



Roj: **STSJ PV 3759/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:3759**

Id Cendoj: **48020330012015100550**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2015**

Nº de Recurso: **673/2014**

Nº de Resolución: **498/2015**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 673/2014
ORDINARIO
SENTENCIA NUMERO 498/2015

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a uno de diciembre de dos mil quince.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 673/2014 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución de 8 de setiembre de 2.014 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, -en lo sucesivo, OARC-KEAO-, que en el expediente EB 2014/80, estimó el interpuesto por la mercantil "Estacionamientos y Servicios, S.A.U- EYSSA-", contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regía la licitación del contrato de servicio de inmovilización, retirada y depósito del Ayuntamiento de Barakaldo, y declaró nulo el punto 16 de la carátula de dicho Pliego ordenando la nueva formulación del mismo.

Es parte en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : El AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO, representado por el Procurador Don PEDRO MARÍA SANTÍN DÍEZ y dirigido por el Letrado Don JOSÉ MARÍA PABLOS BLANCO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de noviembre de 2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Don PEDRO MARÍA SANTÍN DIEZ actuando en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 8 de setiembre de 2.014 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, -en lo sucesivo, OARC-KEAO-, que en el



expediente EB 2014/80, estimó el interpuesto por la mercantil "Estacionamientos y Servicios, S.A.U- EYSSA-", contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regía la licitación del contrato de servicio de inmovilización, retirada y depósito del Ayuntamiento de Barakaldo, y declaró nulo el punto 16 de la carátula de dicho Pliego ordenando la nueva formulación del mismo; quedando registrado dicho recurso con el número 673/2014.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- Por Decreto de 9 de abril de 2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de 1.800.000 euros.

CUARTO.- Por resolución de fecha 23 de noviembre de 2015 se señaló el pasado día 26 de noviembre de 2015 para la votación y fallo del presente recurso.

QUINTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente proceso la Resolución de 8 de setiembre de 2.014 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, -en lo sucesivo, OARC-KEAO-, que en el expediente EB 2014/80, estimó el interpuesto por la mercantil "Estacionamientos y Servicios, S.A.U- EYSSA-", contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regía la licitación del contrato de servicio de inmovilización, retirada y depósito del Ayuntamiento de Barakaldo, y declaró nulo el punto 16 de la carátula de dicho Pliego, -en acrónimo, PCAP-, ordenando la nueva formulación del mismo.

Como resumen de su alegato, el Ayuntamiento recurrente, única parte interviniente en este proceso, tras destacar su coincidencia esencial con el R.C- A nº 611/2014, expone los antecedentes del expediente de contratación de dicho servicio y los diversos informes internos y externo, -f. 41 a 51 de los autos -, que en su seno se emitieron, explicando que la fórmula establecida en los pliegos para determinar las ofertas anormalmente bajas o temerarias lo fue por la directa vinculación del precio contractual a los costes laborales (un 80% del tipo de licitación), debiendo el adjudicatario hacerse cargo de la plantilla preexistente en las mismas condiciones de trabajo y salariales, por lo que se concluyó que era muy difícil hacer ofertas por debajo del umbral del 10% del referido tipo sin originarse deudas a los empleados, que tendrían grave repercusión sobre el servicio, a cuya garantía en la contratación se refería el acuerdo pleno de 24 de abril de 2.014. (El coste de personal ascendería a 611.158,72 € sobre un total de 666.423,38 € (no incluido BI e IVA), por cada año de contrato).

Siendo ese el criterio del 10% que se plasmó finalmente en la cláusula 16.B) del PCAP, la sociedad recurrente sostuvo en la vía del Recurso Especial que la fijación de ese umbral estaba al alcance de cualquier licitadora pudiendo obtener todas la máxima puntuación vinculada al mismo, de manera que el precio quedaría anulado como criterio de valoración (60%) e iba a depender la adjudicación de los criterios que requerían un juicio de valor, (40%) en cuyo caso, el artículo 150.2 TRLCSP obliga a nombrar un Comité de Expertos.

Sin embargo, el OARC-KEAO estima el recurso y anula la cláusula 16 en función de diferenciar los dos tipos de situaciones que se regulan en el artículo 152 en relación con la determinación de las ofertas desproporcionadas o anormales (parámetros objetivos referidos al conjunto de las ofertas si el precio es el único criterio valorable, con remisión al artículo 85 del RGCAP de 2.001, o bien parámetros a indicarse expresamente en los pliegos, en caso de existir varios criterios de valoración), pero por entender que cuando las desproporcionalidad está referida solo al precio, como en el caso, pese a concurrir varios criterios, debe estar referenciado ese umbral al *conjunto de ofertas válidas* y no al precio del contrato.

Esa solución lleva a la Administración municipal recurrente a aducir incongruencia "*ultra/extra petita*" antela disparidad del motivo acogido en relación con el planteado por la sociedad EYSSA recurrente, que no discutía en modo alguno el porcentaje de baja del 10 por 100 establecido en los pliegos, sino que instaba la constitución de un Comité de Expertos, siendo tal razón impugnatoria ilustrada con numerosas citas jurisprudenciales.

Tampoco acepta la demandante la premisa de que la fijación del umbral de la baja en el 10% sobre tipo de licitación vaya a permitir a todos los licitadores obtener la máxima puntuación lo que llevaría a esa necesidad de constituir el referido Comité, tal y como sostenía la recurrente en vía especial, pues no es probable que esa coincidencia de los licitadores en la oferta con el 10% de baja se produzca, y, sobre todo, se entiende que las ofertas que lo superen no quedan por ello excluidas de forma automática ni dejan de obtener por ello la mayor puntuación que luego en proporción pura se aplicará a las más altas. Esta argumentación habría sido eludida por el OARC.



Se defiende asimismo el punto de vista de que no deben mezclarse las dos situaciones a las que el legislador ha conferido soluciones distintas, como las que regula el artículo 152 del Texto Refundido 3/2.011, de 14 de Noviembre, pues en este caso el PCAP cumple plenamente el requisito del apartado 2 de dicha disposición al establecer el porcentaje de baja del 10%, y queda excluida la aplicación del artículo 152.1. Se examinan a este respecto diversas resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales como las de 10 de enero y 5 de Febrero de 2.014.

Se alude finalmente a que la resolución impugnada dejaría sin efecto ni valor el acuerdo municipal antes mencionado de 24 de abril de 2.014 sobre garantías de mantenimiento de las condiciones laborales en la contratación municipal.

SEGUNDO.- Examinando ordenadamente esas alegaciones de impugnación, se va a comenzar por dirimir la eventual incongruencia de dicha Resolución del OARC, con conclusión que se anticipa como desestimatoria en ese extremo.

Tomando como base lo que ya en anteriores ocasiones ha considerado esta misma Sala y Sección, (así, Sentencia de 20 de julio de 2.015 (ROJ: STSJ PV 2401/2015) en el R.C- A nº 518/2.014, cabe decir en general que;

"...apunta entre otras muchísimas la STS de 28 de Marzo de 2.003, (Ar. 3.034), siguiendo criterios jurisprudenciales constantes, que se da, "...siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita, (SSTS. Sala Primera de 18 de Noviembre de 1.996, (Ar. 8.213), de 5 de Noviembre de 1.997, (Ar. 7.884), y de 31 de marzo de 1.998, (Ar. 2.038), entre otras muchas), exigiéndose para ello según la Jurisprudencia de este Tribunal (Sentencia de 6 de Junio de 1.998, entre otras) «la confrontación entre los pronunciamientos de su parte dispositiva y el objeto del proceso, de la que se deducirá la adecuación, o no, entre el resultado que pretenden obtener los litigantes, los hechos que sustentan sus pretensiones y las razones jurídicas en que se basan», toda vez que el vicio de incongruencia, entendido como un desajuste entre el fallo y los términos en que las partes formulan sus pretensiones puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutivo de una efectiva denegación de la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia judicial, como se indica en la Sentencia de esta Sala y Sección de 7 de Mayo de 1.998, (Ar. 4.630)."

Y esa constante Jurisprudencia dice asimismo que los órganos judiciales de lo Contencioso-Administrativo, -lo que supone un régimen trasladable a mero nivel conceptual a un órgano como el que en este caso ha actuado-, "están obligadas a juzgar dentro de los límites de las pretensiones de las partes y de las alegaciones formuladas para sustentar el recurso y la oposición, de tal manera que existe incongruencia tanto cuando la sentencia se detiene, "*citra petita partium*", y omite resolver sobre alguna de las pretensiones formuladas, como cuando resuelve "*ultra petita partium*" sobre pretensiones no formuladas y, finalmente, **cuando se desvía de los términos en que se plantea la controversia y falla "extra petita partium" sobre cuestiones diferentes de las planteadas**". -De la STS de 16 de Febrero de 2.009. (R.J. 1.800).

Por ello nos permitimos anticipar que el tipo de incongruencia que la parte actora denuncia encierra el aspecto más determinante de la incongruencia ultra petita, en la medida en que el OARC habría decidido sobre pretensiones y pedimentos no ejercitados por la firma licitadora recurrente, y, de ser así, no puede dudarse de que determinadas incongruencias en tales acuerdos, -si son desvirtuadores de la función revisora que les compete, o incurrir en reformatio in peius-, determinarán la invalidez del acuerdo adoptado.

Ese alcance debe atribuirse por tanto a aquellos supuestos en que el órgano de revisión especial, apartándose de la causa de pedir y de las concretas peticiones del recurrente, decide otras opciones sobre el concurso o sobre otras fases del mismo que no han sido materia de impugnación, erigiéndose él mismo en promotor de oficio de la acción contra los actos administrativos preparatorios del expediente, o sus cláusulas y pliegos, de manera que su revisión desborda el límite natural jurídico administrativo procedimental -comprensivo, a lo sumo, de acuerdo con el artículo 89.1 LRJ-PAC, **de todas las cuestiones o motivos que pueda suscitar el expediente y previa audiencia de partes si son suscitados de oficio** -."

Si trasladamos seguidamente ese esquema al supuesto enjuiciado se verifica que en efecto, y conforme a la perspectiva que ofrece el Ayuntamiento recurrente, el Órgano especial ha tomado como razón decisoria del recurso una cuestión que no era la que estrictamente planteaba la sociedad mercantil recurrente, que partiendo de la validez de la cláusula 16ª de la carátula, propugnaba una corrección de sus efectos mediante la constitución, dígase por analogía, del Comité de Expertos previsto por el artículo 150.2 del TR para que efectuase las evaluaciones o juicios de valor que iban ser determinantes, a su criterio, de la suerte de la adjudicación. -F. 10 a 17 del e.a.-



Ahora bien, al proceder de ese modo, el OARC no ha traspasado los límites de la pretensión deducida ni las peticiones anulatorias del recurso, ni ha incurrido por tanto en incongruencia *ultra petitum*, sino que haciendo ejercicio de la facultad que como órgano de justicia administrativa detenta, ha decidido examinar otras cuestiones que el expediente suscitaba según su libre apreciación, y la resultancia en tal caso de un supuesto de incongruencia "*extra petitum*" no es automática ni incondicional, pues esa facultad puede llevar a que en efecto se decida el recurso en base a otras cuestiones no suscitadas por el promotor, y lo que determinará su validez es la previa observancia o no del trámite de audiencia a los interesados que en el ámbito del procedimiento administrativo que rige ese recurso, - artículo 46.1 TR-, impone el artículo 89.1 LRJ-PAC, y en este ámbito jurisdiccional, los artículos 33.2 y 65.2 LJCA.

El siguiente argumento a considerar es que, aunque ese trámite de audiencia no conste en las actuaciones que se dispusiese ni llevase a cabo, la omisión no es ajena a la peculiar configuración de la intervención de partes en el concreto procedimiento seguido. El Ayuntamiento recurrente, como órgano administrativo de contratación y poder adjudicador autor de los pliegos impugnados, ha limitado preceptivamente su actuación a la remisión del informe previsto por el artículo 46.2, y no es tenido como parte a efectos de ser oído y alegar en el mismo. En consecuencia, la parte respecto de la que esa omisión podría resultar efectiva y relevante a efectos de indefensión era tan solo la que había interpuesto el recurso, -y única que ha existido dentro de su trámite-, mientras que la entidad local contratante, no siendo parte, nunca habría sido oída en el marco del artículo 89.1 LPAC, ni, como tal, ha intervenido de manera contradictoria en el procedimiento, por lo que, sin perjuicio del proceso ahora interpuesto, entendemos que no le cumple invocar como infringido el referido principio de contradicción y congruencia por causa de haberse apartado la resolución de los términos en que discurrió la controversia que, como tal, no llegó a surgir ni formalizarse en dichas actuaciones.

TERCERO.- Así zanjada la cuestión referida a vicios "*in procedendo*", en la vertiente de fondo, no obstante, se considera el recurso contencioso-administrativo interpuesto digno de prosperar.

Solo cabe reiterar que el artículo 152.1 del TRLCSP señala que,

"Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado."

Esa sería la hipótesis, ajena al concurso sobre el que se orquesta la adjudicación del servicio de este caso, en que entraría en escena la previsión y fórmulas de cálculo del artículo 85 del Reglamento parcialmente vigente, aprobado por Real Decreto 1.098/2.001, de 12 de Octubre, y para el que éste despliega todo su desarrollo fijando los oportunos parámetros normativos.

Fuera de esa situación, el que entra en juego es el apartado 2, conforme al cual, "*Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrán expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, **podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.***"

Es decir, que se está tan solo frente a una norma facultativa o dispositiva que apodera a la Administración contratante para fijar los parámetros objetivos con que pueda (y deba, en su caso), determinarse que una oferta es anormal y no puede ser cumplida, para lo cual habrá de poner en funcionamiento el mecanismo de verificación dispuesto por el artículo 152.3 que, en efecto, no supone la automática y previa exclusión de la proposición económica afectada -apartado 4-, pero que, habida cuenta de la rigidez y escaso margen de diferenciación que las ofertas económicas, según se dice, podrían ofrecer en función de los criterios de garantía de las condiciones laborales imperantes en la plantilla a subrogar, (y que habrían de justificarse en todo caso en dicha información del artículo 152.3), no parece abrir grandes posibilidades competenciales en el caso de un servicio cuyos costes gravitan especialmente sobre la mano de obra. De otro modo tampoco se explicaría que el Ayuntamiento presuponga desvalidado el Acuerdo plenario de 24 de Abril de 2.014 como inspirador de ese umbral de temeridad en principio exiguo que se establece por razones de garantía laboral.

De otra parte, la razón diferencial entre las dos situaciones normativas del artículo 152, 1 y 2, se presenta bastante asequible, pues si es tan solo el precio de la oferta el que determina la adjudicación, será indispensable que la norma articule un mecanismo más o menos automático de exclusión de las bajas infundadas o temerarias para no hacer irremediable el fracaso del contrato. En cambio, si el precio es tan solo uno de los elementos que han de contribuir a que la Administración convocante deduzca cual de entre las



formuladas es la proposición más ventajosa, independientemente de su componente económico, la fijación de parámetros en tal sentido solo tendrá un carácter facultativo y no esencial.

La perspectiva que asume el OARC no está en modo alguno exenta de una razonabilidad abstracta y formal conectada con el logro por parte del poder adjudicador de las mayores ventajas competitivas que el mercado pueda determinar, y que es reclamada desde múltiples tribunas, círculos y organizaciones en pro de la mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos destinados a la contratación de servicios, -artículo 1.1 TR-, como instrumento que no solo se limite a transferir al sector privado los beneficios de una gestión exenta de riesgos, y a los que los poderes públicos renuncien mecánicamente y resignadamente sin optimizar la asignación de dichos recursos, pero la tesis decisiva así adoptada, con innegable potencial "*de lege ferenda*", entra en colisión con los términos legales y su general interpretación, y se sitúa en un plano difícilmente coherente con las facultades que las Administraciones contratantes detentan y con las mismas rigideces en la determinación de las ofertas económicas que, en supuestos como el presente, pueden producirse.

Y para completar el ciclo, tampoco contaría con viabilidad normativa el planteamiento originario del recurso por parte de EYSSA (que la resolución soslaya en un sentido que habría que entender implícitamente desestimatorio), pues presupone una hipótesis que no es improbable, -la que de que todos o la mayoría de los candidatos reduzcan sus ofertas económicas al nivel del umbral de proporcionalidad, del 10% del tipo de licitación-, y que, neutralizado el criterio matemático de mayor ponderación, (60%) cobren relevancia determinante los criterios basados en un juicio de valor sin que concurra la garantía de evaluación por parte de expertos, pero no por ello el órgano revisor puede incurrir en soluciones voluntaristas y de tono preventivo que se aparten de la legalidad.

CUARTO.- Procediendo la estimación del recurso y sin parte demandada opuesta, no ha lugar a hacer preceptiva imposición de costas. - Artículo 139.1 LJCA .

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala, (Sección Primera), dicta el siguiente,

FALLO

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES DON PEDRO MARÍA SANTIN DIEZ EN REPRESENTACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE BARAKALDO, CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 88/2.014, DE 8 DE SETIEMBRE, DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI -OARC-KEAO-, CON REFERENCIA "EB 2014/80", RELATIVA A LOS PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DEL CONTRATO DE SERVICIO DE INMOVILIZACIÓN, RETIRADA Y DEPÓSITO DE DICHO AYUNTAMIENTO, Y DECLARAMOS DISCONFORME A DERECHO Y ANULAMOS DICHA RESOLUCIÓN, SIN ESPECIAL IMPOSICIÓN DE COSTAS.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS**, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con n° 4697 0000 93 0673 14, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que quedará testimonio completo en estos autos con encuadernación de su original, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 1 de diciembre de 2015.