

INFORME JURÍDIC EN RELACIÓ AMB LA VALORACIÓ DE LA PROPOSTA AVALUABLE MITJANÇANT FÓRMULES (SOBRE 3) DEL PROCEDIMENT DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA DELS “SERVEIS D'IMPLANTACIÓ, MANTENIMENT I GESTIÓ DEL SERVEI DE BICICLETA PÚBLICA METROPOLITANA DE BARCELONA” (EXPEDIENT NÚMERO 14933616)

I. OBJECTE

És objecte d'aquest informe l'anàlisi de fets i jurídica en relació amb la valoració de la proposta avaluable mitjançant fórmules (sobre 3) del procediment de contractació pública dels “Serveis d'implantació, manteniment i gestió del servei de bicicleta pública metropolitana de Barcelona” (expedient número 14933616).

En atenció a l'objecte d'aquest informe caldrà tenir en compte els fonaments de dret, qüestió prèvia, antecedents de fet de necessari coneixement i anàlisi jurídica de l'àmbit de la contractació pública aplicable a Transports Metropolitans de Barcelona (en endavant TMB) i que es desenvolupen a continuació.

II. FONAMENTS DE DRET

- Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (“LCSP”)
- Directiva 2014/23/UE del Parlament Europeu i del Consell de data 26 de febrer de 2014 sobre adjudicació de contractes de concessió i mitjançant la qual es deroga la Directiva 2004/17/CE (“Directiva 2014/23”)
- Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell de data 26 de febrer de 2014 sobre contractació pública i mitjançant la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE (“Directiva 2014/24”)
- Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (“RGLCAP”)

III. QÜESTIÓ PRÈVIA

Amb caràcter previ a l'anàlisi jurídica d'aquest informe, cal remarcar que s'ha procedit al seu desenvolupament, atès, en primer lloc, per l'encomana d'una administració pública -en aquest cas de l'AMB- en favor de TMB per a la tramitació del respectiu procediment de contractació pública i, en segon lloc, per la sol·licitud de la Mesa de contractació de l'emissió d'un informe per la deguda justificació i motivació de l'informe del sobre 3 com a tràmit portat a terme en la respectiva licitació per a l'adjudicació de l'esmentat servei públic.

Recordem que, d'acord amb el que s'indica en els plecs tècnics reguladors d'aquesta licitació, el Pla Metropolità de Mobilitat Urbana 2019-2024 (PMMU), aprovat definitivament el 27 d'octubre de 2020 pel Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), va proposar el desplegament d'un servei de bicicleta pública complementari als mitjans de transport públics metropolitans amb l'objectiu de millorar la connectivitat interurbana, la sostenibilitat de la mobilitat i complementar el sistema de transport públic. El 27 de juliol de 2021, el Consell Metropolità de l'AMB va aprovar la creació del Servei de bicicleta pública complementari als mitjans de transport públics metropolitans (en endavant, bicicleta pública metropolitana), així com els documents que l'acompanyaven l'expedient (segons l'article 159 del Reglament d'Activitats, Obres i Serveis – ROAS – de les entitats locals). I finalment, en l'apartat 1.5 del Projecte d'establiment i prestació, es va proposar que la forma de gestió del nou servei fos la gestió directa, encomanada a Projectes i Serveis de Mobilitat SA (PSM o gestor del



servei), societat mercantil local, segons les condicions de l'article 85.2 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local (LBRL).

IV. ANTECEDENTS DE NECESSARI CONEIXEMENT

Transports Metropolitans de Barcelona és la denominació comuna de les empreses Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA, que gestionen la xarxa de metro i autobús de l'àrea metropolitana de Barcelona. També inclou les empreses Projectes i Serveis de Mobilitat, SA, Transports Metropolitans de Barcelona, SL, així com la Fundació TMB.

En data 17 de desembre de 2021, la societat Projectes i Serveis de Mobilitat, SA va iniciar el procediment de contractació pública dels "Serveis d'implantació, manteniment i gestió del servei de bicicleta pública metropolitana de Barcelona" (expedient número 14933616), mitjançant la publicació del corresponent anunci de l'inici de la licitació. Posteriorment, es van publicar esmenes a l'anunci en data 21 de desembre de 2021 i 11 i 12 de gener de 2022.

D'acord amb l'esmentat anunci, el termini per a la presentació d'ofertes finia en data 28 de febrer de 2022, presentant-se finalment proposta per part de les següents empreses o grups d'empreses:

- Ferroviario Servicios, SAU – PBSC Urban Solutions, INC – Estacionamientos y Servicios, SAU
- UTE Movus – Movement Nextbike
- Citybike Global, SA

Posteriorment, es va procedir a l'obertura del sobre 1 (documentació administrativa), sobre 2 (Proposta avaluable mitjançant judicis de valor) i sobre 3 (Proposta avaluable mitjançant fórmules), respectivament en data 1 de març, 10 de març i 21 d'abril de 2022.

D'acord amb el resultat de l'obertura del sobre 3 (proposta avaluable mitjançant fórmules) que consta detallat a l'informe de sobre 3, en les propostes ofertes pels licitadors respecte dels imports de possibles modificacions previstes, es va identificar la inclusió de preus unitaris mitjançant preus irrisoris o inexistents d'import 0,01 €, concretament en les ofertes formulades per UTE Movus – Movement Nextbike i Citybike Global, SA.

L'anàlisi jurídica que es portarà a terme en els següents apartats, tractarà el règim jurídic d'aplicació entorn als preus irrisoris o inexistents i la seva deguda valoració conforme a dret.

V. ANÀLISI JURÍDICA

D'acord amb l'indicat en l'apartat anterior, procedim a continuació a les següents anàlisis i consideracions jurídiques:

a) Respecte dels criteris d'adjudicació i millores valorables per fórmules

De conformitat amb el que s'estableix als apartats W, Y del quadre de característiques (QC) del plec de clàusules particulars (PCP) i als annexes que formen el contingut de sobre 3 – Model Excel "Oferta Valoració Formulas.xlsx" i l'Annex 1 "Model Oferta

Econòmica” els criteris d’adjudicació i millores valorades per fórmules es componen dels següents conceptes:

- a) Oferta econòmica, que serà el preu que s’adjudicarà al licitador que presenti l’oferta amb la millor qualitat-preu. L’oferta econòmica resulta de l’aplicació al preu unitari ofert pels diferents conceptes que componen la prestació del servei multiplicat pel número estimat d’unitats previstes per un màxim de 8 anys:

Concepte	Quantitat	Puntuació màxima
Operació, inclou la bateria de les bicicletes, flota inicial de bicicletes (anual)	2.600	55,2
Estacions, sense escomesa elèctrica – 20 ancoratges de mitjana	118	5,2
Estacions, amb escomesa elèctrica – 20 ancoratges de mitjana	118	4,1
Bicicletes, excepte bateria	2.600	2,2
Puntuació màxima total		66,7

- b) Import corresponent a modificacions previstes als plecs i que s’executaran, en el seu cas, de conformitat amb l’art. 204 LCSP i als apartats D i AD del QC. Es valoren els preus unitaris oferts a les diferents modificacions previstes, aplicat a una estimació de número d’ampliacions:

Concepte	Quantitat màxima estimada	Puntuació màxima
Ampliació prestació de servei, inclou bateria de les bicicletes, de la flota ampliada de bicicletes.	400 bicicletes	6,4
Instal·lació de Kit cadena intel·ligent. Preu màxim relatiu al cost mitjà per instal·lar el kit de cadenas intel·ligent a les bicicletes.	3000 bicicletes	0,5
Ampliació bicicletes, excepte bateria.	400 bicicletes	0,8
Ampliació d’estacions. Convertir una estació sense escomesa elèctrica amb escomesa elèctrica.	50 estacions	0,8
Ampliació d’estacions sense escomesa elèctrica.	10 estacions	0,2
Ampliació d’estacions amb escomesa elèctrica.	30 estacions	1
Ampliació ancoratges. Preeu màxim relatiu a l’ampliació d’un ancoratge en una estació instal·lada.	400 ancoratges	0,2
Ampliació ancoratges virtuals.	800 ancoratges	0,1
Desmuntatge i muntatge d’estacions	20 estacions	0,1
Evolució sistemes informació.	800 h/any	0,8
Ampliació horari 24 hores		2,4
Puntuació màxima total		13,3

En relació amb els preus unitaris corresponents a les modificacions previstes es va establir un preu unitari màxim. La superació dels preus unitaris màxims comportarà l'exclusió de l'oferta.

Per tant, es un criteri d'adjudicació que no forma part del preu d'adjudicació.

c) Altres criteris de valoració valorables per fórmula:

Concepte	Puntuació màxima
Proposta ampliada d'estacions amb escomesa elèctrica (instal·lació escomesa elèctrica a 25 estacions inicials sense escomesa).	0,6
Implantació del sistema fotovoltaic de generació d'energia elèctrica a totes les estacions que pugui cobrir les funcionalitat bàsiques de l'estació.	0,2
Puntuació màxima total	0,8

d) Millora valorable per fórmula:

Concepte	Puntuació màxima
Tenir una assegurança d'accidents que garanteixi els danys i lesions per accidents soferts pels usuaris autoritzats del servei de Bicimet durant l'ús del servei i que doni les cobertures establertes a l'apartat Y del QC.	1
Puntuació màxima total	1

A conseqüència del detall exposat, el preu d'adjudicació es conforma amb el sumatori dels conceptes que formen l'apartat V.a). Així resulta dels documents que formen el contingut de l'oferta de sobre 3:

- L'Annex 1 "Model Oferta Econòmica", inclou únicament els següents conceptes, de la suma dels quals resultarà l'import d'adjudicació:

Prestació del servei	Màxim	** omplir pel licitador (preus sense IVA)	Total oferta licitador	Anys màxim
Operació, inclou la bateria de les bicicletes, flota inicial de bicicletes (anual)	2600			8
Estacions, sense escomesa elèctrica , 20 ancoratges de mitjana	118			
Estacions, amb escomesa elèctrica , 20 ancoratges de mitjana	118			
Bicicletes, excepte bateria	2600			
Total PBL oferta licitador				
IVA				
Total PBL oferta licitador amb IVA				

L'import ofert en concepte d'oferta econòmica està vinculat al pressupost base de licitació (PBL) en tant que, en cas que l'oferta econòmica superi el PBL, aquesta quedaria exclosa.

- Model Excel "Oferta Valoració Formulas.xlsx". A aquest document els licitadors havien d'indicar, per una banda, el detall dels imports de l'oferta econòmica per la prestació de servei, i per altra banda, els imports i oferta de la resta de criteris d'adjudicació que no formen part del preu a adjudicar.

Així, es diferencia entre els següents:

- Prestació de servei que, com s'ha posat de manifest, no podrà superar l'import del PBL sense IVA (clàusula 20.8 CAG).
- Ampliacions, respecte de les que s'estableix un preu unitari màxim i no podran superar l'import corresponent al 20% de les modificacions previstes als apartats D i AD del PCP.
- Altres criteris valorables per fórmules i millora, respecte dels que els licitadors havien d'indicar SI/NO els oferten.

Per tot de l'anterior, s'evidencia ja en els propis plecs reguladors que els imports dels preus unitaris oferts per les diferents ampliacions tenen la consideració de modificacions previstes als plecs i que s'executaran, en el seu cas, de conformitat amb l'art. 204 LCSP i als apartats D i AD del QC i que en cap cas formen part del preu d'adjudicació que es conforma amb el sumatori dels conceptes que formen l'apartat V.a).

Aquest aspecte és rellevant per a la no consideració d'aquests preus dins de la valoració de l'oferta econòmica. En primer lloc, perquè els imports amb preus irrisoris o inexistents s'han ofertat en les propostes dels licitadors respecte dels imports de possibles modificacions previstes, no en l'apartat de l'oferta econòmica. I en segon lloc, perquè derivat de l'anterior, l'oferta econòmica serà el preu que s'adjudicarà al licitador que presenti l'oferta amb la millor qualitat-preu, i, per tant, aquests preus unitaris no poden condicionar l'oferta presentada en la consideració de la temeritat d'una oferta com anormalment baixa, així com tampoc respecte de la contaminació d'aquests preus unitaris a la globalitat de l'oferta presentada.

b) Respecte dels criteris per a la determinació d'una oferta anormalment baixa d'acord amb el previst en els plecs reguladors del procediment de contractació pública de referència, així com en la normativa d'aplicació

En relació amb els criteris per a la determinació d'una oferta anormalment baixa (en endavant també OAB), d'acord amb el previst en els plecs reguladors del procediment de contractació pública de referència, cal indicar que es van preveure del mode següent:

b.1) Als plecs de la licitació (Quadre de característiques tècniques i clàusula 21 del PCP), s'estableixen els següents criteris per considerar que les ofertes són anormalment desproporcionades:

Z	CRITERIS DE DESEMPAT I CRITERIS PER A DECLARAR QUE UNA OFERTA CONTÉ VALORS ANORMALS O DESPROPORCIONATS
Criteris de desempat: ☒ S'apliquen els criteris de desempat previstos a l'article 147.2 de la LCSP. ☐ S'apliquen els següents criteris de desempat:	
Criteris per a declarar que una oferta conté valors anormals o desproporcionats: -En cas que únicament s'hagi establert com a criteri d'adjudicació el preu, per determinar si les ofertes contenen valors anormals s'estarà a les regles previstes en l'article 85 del Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques. -En cas que s'hagin establert diversos criteris d'adjudicació, per determinar l'existència d'una oferta presumptament anormal o desproporcionada s'estarà als següents paràmetres: Pel que fa al preu s'estarà a l'indicat a l'apartat anterior	

"Clàusula 21. Ofertes amb valors anormals o desproporcionats

1. La determinació de les ofertes que presentin valors anormals o desproporcionats es durà a terme en funció dels límits i paràmetres objectius establerts a l'Apartat Z del Quadre de característiques.
2. En cas que s'hagin presentat ofertes per part de diversos licitadors que pertanyin a un mateix grup, en el sentit de l'article 42.1 del Codi de Comerç, es tindrà en compte únicament, per aplicar el règim d'identificació de les ofertes incurses en presumpció d'anormalitat, aquella que fos més baixa, amb independència de que presentin la seva oferta en solitari o conjuntament amb una altra empresa o empreses alienes al grup mitjançant una unió temporal.
3. Si amb l'aplicació dels criteris previstos a l'Apartat Z del Quadre de característiques s'identifica una o diverses proposició/ns com a presumptament anormal/s o desproporcionada/es, la Mesa de Contractació requerirà al/s licitador/s afectat/s que justifiqui/n i desglossi/n raonadament i detalladament el baix nivell dels preus, dels costos o de qualsevol altre paràmetre en base al qual s'hagi definit l'anormalitat de la/es oferta/es, mitjançant la presentació d'aquella informació i documents que resultin pertinents a aquests efectes. El/s licitador/s disposarà/n d'un termini suficient per a presentar la informació i els documents que siguin pertinents, establert en cinc dies hàbils.
4. Transcorregut el termini indicat en l'apartat anterior, si la Mesa de Contractació no rep la informació i la documentació justificativa sol·licitada, ho posarà en coneixement de l'òrgan de contractació i es considerarà que la posposició no podrà ser completa, quedant l'empresa licitadora exclosa del procediment.
5. Un cop rebuda la informació i documentació justificativa sol·licitada dins de termini, se sol·licitarà un informe als serveis tècnics a fi i efecte de valorar si les justificacions desvirtuen la presumpció de valors anormals o desproporcionats.
6. A la vista de l'informe a què fa referència l'apartat anterior, la Mesa de Contractació elevarà la corresponent proposta d'acceptació o rebuig de la proposició, degudament motivada, a l'òrgan de contractació, per tal que aquest decideixi o bé l'acceptació de l'oferta, perquè considera acreditada la seva viabilitat, o bé, en cas contrari, el seu rebuig.
7. En tot cas, es rebutjarà l'oferta que incorri en presumpció d'anormalitat si es comprova que és anormalment baixa perquè vulnera la normativa sobre subcontractació o no compleix les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral, nacional o internacional, incloent l'incompliment dels convenis col·lectius sectorials vigents, en aplicació de l'article 201 de la LCSP. S'entendrà, també en tot cas, que la justificació no explica satisfactòriament el baix nivell dels preus o costos proposats pel licitador quan aquesta sigui incompleta o es fonamenti en hipòtesis o pràctiques inadequades des del punt de vista tècnic, jurídic o econòmic. En cas que es comprovi que una oferta és anormalment baixa degut a que el licitador ha obtingut una ajuda de l'Estat, només es rebutjarà l'oferta per aquesta causa si el licitador no pot acreditar que dita ajuda s'ha concedit sense contravenir les disposicions comunitàries en matèria d'ajudes públiques. En cas que l'òrgan de contractació rebutgi una oferta per aquesta raó, haurà d'informar a la Comissió Europea.
8. En cas que l'adjudicació recaigui en un licitador la oferta del qual es troba incursa en presumpció d'anormalitat, s'establiran mecanismes adequats per a realitzar un seguiment de l'execució del Contracte."

b.2) Altrament els plecs es remeten a l'article 85 del Reial Decret 1098/2001 i 149 de la Llei 9/2017 que estableixen respectivament el següent:

"Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas.

Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:

- 1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- 2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*
- 3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*
- 4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.*
- 5. Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.*
- 6. Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.”*

“Artículo 149. Ofertas anormalmente bajas.

- 1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.*

- 2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.*

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

- a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.*

- b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.*

- 3. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con*

independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.

4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

5. En los casos en que se compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación.

En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.

7. Cuando una empresa que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.”

Per tant, tal com es determina en el QDC i en la clàusula 21 dels plecs reguladors, en l'article 85 del Reial Decret 1098/2001 i en l'article 149 de la Llei 9/2017, així com -tal com veurem en apartats posteriors- en la jurisprudència i doctrina que resulta d'aplicació, la valoració de la temeritat d'una oferta anormalment baixa ho serà exclusivament respecte del preu total d'aquesta. Per tant, la doctrina dels tribunals administratius i la jurisprudència, com a regla general l'anormalitat de l'oferta ha d'apreciar-se sempre en el seu conjunt per la globalitat de l'oferta, llevat que els Plecs hagin establert de manera expressa que aquesta s'observarà per cadascun dels preus unitaris.

En aquest sentit, en els plecs reguladors objecte d'aquest informe no es vincula la temeritat a cadascun dels preus unitaris, ni es prohibeix la presentació d'ofertes a preus irrisoris o pròxims a zero i per tant davant de la manca de regulació específica comporta que el càlcul de l'anormalitat d'aquesta licitació ha de realitzar-se exclusivament respecte de l'oferta econòmica, atès que ni en els plecs ni en cap documentació del procediment de contractació s'especifica que s'hagi d'efectuar de manera diferenciada.

Si els plecs reguladors del procediment objecte d'aquest informe no prohibeixen la presentació d'ofertes a preus zero o pròxims a zero, i en el seu conjunt el contracte resulta oneros, no s'origina cap causa de rebutj de les ofertes plantejades. Per aquest motiu, excloure o sancionar a possibles licitadors per la inclusió de preus irrisoris o inexistents aniria en contra del propi marc jurídic en funció del determinat en els propis plecs reguladors del procediment de referència, així com en la normativa específica de l'àmbit de la contractació pública que resulta d'aplicació i els seus principis rectors d'igualtat de tracte, no discriminació, transparència, proporcionalitat i integritat.

c) Respecte dels preus unitaris en els plecs reguladors del procediment de contractació de referència

L'apartat Y del PCP indica el següent en relació amb els criteris d'adjudicació als que els licitadors han presentat oferta a preu unitari d'import 0,01 €:

- Instal·lació de Kit cademat intel·ligent. Preu màxim relatiu al cost mitjà per instal·lar el kit de cademat intel·ligent a les bicicletes. Màxim estimat de 3.000 bicicletes. (màxim 0,5).

S'assignarà la totalitat de punts a l'oferta econòmica més baixa, i de forma proporcional a cadascuna de les altres ofertes rebudes s'assignarà una puntuació inferior en funció de l'excés de preu que suposin respecte de la més baixa, segons la fórmula:

$$Punts = 0,5 \times \frac{Oferta\ més\ baixa}{Oferta\ presentada}$$

No es pot superar el preu màxim unitari indicat el model Excel (Oferta valoració formulas.xlsx". superar aquest preu serà motiu d'exclusió sense possibilitat d'esmenes.

En relació a aquest criteri d'adjudicació, a l'apartat 3.2.4. del Plec de Prescripcions Tècniques (PPT) s'indica que l'adjudicatari haurà d'incorporar, en el moment que PSM ho consideri convenient, un kit de cademat intel·ligent a les bicicletes que permeti el bloqueig de les mateixes en àrees definides com ampliacions virtuals.

- Ampliació ancoratges virtuals. Màxim estimat de 800 ancoratges virtuals (màxim 0,1 punts)

S'assignarà la totalitat de punts a l'oferta econòmica més baixa, i de forma proporcional a cadascuna de les altres ofertes rebudes s'assignarà una puntuació inferior en funció de l'excés de preu que suposin respecte de la més baixa, segons la fórmula:

$$Punts = 0,1 \times \frac{Oferta\ més\ baixa}{Oferta\ presentada}$$

No es pot superar el preu màxim unitari indicat el model Excel (Oferta valoració formulas.xlsx". superar aquest preu serà motiu d'exclusió sense possibilitat d'esmenes.

En relació a aquest criteri d'adjudicació, a l'apartat 4.1. del Plec de Prescripcions Tècniques s'indica que l'adjudicatari haurà d'incorporar ancoratges virtuals, a petició de PSM, en el moment que les bicicletes disposin de kit de cademat intel·ligent, per permetre ampliar una estació d'ancoratges físics amb places o ancoratges virtuals.

- Desmuntatge i muntatge d'estacions (màxim estimat de 20 estacions). No inclou escomesa elèctrica (màxim 0,1 punts)

S'assignarà la totalitat de punts a l'oferta econòmica més baixa, i de forma proporcional a cadascuna de les altres ofertes rebudes s'assignarà una puntuació inferior en funció de l'excés de preu que suposin respecte de la més baixa, segons la fórmula:

$$Punts = 0,1 \times \frac{Oferta\ més\ baixa}{Oferta\ presentada}$$

No es pot superar el preu màxim unitari indicat el model Excel (Oferta valoració formulas.xlsx". superar aquest preu serà motiu d'exclusió sense possibilitat d'esmenes.

En relació a aquest criteri d'adjudicació, a l'apartat 13.5 del Plec de Prescripcions Tècniques s'indica que l'adjudicatari haurà de desmuntar les estacions que es vegin afectades per obres o altres feines de llarga durada que tinguin lloc a la via pública, o

per motius de demanda, i muntar-les en una ubicació nova, prèvia aprovació de PSM. PSM podrà sol·licitar anualment dos canvis d'estacions (desmuntatge i muntatge) sense cap cost afegit. El cost no inclou moure ni instal·lar una nova escomesa de llum. El contracte preveu la modificació contractual per quan hi hagi més de dues accions de desmuntatge i muntatge d'estacions a l'any.

- Ampliació horari 24 hores. Preu operació ampliació del servei (màxim 2,4 punts)

S'assignarà la totalitat de punts a l'oferta econòmica més baixa, i de forma proporcional a cadascuna de les altres ofertes rebudes s'assignarà una puntuació inferior en funció de l'excés de preu que suposin respecte de la més baixa, segons la fórmula:

$$Punts = 2,4 \frac{Oferta\ més\ baixa}{Oferta\ presentada}$$

No es pot superar el preu màxim unitari indicat el model Excel (Oferta valoració formulas.xlsx". superar aquest preu serà motiu d'exclusió sense possibilitat d'esmenes.

En relació a aquest criteri d'adjudicació, a l'apartat 2.3 del Plec de Prescripcions Tècniques s'indica que el servei de bicicleta pública metropolitana és un servei operatiu 19 hores/7 dies a la setmana i 365 dies a l'any. La retirada de bicicletes o el seu retorn estarà disponible entre les 5:00 i les 24:00. També s'indica que PSM podrà establir restriccions operatives a la retirada de bicicletes o ampliacions operatives al retorn, i que durant el contracte, PSM podrà sol·licitar a l'adjudicatari una ampliació del servei operatiu fins a les 24 hores.

d) Ofertes amb preus unitaris d'import 0,01 €

Tal com hem indicat anteriorment, d'acord amb el resultat de l'obertura del sobre 3 (proposta avaluable mitjançant fórmules) que consta detallat a l'informe de sobre 3, en les propostes ofertes pels licitadors respecte dels imports de possibles modificacions previstes, es van identificar la inclusió de preus unitaris d'import 0,01 € en les ofertes formulades per UTE Movus – Movement Nextbike i Citybike Global, SA, en relació amb els següents criteris d'adjudicació:

- Instal·lació de Kit cademat intel·ligent. Preu màxim relatiu al cost mitjà per instal·lar el kit de cademat intel·ligent a les bicicletes. Màxim estimat de 3.000 bicicletes. (màxim 0,5).

Licitador	Preu unitari	Número unitats	Import sense IVA	Punts
Ferrovial Servicios, SAU – PBSC Urban Solutions, INC – Estacionamientos y Servicios, SAU	124,38 €	3000	373.125,00 €	0
UTE Movus – Movement Nextbike	0,01 €	3000	30,00 €	0,5
Citybike Global, S.A.	0,01 €	3000	30,00 €	0,5

- Ampliació ancoratges virtuals. Màxim estimat de 800 ancoratges virtuals (màxim 0,1 punts)

Licitador	Preu unitari	Número unitats	Import total sense IVA	Punts
-----------	--------------	----------------	------------------------	-------

Ferrovial Servicios, SAU – PBSC Urban Solutions, INC – Estacionamientos y Servicios, SAU	149,25 €	800	119.400,00 €	0
UTE Movus – Movement Nextbike	0,01 €	800	8,00 €	0,1
Citybike Global, S.A.	0,01 €	800	8,00 €	0,1

- Desmuntatge i muntatge d'estacions (màxim estimat de 20 estacions. No inclou escomesa elèctrica (màxim 0,1 punts)

Licitador	Preu unitari	Número unitats	Import total sense IVA	Punts
Ferrovial Servicios, SAU – PBSC Urban Solutions, INC – Estacionamientos y Servicios, SAU	2.487,50 €	20	49.750,00 €	0
UTE Movus – Movement Nextbike	0,01 €	20	0,20 €	0,1
Citybike Global, S.A.	1.800,00 €	20	36.000,00 €	0

- Ampliació horari 24 hores. Preu operació ampliació del servei (màxim 2,4 punts)

Licitador	Preu unitari	Número Unitats	Import total sense IVA	Punts
Ferrovial Servicios, SAU – PBSC Urban Solutions, INC – Estacionamientos y Servicios, SAU	99,50 €	3000	1.791.000,00 €	0
UTE Movus – Movement Nextbike	0,01 €	3.000,00	180,00 €	2,4
Citybike Global, S.A.	0,01 €	3.000,00	180,00 €	2,4

Per tant, l'UTE MOVUS-MOVEMENT NEXTBIKE ha obtingut 3,1 punts amb preus unitaris d'import 0,01 € de criteris d'adjudicació valorables per fórmules, corresponents a modificacions previstes al plec, segons s'ha detallat a l'apartat V.b) d'aquest informe. Aquests imports no formen part del preu d'adjudicació, si no que s'executaran, en el seu cas, de conformitat amb l'art. 204 LCSP i als apartats D i AD del QC.

Així mateix, CITIBYKE GLOBAL, SA ha obtingut 3 punts amb preus unitaris d'import 0,01 € de criteris d'adjudicació valorables per fórmules, corresponents a modificacions previstes al plec, segons s'ha detallat a l'apartat V.b) d'aquest informe. Aquests imports no formen part del preu d'adjudicació, si no que s'executaran, en el seu cas, de conformitat amb l'art. 204 LCSP i als apartats D i AD del QC.

e) respecte de l'admissibilitat de preus unitaris amb preus irrisoris

Davant de l'objecte d'aquest informes, és a dir, la inclusió de preus irrisoris a les propostes ofertes pels licitadors respecte dels imports de possibles modificacions previstes, els tribunals administratius especialitzats en matèria de contractació pública

han vingut considerant que allò rellevant per determinar si una oferta d'aquestes característiques resulta admissible o no, resulta de la següent comprovació:

1. Que, en el seu conjunt, el seu preu sigui positiu i que, per tant, concorri la necessària onerositat exigida a l'article 2 de la LCSP.
2. Que la fórmula de valoració del preu no quedi desvirtuada i,
3. Que el resultat final no suposi atorgar major puntuació al criteri preu a qui, en el seu conjunt, hagi formulat l'oferta més cara (això, als efectes d'evitar un eventual frau de llei).

Així ho ha palesat el TACRC, entre d'altres, a les seves resolucions 104/2022 i 407/2020, tot indicant que:

"(...) las ofertas económicas efectuadas a 0, o a valores cercanos a 0, en relación con algunas prestaciones o unidades son válidas, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: i) que en su conjunto la oferta tenga un precio positivo; ii) que la fórmula no quede desvirtuada, dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y iii) que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara".

1) Pel que fa al requisit de l'onerositat, entenem que aquesta doctrina és perfectament extrapolable al cas que ara ens ocupa, on hi ha hagut diferents preus unitaris (valorables com a criteri d'adjudicació i aplicables a la part de les ampliacions previstes) que, si bé no han estat zero, s'hi han aproximat (en aquest sentit, entre d'altres, les resolucions 204/2018 del TCCSP, i 236/208 i 38/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid) i tenint en compte que les ofertes formulades per les tres licitadores han tingut, en el seu conjunt, un preu positiu.

Altrament, d'acord amb la Resolució 1187/2018 del TACRC, el contracte onerós és aquell en què totes dues parts tenen obligacions i avantatges econòmics recíprocs, per contraposició al lucratiu o gratuït en què una de les parts realitza la prestació per mera liberalitat, sense esperar rebre res a canvi:

"Contrato oneroso es aquel en que ambas partes tienen obligaciones y ventajas económicas recíprocas, por contraposición al lucrativo o gratuito en que una de las partes realiza la prestación por mera liberalidad, sin esperar recibir nada a cambio.

El artículo 2.1 de la LCSP lo define a los efectos de la ley como aquel en que en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta."

En aquest sentit i molt relacionat amb el supòsit que ara ens ocupa, continua la mateixa Resolució del TACRC dient que:

"Por ello para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente, alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, el como el licitador distribuya entre las distintas unidades los

precios –compensando unos con otros– responde a su estrategia legítima de oferta, de modo que el hecho de que –no impidiéndolo el PCAP– oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito.”

Així doncs, un contracte és oneros, encara que no s'ofereixi preu en relació amb alguna de les unitats a les quals es refereixen els preus unitaris, si en el global del contracte, és a dir, sumant tots i cadascun dels preus unitaris oferts, l'ens contractant ha de pagar un preu amb el qual el contractista obté el seu benefici.

De fet, el TCCSP, a la seva resolució 233/2018, inclús va acceptar que la mesa de contractació assignés artificialment a les ofertes a preu zero l'import d'una centèsima d'unitat per poder aconseguir que la fórmula de valoració operés correctament, assumint que això no alterava els criteris d'adjudicació ni beneficiava als licitadors que havien l'oferta en aquests termes. Segons el TCCSP, el que no podia resultar admissible és que es rebutgés una oferta pel fet d'incloure preus zero quan la dita oferta, en el seu conjunt, resultava positiva i, per tant, acreditava la necessària onerositat exigida a la LCSP:

“En aquells casos, com el que té per objecte aquesta resolució, s'havien establert fórmules en els plecs que, en determinats supòsits, resulten inoperants o assignaven resultats absurds. I això, bàsicament, per no preveure en el plec com procedir en cas de presentació d'ofertes que suposen un no preu o, dit en altres paraules, la gratuïtat de la prestació. En aquests casos, no es pot tampoc rebutjar l'oferta perquè inclogui alguna o algunes prestacions a preu zero només perquè el plec no estipula com s'ha d'aplicar la fórmula, sempre que existeixi un preu global positiu. En definitiva, és possible assignar a l'oferta a zero el preu d'una centèsima d'unitat ja no altera els criteris d'adjudicació ni beneficia el licitador que ha dut a terme dita oferta.”

En tot cas, cal admetre la possibilitat que un licitador ofereixi una prestació o una unitat o partida de la prestació de forma gratuïta, sempre que s'ofereixi un preu positiu del conjunt de les prestacions en el benentès que no desvirtua necessàriament la necessària onerositat del contracte (en aquest sentit, entre d'altres, les resolucions 204/2018 d'aquest Tribunal, 236/208 i 38/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid - TACPCM- i també les resolucions del TACRC abans esmentades).

D'acord amb tot això i, una vegada més, sobre la base de la necessària aplicació d'allò que es va establir als plecs sense que no fos qüestionat en el moment procedimental adient, cal desestimar les al·legacions esgrimides per la recurrent en aquest punt (per totes, la recent Resolució 204/2018 d'aquest Tribunal, abans esmentada)”

El TACRC, a la seva Resolució 440/2018 també va admetre aquesta pràctica per evitar que, en el cas d'una oferta onerosa, la fórmula quedés desvirtuada:

“No obstante lo anterior, es lo cierto que en este caso no cabe sin más rechazar la oferta cero por una prestación parcial por el solo hecho de que el pliego no prevea esa posibilidad a la hora de diseñar la fórmula que valorará las ofertas, pues siempre que exista precio positivo por el conjunto prestacional ofertado, habrá precio, y siempre la oferta parcial cero será más baja que un precio positivo, lo que ha de llevar a asignarle el máximo de puntos previsto, por lo que el acudir a asignar a la oferta cero el precio de una centésima de unidad de euro, es admisible en cuanto no altera los criterios de adjudicación ni beneficia al

licitador que ofertó cero, y sí permite funcionar a una fórmula que no ha previsto el supuesto indicado, perfectamente posible en casos como el nuestro”.

El mateix TACRC, a la seva resolució 993/2018, es va pronunciar en idèntic sentit, establint que, si com en el cas que aquí ens ocupa, el plec no prohibia la presentació d'ofertes a preus zero o pròxims a zero i, en el seu conjunt el contracte resultava oneros, no hi havia motius per rebutjar l'oferta:

“En todo caso, hay que decir que el pliego de cláusulas administrativas no prohíbe la presentación de ofertas con precio 0, ni tampoco anuda sanción alguna en cuanto a puntuación para aquellas ofertas que presenten precio cero, razón por la cual es de entender que no se ha producido ninguna infracción de los pliegos que rigen la licitación. Así si el pliego de cláusulas administrativas particulares no sanciona la presentación de ofertas a precio 0, y que la posibilidad de que la Administración pueda admitir ofertas a precio 0 está reconocida por diversos tribunales, que han admitido un concepto amplio de onerosidad y han reconocido la posibilidad de ofertar cero euros por alguna de las prestaciones que integran el contrato, al entender que el coste de los servicios ofertados a cero euros podía considerarse incluido en el precio general del contrato.”

(...)

“Contrato oneroso es aquel en que ambas partes tienen obligaciones y ventajas económicas recíprocas, por contraposición al lucrativo o gratuito en que una de las partes realiza la prestación por mera liberalidad, sin esperar recibir nada a cambio. El artículo 2.1 de la LCSP lo define a los efectos de la ley como aquel en que en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta. Sería por tanto contrato lucrativo aquel en que no existe beneficio para el contratista, ya sea directo, por satisfacer a cambio de la prestación un precio el poder adjudicador, indirecto, porque si bien el poder adjudicador no satisface un precio con cargo a su presupuesto, la contraprestación por su prestación la obtiene por el contratista de un tercero (vg. contrato de agencia de seguros o contrato de cafetería no subvencionado). Por ello para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente, alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, el como el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios – compensando unos con otros– responde a su estrategia legítima de oferta, de modo que el hecho de que –no impidiéndolo el PCAP– oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito.”

Davant d'aquesta situació, podem afirmar que, d'acord amb la doctrina dels tribunals administratius i la jurisprudència, com a regla general l'anormalitat de l'oferta ha d'apreciar-se sempre en el seu conjunt per la globalitat de l'oferta, llevat que els Plecs hagin establert de manera expressa que aquesta s'observarà per cadascun dels preus unitaris.

En aquest sentit, ho expressa clarament la Sentència del Tribunal Suprem de 17 de desembre de 2019:

“Tal como hemos anticipado, la respuesta que ha de darse a la cuestión planteada por el auto de admisión ha de ser que, en las circunstancias del caso, en los contratos del sector público con precios referidos a componentes de la prestación, la determinación de si una oferta incluye valores anormales o desproporcionados, a efectos de la aplicación de los artículos 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 85 del Reglamento de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha de efectuarse en relación con la oferta global y completa presentada por el licitador.”

I en igual sentit ho expressa l'Informe 119/2018 de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, amb cita en la doctrina del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (“TACRC”):

“En este sentido, cabría pensar que con dicha expresión, por su similitud, se hace referencia al criterio sostenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales respecto de la interpretación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en este punto. El TACRC ha defendido al respecto que “la consideración de anormalidad, salvo que los pliegos establezcan otra cosa, debe referirse al conjunto de la oferta económica, no a cada uno de sus componentes, pues no carece de lógica ni es temerario, en principio, hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios a contratar, que se compense con otra más ajustada en las demás prestaciones” (Resolución 373/2018, de 13 de abril ó 476/2017, de 1 de junio, entre otras).”

Així com les següents resolucions que a tall demostratiu, exemplifiquen la vinculació de la temeritat d'una oferta al seu conjunt i no als elements que la componen:

-Resolució del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) 995/2018:

“Decimo. Finalmente se hace la alegación de imposibilidad de ofertar los elementos 1820600224 y 1820600227 al precio fijado por DILLERS, tratándose de precios anormalmente bajos, y siendo una oferta, la hecha para su suministro, tan extremadamente baja, que no permitiría regirse por los más elementales criterios de rentabilidad empresarial en caso de venir obligados a su suministro. No puede esta alegación merecer favorable acogida, pues de acuerdo con lo dispuesto en el PCAP se considerarán como desproporcionadas o anormales, las proposiciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

3.1. “Que el valor o importe que se aplique para obtener la puntuación del criterio precio, importe, oferta económica o la denominación que se dé al criterio de valoración de precio sea inferior en más de veinte (20) unidades porcentuales a la media aritmética de los precios ofertados por las proposiciones presentadas y no rechazadas”.

Así, de la lectura de los pliegos, se desprende que, para determinar si la oferta es desproporcionada o no, se tendrá que tomar en consideración “el valor o importe que se aplique para obtener la puntuación del criterio precio, importe, oferta económica o la denominación que se dé al criterio de valoración de precio”, es decir, la totalidad de la oferta económica.

En definitiva, los pliegos de esta licitación no aplican la fórmula de la desproporcionada con referencia a cada uno de los precios de los artículos o referencias que integran el contrato sino al conjunto de los mismos.

En tal sentido se han pronunciado, entre otras, la Resolución N.º 669/2017 de este Tribunal, diciendo:

“Pues bien, como hemos puesto de relieve en diversas resoluciones -como referencia en la resolución 824/2014, de 31 de octubre-, la determinación del “umbral de temeridad” con referencia a cada uno de los precios de los artículos o servicios que integran el contrato y no al conjunto de los mismos, no es congruente con la finalidad de la figura de las “ofertas con valores anormales o desproporcionados”. Si se trata de establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos –las “ofertas temerarias”-no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como “anormalmente bajas”. En efecto, no carece de lógica ni sería temerario, en principio, hacer una oferta más baja en uno de los servicios a considerar (servicio de ampliación y refuerzo, en este caso), que se compensara con otra más ajustadas en el servicio ordinario.”

La cláusula del PCAP, transcrita en el antecedente tercero, establece que la apreciación sobre la posible temeridad de una oferta se ha de referir a las “proposiciones económicas en las que su porcentaje de baja exceda en 10 puntos porcentuales, cuando menos, al promedio aritmético de los porcentajes de baja de todas las proposiciones admitidas”.

Tales parámetros se establecen en un único apartado, a continuación de las fórmulas de valoración de las ofertas económicas para el servicio ordinario y para el de ampliación y refuerzo.

Si el órgano de contratación consideraba que, para mayor garantía de las prestaciones, era necesario establecer los umbrales de temeridad para cada servicio, para que tal interpretación fuera admisible debió expresarse así en el pliego.”

- Resolució del Tribunal Català de Contractes 382/2021:

“En efecte, respecte a les raons exposades per FGC en l’informe ex article 56 de la LCSP per a defensar la tesi del càlcul separat de l’anormalitat del preu de cada prestació/contracte per tal de garantir la correcta prestació del contracte, val a dir que aquesta voluntat no ha quedat reflectida en la redacció del punt 5.1.2 del PCAP i que ha servit a les empreses licitadores interessades en la licitació a: (i) decidir presentar-se o no a la licitació, i (ii) preparar les seves “ofertes”. Tampoc es desprèn d’una interpretació atenent al conjunt dels plecs, doncs la diferenciació efectuada en determinats extrems abans exposats resulta, si més no, exigida per la diferent naturalesa de les prestacions que engloba el contracte, no així amb el tractament de l’anormalitat, on una diferenciació específica a la prevista a la LCSP –que es refereix en singular a “una oferta”- exigiria una necessària i expressa previsió en els plecs ad hoc.”

*Per tant, tot i els arguments que FGC i ALSTOM addueixen per a defensar la procedència del càlcul individualitzat de l'anormalitat per a cada prestació, aquest Tribunal guiat per la doctrina *lex inter partes* i dels principis de transparència, de concurrència així com de seguretat jurídica, considera que ha de prosperar la tesi de la recurrent, doncs, en tot cas, si FGC volia procedir al càlcul de l'anormalitat de cada prestació, així ho havia d'haver indicat de manera clara i diàfana en aquesta regulació prevista en els plecs, perquè correspon a l'òrgan de contractació la redacció ajustada dels plecs, més en un contracte amb l'impacte i repercussions econòmiques com aquest.*

(...)

Pel que fa a la jurisprudència al·legada relativa al tractament de l'anormalitat quant existeixen diferents preus unitaris, algun dels quals certament és baix, val a dir que ha estat una qüestió resolta pel TS en l'esmentada Sentència de 17 de desembre de 2019, el pronunciament del qual és traslladable al cas enjudiciat atesa la configuració donada en els plecs, en el sentit que (el subratllat és nostre):

“CUARTO.- El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación y del recurso contencioso administrativo.

A) El punto de partida

Hemos expuesto con cierto detalle los términos del litigio, el pronunciamiento de la sentencia de instancia y el debate entablado en casación sobre la cuestión en que el auto de admisión apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Así, resulta ahora más fácil alcanzar la solución que la Sala considera procedente.

Como dice la sentencia de la Audiencia Nacional, la demanda se basa sustancialmente en que el precio del contrato es único. Por eso, viene sosteniendo ante la Administración primero y en este proceso, después, que la determinación de si su oferta incurre o no en desviación anormal o desproporcionada debe efectuarse considerándola globalmente y no a partir únicamente de la relativa a una sola de las prestaciones a que obliga el contrato. Vemos, por otra parte, que, en los preceptos aplicados, en particular en el artículo 152 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el artículo 85 del Reglamento, no se dice cómo se debe proceder para llegar a esa conclusión cuando el sistema de determinación de precios es, conforme al artículo 302 del primero, el de precios referidos a componentes de la prestación. No obstante, en esos preceptos encontramos algunas indicaciones útiles. El artículo 152 habla del precio, en singular, y lo mismo hace el artículo 302, si bien precisa que puede estar referido a los componentes de la prestación. Antes el artículo 87.2, siempre del texto refundido, ha dicho que “el precio” del contrato puede formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma”. Y el artículo 85 del Reglamento habla de la oferta de cada licitador.

Si se tiene presente, además, que, según el Pliego, el valor estimado del contrato es de 180.000€ y su importe de 90.000€, no parece difícil concluir que los precios referidos a componentes a que se refiere su cláusula 6.4 suman el precio total del contrato. Al fin y al cabo, es un contrato único por lo que también ha de serlo el precio con independencia de la forma en pueda descomponerse y es única la oferta económica de los licitadores, aunque se divida en la correspondiente a cada una de las tarifas contempladas en la cláusula 9, la puntuación de las cuales, por cierto, no es un elemento aislado, sino parte de la total que decide la adjudicación.

Debe repararse, en este sentido, en que la cláusula 11.3.1 habla del precio total de la oferta mientras que la cláusula 15.11 refiere el posible valor anormal o

desproporcionado susceptible de impedir el cumplimiento de "la proposición" a "la oferta", no a parte de ella.

Estas observaciones son necesarias porque la sentencia no se refiere en absoluto a la cuestión. No puede decirse, por tanto, como pretende el Abogado del Estado, que haya efectuado una interpretación del Pliego. En realidad, se ha limitado a recoger lo que dijo e hizo la Administración sin ofrecer ningún razonamiento sobre la cuestión a pesar de que es decisiva y la planteó directamente la demanda.

Hay que tener en cuenta que resolverla es imprescindible para establecer cuál es el sentido que ha de darse a los preceptos identificados por el auto de admisión ya que esa interpretación no puede hacerse de manera general sino en relación con el particular litigio que tenemos ante nosotros. Dicho de otro modo, resolver ese extremo trasciende a la dimensión fáctica a la que el escrito de oposición quiere reducirla y adquiere relevancia normativa. Precisamente, por eso, el auto de la Sección Primera de 22 de mayo de 2017 ha visto en ella el interés casacional

objetivo para la formación de jurisprudencia que imponía la admisión del recurso de Seprotec, Traducción e Interpretación, S.L.

B) El enjuiciamiento de la actuación administrativa

Así, pues, las consideraciones precedentes llevan a la conclusión de que el término de comparación ha de ser la totalidad de la oferta económica, no una de sus partes, aunque se haya hecho uso de la posibilidad prevista por los artículos 87.2 y 302 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, lo cual es motivo bastante para estimar el recurso de casación y anular la sentencia.

No impide entenderlo así cuanto nos recuerda el Abogado del Estado que dijo en su momento la resolución desestimatoria del recurso de reposición sobre el peso de la oferta sobre la tarifa primera en el conjunto y a la vista del número de palabras que hubo que traducir en 2014 en horario ordinario. No lo impide porque antes de llegar a ese punto, es preciso saber si, comparada la oferta total de Seprotec, Traducciones e Interpretación, S.L. con las ofertas totales de las demás licitadoras, es decir, si contrastada con la media aritmética de las mismas, se produce la desviación en más de diez unidades exigida por el apartado 4 del artículo 85. (.../...)"

Aquesta també és la línia adoptada de manera reiterada per l'Òrgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi quant a la necessitat de tenir en compte la globalitat de l'oferta en el procediment d'apreciació de la temeritat en supòsits de preus unitaris (resolucions 64/2021 i 22/2020).

Respecte a la Resolució núm. 144/2015 d'aquest Tribunal que invoca ALSTOM en seu d'al·legacions, val a dir que aquest Tribunal discrepa de la interpretació de part que efectua eren estanques, sinó que, en haver-se presentat en un dels preus un valor de 0,1 euros, en un servei de caràcter troncal de la prestació - serveis de neteja esporàdics- el Tribunal va concloure que: "l'oferta econòmica de l'empresa adjudicatària no és admissible atès que no defineix un preu vàlid per a una de les prestacions incloses en l'objecte del contracte i no adquireix, així, substantivitat pròpia en no ajustar-se als plecs que regeixen aquesta licitació ex article 145 del TRLCSP". Ultra això, val a dir que aquesta doctrina del preu zero s'ha de posar en context atenent al caràcter accessori o no del preu unitari, del tipus del contracte en qüestió i l'afectació que comporta (entre altres, resolucions 348/2020 i 370/2019).

Per tant, a la vista de l'anterior, i tal i com estan configurats els plecs que han esdevingut la llei del contracte, i seguint la línia fixada pel TS, la manca de regulació específica comporta que el càlcul de l'anormalitat d'aquesta licitació hagi de realitzar-se de manera conjunta, doncs el PCAP no especifica que s'hagi d'efectuar de manera diferenciada."

- Acord 36/2021, Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó:

“Por otro lado, tal y como argumenta el órgano de contratación, la recurrente ofertó exactamente lo mismo que la adjudicataria en las mejoras cuestionadas, por lo que de suyo supone infringir el principio de buena fe procesal, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 144/2019, de 27 de diciembre:

«Paralelamente, este Tribunal quiere poner de manifiesto que tampoco es posible acoger –íntegramente– la pretensión de la actora por cuanto que ello le supondría obtener ventaja –y beneficiarse– de una infracción (la falta de aportación de la autorización de la AEMPS) en la que asimismo ha incurrido, al igual que sus competidoras, lo que resulta contrario a la buena fe procesal, tal y como ha reseñado el Tribunal Supremo en la Sentencia de su Sala 1ª de fecha 15 de julio de 2010 (rec. nº 2007/2006) o en las de 31 de octubre de 1991, 16 de diciembre de 1991 y 5 de marzo de 1998, citadas por la Resolución 130/2015, de 25 de noviembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, así como por nuestro Acuerdo 4/2017, de 19 de enero, por mor también del principio de igualdad las consecuencias jurídicas de sus actos han de ser las mismas que para sus dos competidoras».

En cuanto a la «imposibilidad económica», argumentada en que la oferta realizada por la adjudicataria tiene «una repercusión directa en su cuenta de resultados, y afectando a su solvencia económica» además de que lo reseñado anteriormente resulta también trasladable a este argumento, cabe añadir para el definitivo rechazo de la denuncia formulada, que la única posibilidad de considerar la inviabilidad, desde un punto de vista económico, de una oferta es cuando se presuma que lo es, por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP, para lo cual deben contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, los cuales están desligados de la situación económica del licitador, la cual se debe analizar en la fase de admisión, en los requisitos de solvencia y en su caso, clasificación, tal y como apunta el órgano de contratación en su informe.

Así se deduce del párrafo 4 del artículo 149 citado en el que se señalan los aspectos sobre los que deberá versar la justificación adicional del licitador incurrido en valores anormales y sin que el órgano de contratación pueda requerir al licitador la aportación de justificaciones adicionales o de diferente índole a las que figuran en el citado precepto, entre los cuales no está la situación económica. De este modo, su tenor literal dispone que...”.

- Resolució TACRC 326/2021:

“Por tanto, para excluir a un licitador porque pueda considerarse que su oferta es inviable, por no ser susceptible de ser cumplida en sus propios términos, debe seguirse el procedimiento contradictorio que establece el artículo 149 de la LCSP, dando posibilidad al licitador de justificar los términos de su oferta. No encontrándonos ante un supuesto de anormalidad de las ofertas, no procede iniciar el trámite de justificación previsto legalmente que pudiera eventualmente conducir a la exclusión solicitada. En consecuencia, nos hemos pronunciado en nuestra Resolución nº 1105/2020, de 16 de octubre de 2020, en los siguientes términos: “Lo que en ningún caso permite el artículo 149 de la LCSP es sujetar a un licitador cuya oferta no está incurso en presunción de anormalidad al procedimiento contradictorio de justificación que establece.”

- Resolució OARC Euskadi 64/2021:

“El parámetro que, de acuerdo con el artículo 149.2 b) de la LCSP figura en los pliegos para determinar qué ofertas serán consideradas como incursas en sospecha de anormalidad no especifica si debe aplicarse para la oferta en su conjunto o, separadamente, para cada uno de los precios unitarios en los que se descompone. Este Órgano entiende que, a falta de dicha mención, la respuesta correcta es que la apreciación debe hacerse sobre la oferta en su conjunto. La razón es que la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad es determinar si la oferta es viable, lo cual solo puede comprobarse con relación a la globalidad de la oferta. Dicho de otro modo, no puede hablarse de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto (ver, por ejemplo, la Resolución 164/2020 del OARC / KEAO y todas las que en ella se citan). En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17/12/2019, nº 4069/2019, ECLI: ES:TS:2019:4069 establece que el contrato sobre el que versa la oferta presuntamente anormal “es un contrato único por lo que también ha de serlo el precio con independencia de la forma en que pueda descomponerse y es única la oferta económica de los licitadores, aunque se divida en la correspondiente a cada una de las tarifas contempladas...”

Sin embargo, el poder adjudicador, como se deduce de su requerimiento de justificación, ha aplicado la presunción de anormalidad sobre los precios unitarios (folio 451 del expediente) y únicamente pide explicación de siete de ellos, en los que el adjudicatario impugnado ha propuesto precio “0”. Debe señalarse que la configuración de los precios del contrato imposibilita, en todo caso, reconducir las ofertas (que deben referirse únicamente a precios unitarios) a precios globales porque no hay datos que permitan calcular la ponderación de cada precio unitario en el citado precio global (en particular, el número de unidades estimado para cada precio unitario). Ello provoca que, de hecho, el parámetro de anormalidad establecido sea inútil; dado que el artículo 149.4 de la LCSP impide considerar anormal una oferta que no esté incursa en “presunción de anormalidad” y que el que consta en los pliegos es inaplicable, este Órgano entiende que la proposición del adjudicatario no puede en ningún caso ser considerada anormal y que ni siquiera debieron solicitársele explicaciones sobre la viabilidad de la oferta.”

Per tant, en el cas que ens ocupa, no incloent els Plecs reguladors uns criteris que obliguin a valorar l'anormalitat de l'oferta en relació als preus unitaris concrets dels quals s'ha formulat una oferta amb preus irrisoris o pròxims a zero, escau concloure que l'apreciació de l'anormalitat es realitzarà sempre atenent a la globalitat de l'oferta presentada per cada licitador i no de manera individual per cadascun d'aquests criteris.

Altrament, trobant-nos, en el cas que aquí ens ocupa, davant d'ofertes que en el seu conjunt revelen un preu global positiu, i no restant prohibit pels plecs la presentació d'ofertes amb preus irrisoris o pròxims a zero, podem concloure que concorre el requisit de l'onerositat exigida pels tribunals administratius especialitzats en matèria de contractació pública per poder admetre una oferta formulada en els termes descrits.

Per tant, en relació amb la temeritat de les ofertes econòmiques presentades a licitacions amb ofertes amb preus unitaris i sobre la possibilitat de demanar justificació de preus unitaris en cas de no declaració d'OAB, tal com hem vist en apartats anteriors, la temeritat de l'oferta en els plecs reguladors d'aquest procediment de contractació es vincula a l'oferta econòmica i no als preus unitaris. Així doncs, tenint en

compte que de la valoració efectuada s'aprecia que cap de les ofertes presentades és anormal en el seu conjunt, no procediria seguir el procediment de justificació de la viabilitat de l'oferta, ni excloure-les per incórrer en cap tipus d'anormalitat que facin la proposició inviable.

2) Respecte del requisit consistent en el fet que la fórmula de valoració no quedi desvirtuada,

Tal com es desprèn del respectiu informe tècnic, la fórmula de valoració del sobre 3 no ha quedat desvirtuada, ja que s'ha pogut aplicar sense errors en el cas dels criteris d'adjudicació corresponent als preus unitaris relatius a les ampliacions.

Per consegüent, aquest requisit també s'hauria complert i ni tan sols hauria resultat necessari que s'assignessin valors virtuals a les ofertes per poder fer funcionar la fórmula de valoració (cal recordar que tant el TCCSP com el TACRC han admès aquesta pràctica en el cas d'ofertes amb un import global positiu).

3) Finalment, respecte del requisit que el resultat final no suposi atorgar major puntuació al criteri preu a qui, en el seu conjunt, hagi formulat l'oferta més cara (això, als efectes d'evitar un eventual frau de llei), cal indicar que amb la comprovació d'aquest requisit es pretén assegurar que les ofertes no hagin estat formulades en frau de llei amb l'objectiu d'aconseguir, a través de la formulació de diferents preus irrisoris o pròxims a zero, desvirtuar la valoració econòmica de la part principal de la prestació, fins al punt d'aconseguir que l'oferta més cara en el seu conjunt acabi resultant millor puntuada que una altra de més barata.

El TACRC, a les seves resolucions número 827/2021 i 104/2022, ha deixat palès que per poder concloure que ens trobem davant d'un frau de llei, és necessari que l'actuació en qüestió sigui conforme amb la normativa de contractació i els plecs però, en canvi, tingui un efecte prohibit per l'ordenament jurídic o contrari al mateix.

Així mateix, hi ha alguna resolució del TACRC que va més enllà i no vincula el frau de llei amb la manipulació o no de la fórmula. En aquest sentit, trobem la Resolució 1060/2020 del TACRC:

“En segundo lugar, la concurrencia o no de fraude es ley es independiente de que el precio cero o casi cero haga o no inoperante la fórmula de valoración de las ofertas económica de los demás licitadores impidiendo su aplicación correcta en perjuicio de los mismos. Lo determinante es que concurren los requisitos de la figura del fraude ley en la formulación de dichas ofertas sin amparo suficiente en la norma o en el clausulado del PCAP para obtener el resultado perseguido, y, en su caso, producido, prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al mismo.”

En el cas que ara ens ocupa la formulació de preus irrisoris o pròxims a zero no hauria infringit els plecs de la licitació, ni tampoc la normativa de contractació pública, atès que no s'hauria infringit cap dels principis previstos a la LCSP. En aquest sentit, és important tenir en compte que en aquest cas la formulació de preus pròxims a zero no ha provocat de manera automàtica que els licitadors que no han formulat preus d'aquest tipus hagin obtingut zero punts. Els punts atorgats han resultat proporcionals a les ofertes formulades, segons es detalla a l'informe de sobre 3.

Com dèiem, l'altre requisit del frau de llei és que la conducta tingui un efecte prohibit per l'ordenament jurídic. En casos com el que ens ocupa aquest efecte prohibit

consistiria en el fet que, mitjançant l'ofertament de preus irrisoris o pròxims a zero en determinats conceptes, s'aconseguís provocar que l'oferta que rebés més punts no fos la més barata en el seu conjunt. Així ho han determinat les ja referides resolucions 827/2021 i 104/2022 del TACRC.

De fet, en el cas que ens ateny, del ja esmentat informe de sobre 3 es desprèn que les ofertes millor valorades són les que han resultat més econòmiques en la part de la prestació principal (apartats 2.1, 2.2, 2.3 i 2.4), sense que els punts obtinguts amb la formulació de preus irrisoris o pròxims a zero en la part de l'ampliació poguessin en cap cas desvirtuar la part principal de l'oferta econòmica fins al punt de provocar que les ofertes més cares en el seu conjunt obtinguessin major puntuació.

En conseqüència, considerem que no ens trobem davant d'un frau de llei, atès que les ofertes presentades i els preus unitaris plantejats no poden manipular l'aplicació de la fórmula de valoració en detriment dels altres licitadors ni suposar un artificio que atorgui major puntuació a qui, en el seu conjunt, hagi formulat l'oferta més cara.

D'acord amb tot el que s'ha exposat es conclou que no hi ha raons que justifiquin el rebuig de les ofertes formulades per UTE Movus – Movement Nextbike i Citybike Global, S.A., resultant correcta la valoració realitzada a l'informe de sobre 3 de les ofertes.

Finalment, indicar que la possible oposició d'aquests licitadors respecte de la inclusió en la valoració dels preus irrisoris o inexistents, aniria en contra dels seus propis actes.

Recordem que la coneguda com a doctrina dels actes propis troba el seu fonament legal a l'article 7.1 del Codi civil, que erigeix l'exigència de la bona fe en l'exercici de qualsevol dret. En paraules del Tribunal Constitucional mateix, la doctrina dels actes propis *"significa la vinculació de l'autor d'una declaració de voluntat, generalment de caràcter tàcit [...] i la impossibilitat d'adoptar després un comportament contradictori"* (STC 73/1988, de 21 abril). La impossibilitat de contradicció es propaga, en aquest sentit, a aquells fets que prèviament haguessin creat una situació jurídica que no pugui ser alterada unilateralment per qui es trobava obligat a respectar-la (vegeu les SSTS 7285/2010, de 7 de desembre, i 1833/2013, de 25 de febrer).

Els requisits que la jurisprudència exigeix per a la seva apreciació són, en aquest sentit, els següents:

- a) Que estiguem davant d'un acte susceptible de crear una situació jurídica.
- b) Que hi hagi una contradicció entre un acte anterior i un posterior.
- c) Que sigui objectivament valorable com a exponent d'una actitud definitiva.

Aplicant aquesta doctrina a aquest cas en concret, en el supòsit d'aquells licitadors que, tot i preveure en la seves ofertes d'importes de possibles modificacions previstes, preus unitaris mitjançant preus irrisoris o inexistents i plantegessin la seva possible oposició a la seva inclusió i valoració, no només suposaria la vulneració del conjunt de la normativa i criteris dels òrgans administratius i tribunals competents desenvolupats en aquest informe, sinó altrament la doctrina dels actes propis i l'exigència de la bona fe en l'exercici de qualsevol dret.

VI. CONCLUSIONS

D'acord amb l'objecte d'aquest informe, fonaments de dret, qüestió prèvia, antecedents de fet i anàlisi i consideracions jurídiques anteriorment transcrits, podem concloure que:

Primera.- Que en data 17 de desembre de 2021, la societat Projectes i Serveis de Mobilitat, SA va iniciar el procediment de contractació pública dels "Serveis d'implantació, manteniment i gestió del servei de bicicleta pública metropolitana de Barcelona" (expedient número 14933616), mitjançant la publicació del corresponent anunci de l'inici de la licitació.

Posteriorment, es va procedir a l'obertura del sobre 1 (documentació administrativa), sobre 2 (Proposta avaluable mitjançant judicis de valor) i sobre 3 (Proposta avaluable mitjançant fórmules), respectivament en data 1 de març, 10 de març i 21 d'abril de 2022.

A conseqüència de l'obertura del sobre 3 (proposta avaluable mitjançant fórmules) que consta detallat a l'informe de sobre 3, en les propostes ofertes pels licitadors respecte dels imports de possibles modificacions previstes, es va identificar la inclusió de preus unitaris mitjançant preus irrisoris o inexistents d'import 0,01 €, concretament en les ofertes formulades per UTE Movus – Movement Nextbike i Citybike Global, SA.

Segona.- D'acord amb el previst en els plecs reguladors de referència del procediment de contractació pública dels "Serveis d'implantació, manteniment i gestió del servei de bicicleta pública metropolitana de Barcelona" (expedient número 14933616), els imports dels preus unitaris oferts per les diferents ampliacions tenen la consideració de modificacions previstes als plecs i que s'executaran, en el seu cas, de conformitat amb l'art. 204 LCSP i als apartats D i AD del QC i que en cap cas formen part del preu d'adjudicació que es conforma amb el sumatori dels conceptes que formen l'apartat V.a).

Aquest aspecte és rellevant per a la no consideració d'aquests preus dins de la valoració de l'oferta econòmica. En primer lloc, perquè els imports amb preus irrisoris o inexistents s'han ofertat en les propostes dels licitadors respecte dels imports de possibles modificacions previstes, no en l'apartat de l'oferta econòmica. I en segon lloc, perquè derivat de l'anterior, l'oferta econòmica serà el preu que s'adjudicarà al licitador que presenti l'oferta amb la millor qualitat-preu, i, per tant, aquests preus unitaris no poden condicionar l'oferta presentada en la consideració de la temeritat d'una oferta com anormalment baixa, així com tampoc respecte de la contaminació d'aquests preus unitaris a la globalitat de l'oferta presentada.

Per tant, tal com es determina en el QDC i en la clàusula 21 dels plecs reguladors, en l'article 85 del Reial Decret 1098/2001 i 149 de la Llei 9/2017, així com en la jurisprudència i doctrina que resulta d'aplicació, la valoració de la temeritat d'una oferta anormalment baixa ho serà respecte del preu total d'aquesta. Per tant, la doctrina dels tribunals administratius i la jurisprudència, com a regla general l'anormalitat de l'oferta ha d'apreciar-se sempre en el seu conjunt per la globalitat de l'oferta, llevat que els Plecs hagin establert de manera expressa que aquesta s'observarà per cadascun dels preus unitaris.

En aquest sentit, en els plecs reguladors objecte d'aquest informe no es vincula la temeritat a cadascun dels preus unitaris, ni es prohibeix la presentació d'ofertes a preus irrisoris o pròxims a zero i per tant davant de la manca de regulació específica comporta que el càlcul de l'anormalitat d'aquesta licitació ha de realitzar-se exclusivament respecte de l'oferta econòmica, atès que ni en els plecs ni en cap

documentació del procediment de contractació s'especifica que s'hagi d'efectuar de manera diferenciada.

Si els plecs reguladors del procediment objecte d'aquest informe no prohibeixen la presentació d'ofertes a preus zero o pròxims a zero, i en el seu conjunt el contracte resulta oneros, no s'origina cap causa de rebutj de les ofertes plantejades. Per aquest motiu, excloure o sancionar a possibles licitadors per la inclusió de preus irrisoris o inexistents aniria en contra del propi marc jurídic en funció del determinat en els propis plecs reguladors del procediment de referència, així com en la normativa específica de l'àmbit de la contractació pública que resulta d'aplicació i els seus principis rectors d'igualtat de tracte, no discriminació, transparència, proporcionalitat i integritat.

Tercera.- Finalment, respecte de l'admissibilitat de preus unitaris mitjançant preu inexistent o irrisori del procediment de contractació pública de referència, hem d'indicar que:

- D'acord amb l'indicat en l'informe del sobre 3, ens trobem davant d'ofertes que en el seu conjunt revelen un preu global positiu, i no restant prohibit pels plecs la presentació d'ofertes amb preus irrisoris o pròxims a zero, podem concloure que concorre el requisit de l'onerositat exigida pels tribunals administratius especialitzats en matèria de contractació pública per poder admetre una oferta formulada amb preus unitaris mitjançant preu inexistent o irrisori.
- Que d'acord amb l'informe de sobre 3, la fórmula econòmica no ha quedat desvirtuada amb preus unitaris mitjançant preu inexistent o irrisori. Per consegüent, aquest requisit també s'hauria complert i ni tan sols hauria resultat necessari que s'assignessin valors virtuals a les ofertes per poder fer funcionar la fórmula de valoració (cal recordar que tant el TCCSP com el TACRC han admès aquesta pràctica en el cas d'ofertes amb un import global positiu).
- Que d'acord amb l'informe de sobre 3, la inclusió de preus unitaris mitjançant preu inexistent o irrisori, no ha estat formulada en frau de llei amb l'objectiu d'aconseguir, a través de la formulació de diferents preus irrisoris o pròxims a zero, desvirtuar la valoració econòmica de la part principal de la prestació, fins al punt d'aconseguir que l'oferta més cara en el seu conjunt acabi resultant millor puntuada que una altra de més barata. Concretament, les ofertes millor valorades són les que han resultat més econòmiques en la part de la prestació principal (apartats 2.1, 2.2, 2.3 i 2.4 del PCAP), sense que els punts obtinguts amb la formulació de preus irrisoris o pròxims a zero en la part de l'ampliació poguessin en cap cas desvirtuar la part principal de l'oferta econòmica fins al punt de provocar que les ofertes més cares en el seu conjunt obtinguessin major puntuació. En conseqüència, considerem que no ens trobem davant d'un frau de llei, atès que les ofertes presentades i els preus unitaris plantejats no poden manipular l'aplicació de la fórmula de valoració en detriment dels altres licitadors ni suposar un artificio que atorgui major puntuació a qui, en el seu conjunt, hagi formulat l'oferta més cara.

Quarta.- Per tot l'anterior, considerem conformes a dret les propostes plantejades en l'obertura del sobre 3 respecte de la valoració de la proposta avaluable mitjançant fórmules del procediment de contractació pública dels "Serveis d'implantació, manteniment i gestió del servei de bicicleta pública metropolitana de Barcelona" (expedient número 14933616).

Finalment, en el cas d'aquells licitadors que, tot i preveure en la seva oferta econòmica, preus unitaris a preus irrisoris o inexistents, plantegessin la seva possible oposició a la seva inclusió i valoració, no només suposaria la vulneració del conjunt de la normativa i criteris dels òrgans administratius i tribunals competents desenvolupats



en aquest informe, sinó altrament l'incompliment dels seus propis actes d'acord amb el que estableix la doctrina dels actes propis i l'exigència de la bona fe en l'exercici de qualsevol dret.

M^a Carmen Pavón Pedraza
Advocada
Signat electrònicament