica que *“(...) Se considera necesario para realizar satisfactoriamente el servicio solicitado, que las empresas seleccionadas acrediten la propiedad de un número mínimo de 2 AUTOBUSES (con una capacidad mínima cada uno de 55 plazas) POR CADA UNA DE LAS RUTAS A LAS QUE SE PRESENTEN para la realización del concreto servicio. Esta exigencia se mantendrá en caso de prorrogarse el presente Acuerdo Marco. En el caso de los vehículos a utilizar para deportes adaptados, la empresa deberá acreditar la propiedad de dos autobuses acondicionados conforme a lo establecido en la cláusula 5ª de este pliego.*

3. *Cumplir los requisitos exigidos por la legislación vigente reguladora del Transporte Escolar, tanto con respecto a la empresa como a los vehículos y conductores/as, y, en particular al Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores (...)*". Normativa que, entre otros extremos, regula la antigüedad de los vehículos destinados a este servicio y las características técnicas de los vehículos utilizados al efecto.

Por su parte, la cláusula undécima del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares reitera que todos los autobuses deberán cumplir los requisitos exigidos por la legislación citada, añadiendo que *"Todos los autobuses que participen en el transporte de adaptados deberán cumplir con lo dispuesto tanto en la Ley Foral 5/2010, de 6 de abril, sobre accesibilidad universal y diseño para todas las personas, como en el Decreto Foral 57/1990, de 15 de marzo por el que se aprueba el Reglamento para la eliminación de barreras físicas y sensoriales en los transportes. Los/las conductores/as de los autobuses deberán cumplir el servicio debidamente indumentados de acuerdo a la Empresa que pertenecen. Las empresas adjudicatarias se responsabilizarán de que todos/as los/las conductores/as que realicen los servicios estén en posesión del certificado de registro negativo en el censo nacional de delincuentes sexuales"*.

Así las cosas, del mismo modo que el órgano de contratación goza de libertad a la hora de determinar los criterios (no sólo el precio) con arreglo a los cuales va a seleccionar a las empresas - elección que, por tal motivo, únicamente será cuestionable en la medida en que los criterios escogidos no reúnan las condiciones de objetividad, vinculación al objeto del contrato y ponderación antes citadas -, dicha potestad debe reconocerse, igualmente, en orden a basar la selección exclusivamente en el precio o, por el contrario, hacerlo con arreglo a varios de ellos, y ello en la medida en que esta elección se encuentra, obviamente, comprendida en el ámbito de la potestad de que el órgano de contratación es titular, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Andalucía 37/2017, de 15 de febrero: *"(...) Por otro lado, la intención de la recurrente de que se incluyan varios criterios de adjudicación, además del precio, que ella misma propone, no son atendibles porque la Administración contratante goza de libertad a la hora de determinar los criterios de*

*adjudicación como ya ha manifestado en diversas ocasiones este Tribunal, entre otras, en su Resolución 206/2015, de 2 de junio donde se afirma que “Como señalaba la Resolución 130/2015, de 7 de abril, de este Tribunal en un supuesto idéntico al aquí planteado y con la misma recurrente, “La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su artículo 53 y el TRLCSP en su artículo 150, dejan al órgano de contratación libertad de elección respecto a los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente y, como una oferta debe referirse necesariamente al objeto del contrato, los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también vinculados con el objeto del contrato, circunstancia que se da, sin ninguna duda, en el presente caso de criterio de adjudicación de bonificación en género de los artículos licitados. Asimismo, y por igual motivo, tampoco puede ser tomada en consideración la alegación de la recurrente respecto de la propuesta de evaluación de la oferta económica y la introducción de un umbral técnico.(...)”.*

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 90/2017 de 27 de enero, señalando que “(...) Por tanto, de acuerdo con lo anterior, este Tribunal entiende que en los pliegos se determinan con precisión las normas aplicables y los requisitos generales del servicio a prestar por lo que ha de ser el precio el único factor determinante de la adjudicación, de forma que en la licitación impugnada se han seguido fielmente las estipulaciones de la Ley. Además, la utilización del precio como único criterio de valoración de las ofertas es plenamente respetuosa con los principios a que se debe ajustar la contratación del sector público y, como establece el frontispicio de la Ley de Contratos (artículo 1 del TRLCSP), asegura "en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios".

Lo cierto es que corresponde al órgano de contratación, en la aprobación de los pliegos, la elección de los criterios de adjudicación y la definición concreta de la



prestación que constituye su objeto e incluso, como en el caso que nos ocupa, las características de los vehículos a aportar al servicio. Definición que puede realizarse de manera que no se considere relevante su mejora, de forma que de entre todos los presentados que satisfagan las exigencias técnicas preestablecidas se da primacía a la propuesta que oferte el mejor precio; opción que, estando prevista en la normativa antes citada, no merece reproche jurídico alguno.

A mayor abundamiento, se advierte que no puede acogerse la argumentación esgrimida por la reclamante en el sentido de que es absolutamente necesario que entre los criterios de adjudicación se introduzcan elementos técnicos que permitan valorar la mayor seguridad y prestaciones de los vehículos, toda vez que dicho extremo (el relativo a la seguridad) queda garantizado con la exigencia contenida en los pliegos del cumplimiento de las condiciones que a tales efectos establece el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores; extremo que, por otro lado y en atención a su relevancia en relación con el objeto del contrato, en ningún caso puede hacerse depender de lo que los licitadores decidan ofertar, sino que, al contrario, deben reunirlos, íntegramente, todas y cada una de las empresas seleccionadas.

En consecuencia, el órgano de contratación dispone de una amplia discrecionalidad a la hora de determinar en los pliegos los criterios que van a servir de base para la adjudicación del contrato y, por ende, para decidir que ésta se lleve a cabo atendiendo exclusivamente al precio como criterio de adjudicación, que no puede ser suplantada por la mera voluntad del reclamante; sin que pueda este Tribunal entrar a conocer cuestiones de oportunidad, como la conveniencia de establecer una pluralidad de criterios para la valoración de las ofertas teniendo en cuenta las concretas circunstancias del expediente, motivo por el cual procede la desestimación de este motivo de impugnación.

SEXTO.- Argumenta la reclamante, en segundo término, que el pliego no limita cuándo una baja es temeraria o anormal, lo que implica su simple remisión al artículo 91 LFCP y, por ende, a la presunción de temeridad en un 30%, baja mínima a la que se ven prácticamente obligadas todas las empresas si no quieren perder expectativa alguna en

la adjudicación; lo que redundaría de manera negativa en la calidad del servicio y avoca a una restricción de la competencia pues sólo las empresas dispuestas a prestar el servicio por debajo de su coste podrían concurrir a la licitación, para expulsar del mercado a corto plazo a otros licitadores. Afirma, en este sentido, que resulta exigible que los pliegos regulen de forma más estricta cuándo una baja es anormal.

Sobre este particular, la entidad contratante indica que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 LFCP, la oferta económica de los licitadores debe ser adecuada para hacer frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de la seguridad social; exigencia contemplada en el pliego y publicada, de oficio, en el Portal de Contratación de Navarra como aclaración al contrato para que los licitadores preparen adecuadamente sus ofertas. Apunta, finalmente, que el artículo 91 LFCP regula el procedimiento a sustanciar cuando en un procedimiento de licitación se presenta una oferta anormalmente baja, de forma que el hecho de no fijar el porcentaje de baja a estos efectos en el pliego no supone vulneración de la LFCP ni de las normas de concurrencia, igualdad, competencia y transparencia.

El artículo 91.2 LFCP determina, al regular las ofertas anormalmente bajas, que *“Podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, salvo que se haya indicado otra cosa en las condiciones reguladoras del contrato”*.

La Directiva 2014/24/UE, en su artículo 61 se limita a establecer que *“Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate”*. Disposición que, tal y como razona el Informe 11/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, no define qué se entiende por oferta anormalmente baja, y por tanto, tampoco ha establecido la forma de determinar cuando nos encontramos ante una oferta anormalmente baja, dejándolo en manos de los legisladores nacionales, si bien lo que sí regula el derecho comunitario es que nadie

puede ser excluido de forma automática por una proposición incurra en anormalidad (entre otras, Sentencia 27 de noviembre de 2001, Asunto Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni), debiéndose permitirse al licitador que explique los motivos de su oferta y su viabilidad sin poner en riesgo la ejecución del contrato.

Por ello, a la hora de determinar cuándo nos encontramos ante una oferta que se presume inicialmente como anormal o desproporcionada, deberemos acudir a la normativa foral de contratos, es decir, al artículo 91 LFCP.

Pues bien, la claridad del tenor literal del precepto no precisa mayor argumentación, puesto que por imperativo legal si no se prevé otra cosa en el pliego, y a los efectos de la presunción de oferta anormalmente baja, se tomará en consideración el 30% del importe estimado del contrato.

En consecuencia no sólo no es exigible regular en el pliego cuándo una oferta puede ser considerada anormalmente baja – en cuyo caso se aplicará la presunción legal citada -, sino que dicho extremo únicamente es exigible cuando se rebaje el parámetro establecido por el precepto transcrito. Posibilidad ésta que, además, es una facultad de la Administración contratante; motivo por el cual el PCAP que nos ocupa resulta, en este extremo, ajustado a derecho, resultando, además, que los argumentos vertidos sobre las consecuencias que de ello se derivan por parte de la entidad reclamante no van más allá de ser meras apreciaciones subjetivas sin sustento jurídico alguno.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

#### ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por interpuesta por la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)”, contra los pliegos de la licitación del Acuerdo Marco para el

servicio de transporte en autobús para los participantes en los Juegos Deportivos de Navarra promovido por el Instituto Navarro del Deporte y Juventud.

2º. Notificar este acuerdo a la “Asociación Navarra de Empresarios de Transporte por Carretera y Logística (ANET)”, así como al Instituto Navarro del Deporte y Juventud, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 25 de mayo de 2017. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.  
EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.