

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

En Madrid, a 14 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.P.S., en nombre y representación de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. contra la Resolución de fecha 22 de junio de 2016, de la Presidenta del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada, por la que se adjudica el contrato “Servicio de conservación y mejora de zonas verdes, arbolado, campos de césped artificial y pistas deportivas de las instalaciones del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada”, número de expediente: E.8.C.16 PMD, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 de marzo y 5 de abril de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 1.752.264,48 euros.

De acuerdo con los puntos 1 y 2 del apartado O del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se establecen como criterios valorables mediante fórmula o porcentaje, el precio y la medición de obras, que se aplicará de la siguiente forma:

“Baja al canon resultante de multiplicar los precios unitarios de las diferentes tipologías de zonas por el inventario de las mismas, reflejado en el desglose señalado en el apartado F de este Anexo I, mediante una misma baja.

Se valorará asignando a la mejor oferta económica (mayor baja) la mayor puntuación y cero puntos a la baja 0, el resto de forma proporcional.

$$\frac{\text{Oferta más baja}}{\text{Oferta a considerar}} \times 30 \text{ puntos.}$$

Se considerará como desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades a la media aritmética de todas las ofertas presentadas.

2.- Medición por valoración de obras. Hasta 30 puntos. (SOBRE C)

Se valorará asignando la mayor puntuación a la mayor baja al cuadro de precios de PARJAP y CENTRO y cero puntos a la baja 0, el resto de forma proporcional.

$$\frac{\text{Oferta más baja}}{\text{Oferta a considerar}} \times 30 \text{ puntos.}”$$

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 10 licitadoras, una de ellas la recurrente.

Con fecha 19 de mayo de 2016, se publica en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Fuenlabrada los resultados de puntuación y la clasificación de los licitadores, siendo puntuada la oferta de la recurrente con 54,18 puntos totales, lo que la sitúa en quinto lugar en el orden de clasificación de las ofertas. Mediante

Resolución de la Presidencia del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada de 23 de mayo de 2016, se requiere a la empresa cuya oferta obtuvo la mejor puntuación para que aportara la documentación pertinente a efectos de proceder a la adjudicación del contrato. Consta que esta Resolución se comunicó a las demás licitadoras, haciendo constar en la notificación que al tratarse de un acto de trámite frente a la misma no cabía recurso.

Por último, una vez aportada la documentación correspondiente, se adjudica el contrato a la empresa Ambitec Servicios Ambientales, S.A.U., mediante Resolución de la Presidencia del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada de 22 de junio de 2016, lo que se notifica al resto de licitadores el 27 de junio.

Consta en el expediente que el día 24 de junio la recurrente se había personado en el Ayuntamiento para tomar vista del expediente de licitación.

Tercero.- El día 14 de julio de 2016 se presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que ese mismo día lo comunicó al órgano de contratación requiriéndole para que remitiera el expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), lo que verificó el 22 de julio de 2016.

En el recurso presentado se solicita la anulación de la Resolución de adjudicación, por arbitrariedad en la aplicación de los criterios de valoración de la oferta económica, considerando que la fórmula numérica no ofrece la misma interpretación de valoración que la que se deduce de su descripción literal, entendiéndose que deben primar las referencias que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes y subsidiariamente la nulidad de todo el proceso de licitación por ambigüedades en los pliegos que han de regir la licitación.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo señala que, *“La oferta del recurrente en este criterio, resulta ser la menor de todas las ofertadas 0,22 %, en cuanto a la baja porcentual, lo que le lleva a tener una puntuación en este apartado de 0,54 puntos, en cambio el adjudicatario realizó una oferta proporcionalmente mejor si bien la baja en medición de obras es la mayor 70 %, pero en su conjunto resulta no ser tan ventajosa, siendo puntuada de forma automática por aplicación directa de las fórmulas recogidas en el pliego, como no puede ser de otra manera.(...) la actuación de la mesa de Contratación, en orden a la valoración de todas las ofertas de los licitadores, y en particular la del recurrente VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES S.A., se ha realizado de forma correcta, ponderada y proporcional, mediante la aplicación de la fórmula establecida con anterioridad en el Pliego de Condiciones administrativas y conocida por todos”*.

Cuarto.- Con fecha 20 de julio de 2016 el Tribunal acordó mantener la suspensión automática, *ex artículo 45 del TRLCSP*, del expediente de contratación.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de audiencia, sin que se haya presentado escrito de alegaciones por ninguno de ellos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP),

ya que tal y como afirma en su recurso con el otorgamiento de los 26,46 puntos que considera que procederían de estimarse el recurso en lugar de los 0,54, que le han sido asignados pasaría a ocupar el primer lugar en el orden decreciente de las ofertas más ventajosas para la administración, por lo que debería resultar adjudicataria del proceso de licitación.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, el mismo se dirige contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición cabe señalar que la notificación de la adjudicación tuvo lugar el 27 de junio de 2016, por lo que el recurso interpuesto el día 14 de julio de 2016 está en plazo.

Quinto.- El recurso contiene dos pretensiones hechas valer de forma subsidiaria, la anulación de la adjudicación efectuada, por entender que la fórmula numérica no ofrece la misma interpretación de valoración que la que se deduce de su descripción literal y la nulidad del procedimiento por oscuridad en los pliegos.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones, debemos recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna”*. De igual modo en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer

que *“el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes”*.

Cabe indicar en primer lugar que el PCAP no fue recurrido aduciendo la falta de concreción u oscuridad en cuanto a la fórmula para valorar las ofertas económicas, de manera que, en principio, la recurrente debe estar y pasar por el contenido del mismo, siendo preciso por tanto examinar aquél a efectos de concluir si el órgano de contratación se ha separado o no de dicha fórmula contraviniendo, el contenido de aquel.

Junto con la sujeción de los intervinientes en el proceso de licitación a su documento rector, debe tenerse en cuenta que en la valoración mediante el criterio precio, se trata de trasladar a la puntuación el esfuerzo que constituye la bajada del precio ofertado respecto del importe de licitación, en correlación con la obligación de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa (STJUE Gebroeders Beentjes BV, de 20 de septiembre de 1988, As. 31/87). De manera que cualquier interpretación necesariamente debe tener en cuenta este parámetro de reflejar el esfuerzo económico en la oferta, en el resultado consistente en la asignación de la puntuación correspondiente.

En este sentido la Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2013 (Asunto T- 402/06), señala *“procede recordar que, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios - y, de manera análoga, el artículo 30, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras- deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, esa elección sólo puede recaer en criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 59, y la jurisprudencia allí citada). Pues bien, la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquélla entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la*

mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (...)”.

También cabe traer a colación la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2010, de la Comisión Nacional de la Competencia, al afirmar que *“La puntuación atribuida al precio o tarifa de las distintas ofertas debe ser proporcional a la reducción del presupuesto base que permite cada una de ellas, para no desvirtuar el impacto de este parámetro a la hora de decidir la adjudicación del contrato. (...)*”.

En el caso que ahora nos ocupa señala la recurrente que *“A diferencia de la explicación textual, la fórmula matemática recogida en el PCAP, representa una regla de tres inversa, en la que la máxima puntuación la tiene la oferta de menor precio, estableciéndose el resto de puntuaciones de manera proporcional, lo que contradice la expresión literal contenida en el referido criterio de valoración”,* ofreciendo ejemplos numéricos de operaciones que ilustran su argumentación, para concluir *“la aplicación de la expresión matemática sí que otorga puntuación a la oferta que no realiza baja - 25,50 puntos-, no así la aplicación de la expresión literal 0 puntos a quien no realiza baja”*.

Por su parte el órgano de contratación informa que las valoraciones efectuadas por la recurrente son erróneas puesto que parece no haber tenido en cuenta que las ofertas no debían hacerse a tanto alzado sino como un porcentaje de bajada del precio o de los precios unitarios de medición.

En este caso la recurrente oferta una bajada porcentual del precio de licitación del 0,22% frente a la de la adjudicataria de un 12% y un porcentaje de baja de mediciones de obra del 70% frente al 48% de la adjudicataria.

La cuestión se centra en el modo de interpretar los puntos 1 y 2 del apartado 0 del Anexo I del PCAP, con el objeto de dilucidar si ha existido contradicción entre

su formulación en letra y su reflejo matemático y en tal caso cual debió haber sido el criterio de valoración aplicado.

Aparentemente como señala la recurrente la descripción literal de la fórmula, establece la forma de puntuación mediante una regla de tres directa entre 0 puntos correspondientes a la empresa que oferte el tipo de licitación (baja 0) y la empresa con mayor baja, lo que la recurrente considera que debería tener la siguiente representación matemática.

$$\frac{\text{Importe de licitación - Oferta a considerar}}{\text{Importe de licitación - Oferta más baja}} \times 30 \text{ puntos}$$

Por lo tanto al ser la fórmula matemática recogida en el PCAP

$$\frac{\text{Oferta más baja}}{\text{Oferta a considerar}} \times 30 \text{ puntos.}$$

Se produciría a juicio de la recurrente una diferencia entre fórmulas que haría necesario hacer prevalecer la representación matemática con lo que su oferta obtendría la puntuación necesaria para ser adjudicataria.

En primer lugar cabe advertir que a juicio de este Tribunal no existe tal discordancia entre la letra y el número en el establecimiento del criterio de valoración controvertido porque la expresión “*mejor oferta económica (mayor baja)*” que contempla la literalidad de la cláusula se corresponde necesariamente con la diferencia entre el importe de licitación y la oferta a considerar, ya que la oferta, tal y como consta en los modelos y se explica en el propio PCAP, se realiza mediante un porcentaje de baja respecto del canon. Así resulta con meridiana claridad del primer párrafo de la cláusula controvertida cuando se refiere a la “*baja al canon*”.

Además como se advierte en este caso, la forma de valorar el criterio precio no es neutra, y más en un caso de un contrato con pluralidad de criterios, puesto que entendiendo que debe aplicarse la proporcionalidad a las ofertas realizadas de forma lineal aplicando una simple regla de tres, la diferencia en puntos es muy escasa incluso insignificante (como pretende la recurrente). De hecho tal y como expone su oferta con una propuesta de baja del 0,22% del canon en lugar de obtener 0,55 puntos debería haber obtenido 26,46, mientras que la adjudicataria con una propuesta de baja del 12%, significativamente superior a la suya, debería obtener los mismos 30 puntos. Es significativo que en el cuadro de puntuaciones ofrecido por la recurrente la totalidad de los puntos previstos para la oferta económica se reparten en una horquilla de 3,54 puntos, respecto del total de 30 con que se valora el criterio.

En caso contrario, si se considera que debe aplicarse la proporcionalidad atendiendo a los porcentajes de baja sobre el importe de licitación, como ha hecho el órgano de contratación, la diferencia de puntos se amplía. Otra solución supondría relativizar el reparto de puntos establecido dando preponderancia fáctica a los criterios valorables de forma subjetiva, sin atender a las garantías previstas por la ley en tal caso, como la constitución de un comité técnico de valoración. A ello cabe añadir, a la vista del contenido del PCAP, que ha de regir el contrato, que uno de los requisitos que cabe exigir en la valoración de los criterios que podemos denominar objetivos, es que agoten toda la puntuación a repartir, circunstancia que no se produciría en la forma que el recurrente pretende aplicar la fórmula de valoración.

Procede por tanto desestimar el recurso por este motivo.

Sentado lo anterior, y considerando que no concurre oscuridad en el PCAP cuya interpretación resulta de la comprensión integral y sistemática de los puntos 1 y 2 del apartado O del Anexo I del PCAP, del propio apartado y del resto del PCAP no procede tampoco atender a la pretensión subsidiaria de nulidad de la licitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.P.S., en nombre y representación de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A. contra la Resolución de fecha 22 de junio de 2016, de la Presidenta del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada, por la que se adjudica el contrato “Servicio de conservación y mejora de zonas verdes, arbolado, campos de césped artificial y pistas deportivas de las instalaciones del Patronato Municipal de Deportes de Fuenlabrada”, número de expediente: E.8.C.16 PMD.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática cuyo mantenimiento se acordó por este Tribunal el 20 de julio de 2016.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos

meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.