

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

En Madrid, a 18 de diciembre de 2013.

VISTOS los recursos interpuestos por Don J.S.L. en nombre y representación de Constructora San José S.A.; Don E.B.M. en nombre y representación de El Ejidillo Viveros Integrales S.L.; Don M.M.L., en nombre y representación de San José Concesiones y Servicios S.A.; Don A.B.R., en nombre y representación de Sitelec Global de Servicios y Obras S.L. y Don A.F.H. en nombre y representación de Trasel Servicios Ambientales S.L. contra el Decreto de fecha 11 de noviembre de 2013 del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, del Ayuntamiento de Madrid, por el que se adjudican los lotes 1, 2 y 3 del expediente de contratación “Gestión Integral del Servicio Público de Parques y Viveros Municipales”, expediente 133/2013/00091, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Decreto de 29 de julio de 2013, del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, se aprobó el expediente de contratación y se acordó la apertura del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato

denominado “*Contrato de gestión integral del servicio público de parques y viveros municipales*”, dividido en tres lotes.

El anuncio por el que se convocó la licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 2 de agosto de 2013, en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, el día 31 de julio de 2013 y en el Boletín Oficial del Estado el día 10 de agosto de 2013. El plazo de presentación de ofertas, finalizó el día 9 de septiembre de 2013.

Segundo.- En cuanto afecta a la resolución de los recursos cabe destacar que según el apartado 11 “*revisión de precios*” del anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) “*los precios de adjudicación se revisarán anualmente aplicando el coeficiente de revisión de precios una vez transcurrido el primer año desde la formalización del contrato*”. La fórmula aplicable será $K_t=0,85x(IPC_t/IPC_0)+0,15$.

El apartado 18 del anexo I del PCAP relativo a los criterios de adjudicación prevé tres criterios valorables en cifras o porcentajes. El tercero es:

“Reducción del coeficiente a aplicar de revisión de precios.....6 puntos

La puntuación máxima se otorgará al licitador que menor coeficiente de multiplicación sobre el IPC proponga sobre la fórmula de revisión de precios, con un mínimo de 0 (máxima puntuación: 6 puntos) y un máximo de 0,85 (mínima puntuación: 0 puntos) repartiéndose el resto de puntuaciones de forma proporcional:

$$\text{Puntuación} = 6 \times (0,85 - C) / (0,85 - C_{\text{min}})$$

Donde:

C: coeficiente propuesto en la fórmula de revisión de precios ofertado por cada licitador.

Cmin: coeficiente propuesto en la fórmula de revisión de precios ofertado por el licitador que ofrece el coeficiente menor.

La reducción ofertada solamente resultará de aplicación cuando el coeficiente

de revisión de precios fuera positivo”.

El apartado 23 *“documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación”* del Anexo I del PCAP establece que los licitadores deberán presentar la siguiente documentación:

“4.2 Estudio económico y plan económico financiero

El estudio económico y plan económico financiero detallado dentro de su oferta, del que se desprenda el presupuesto ofertado. En orden a la licitación, el contenido del estudio económico será tenido en cuenta a efectos de la verificación de la coherencia de las ofertas presentadas por los licitadores.”

El apartado 25 del Anexo I del PCAP, permite la solicitud de aclaraciones sobre el contenido de los pliegos y de información adicional sobre los mismos en los siguientes términos: *“Los licitadores podrán solicitar aclaraciones sobre el contenido de los pliegos en el plazo de los quince días siguientes a la fecha de la convocatoria.*

Los licitadores podrán solicitar información adicional sobre los pliegos o documentación complementaria con una antelación de 9 DIAS a la fecha límite para la recepción de ofertas”.

En fecha 27 de agosto de 2013, Constructora San Jose, S.A., solicitó dos aclaraciones respecto de los apartados 11 (revisión de precios) y 18.3 (criterios de adjudicación; reducción del coeficiente a aplicar de revisión de Precios) del Anexo I del PCAP, que le fueron respondidas, vía correo electrónico, el 29 de agosto de 2013.

CONSULTA 1:

“Según se indica en el pliego administrativo “Los precios de adjudicación se revisarán anualmente aplicando el coeficiente de revisión de precios una vez transcurrido el primer año”. Es decir, ¿para obtener el importe de adjudicación revisado de cada año que corresponda, se multiplicará el coeficiente de revisión de

precios Kt obtenido para ese año por el precio anual de adjudicación correspondiente a ese año, sin que intervenga ningún otro factor?

RESPUESTA: “Tal y como se especifica en el apartado 11 de PCAP, los precios de adjudicación se revisarán anualmente aplicando el coeficiente de revisión de precios una vez transcurrido el primer año desde la formalización del contrato. Es decir, la aplicación del IPC se ajusta sólo a la fórmula reflejada en el pliego”.

CONSULTA 2:

“Según el criterio de adjudicación nº 3 del pliego administrativo. “La puntuación máxima se otorgará al licitador que menor coeficiente de multiplicación sobre el IPC proponga sobre la fórmula de revisión de precios, con un mínimo de 0 y un máximo de 0,85”. ¿El coeficiente de multiplicación al que se hace referencia y que se puede minorar es el que aparece en la fórmula de revisión de precios (Kt del pliego con un valor de 0,85?”

RESPUESTA: Si.

Fueron efectuadas hasta 113 consultas, habiendo sido atendidas todas ellas individualmente, habiéndose publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid el compendio de todas las consultas y respuestas formuladas para su general conocimiento el 3 de septiembre de 2013, con rectificación el 5 de septiembre de 2013. Las respuestas facilitadas, tienen carácter vinculante, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 131.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP). Ente ellas figuraba la siguiente formulada por otra licitadora el día 30 de agosto:

CONSULTA 5:

“Pregunta relacionada con la cláusula 18 “criterios de adjudicación”, punto 3 Reducción del coeficiente a aplicar de revisión de Precios, del Pliego de Condiciones

Administrativas Particulares. Siendo el $C_{min}=0.85$ y C el coeficiente propuesto en la fórmula de revisión de precios ofertados, ¿toda bajada del coeficiente supone un aumento en el otro sumando del coeficiente de revisión de precios K_t (0.15 para C_{min}) para llegar a la unidad en caso de $IPC_t / IPC_o=1$, o por el contrario $+ 0.15$ permanece invariable ante dicha bajada en C ?”.

$$K_t = (0,85 \times PC_t / IPC_o) + 0,15$$

Ejemplo: ¿si $C=0,60$, de qué manera quedaría la fórmula?

Opción A

$$K_t = (0,60 \times PC_t / IPC_o) + 0,40$$

Opción B

$$K_t = (0,60 \times PC_t / IPC_o) + 0,15$$

RESPUESTA: *El sumando $+0,15$ permanece invariable.”*

La respuesta a la consulta número 5, se rectificó el día 5 de septiembre de 2013 en el siguiente sentido:

“La fórmula quedaría como en la opción A.

El apartado 11 del anexo I del PCAP, establece la fórmula de revisión de precios que se compone de dos sumandos.

Por otra parte, entre los criterios de valoración establecidos en el apartado 18 de este mismo anexo, se encuentra con el número 3 la reducción del coeficiente a aplicar de revisión de Precios.

Para que la fórmula de revisión de precios mantenga su finalidad inicial, el término C ofertado afectará tanto a la primera parte del sumando ($C \times IPC_t / IPC_o$) como a la segunda ($1-C$)”.

Tercero.- Con fechas 11 de noviembre de 2013 (para el lote 1) y 12 de noviembre de 2013 (para los lotes 2 y 3) se procedió a la adjudicación de los mismos mediante Decretos del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad. Simultáneamente se remitieron notificaciones a todos los licitadores que habían

concurrido y se publicaron las adjudicaciones en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, significándose en dichos acuerdos respecto de los lotes 1 y 2 que de conformidad con su proposición, el adjudicatario incluye además, las siguientes mejoras: *“Una reducción del coeficiente a aplicar en la fórmula de revisión de precios en la que el valor $C=0$ y por lo tanto $Kt= 1$ durante la totalidad de la vigencia del contrato”*. Y respecto del lote 3 *“Una reducción del coeficiente a aplicar en la fórmula de revisión de precios en la que el valor $C=0,10$, siendo el $Kt= 0,10 (IPCt/IPC_0)+0,90$ durante la totalidad de la vigencia del contrato”*.

Cuarto.- En fecha 12 de noviembre de 2013, las recurrentes anunciaron, ante el órgano de contratación, la interposición de recurso especial en materia de contratación.

El 27 de noviembre de 2013 tuvieron entrada en el Tribunal tres recursos contra los Decretos del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid por los que se acuerda la adjudicación de los lotes 1, 2 y 3 correspondientes al contrato de gestión integral del servicio público de parques y viveros municipales.

Los tres recursos alegan modificación, por la Mesa de contratación, de la fórmula contenida en el PCAP para la revisión de precios y la eficacia de la fórmula contenida en el apartado 11 del Anexo I del PCAP. En segundo lugar, improcedencia de la modificación de la fórmula de revisión de precios: la fórmula es útil para los fines previstos. Asimismo alegan extralimitación de la Mesa de contratación e incompetencia para modificar el PCAP. Finalizan solicitando:

- Anular el citado acto de adjudicación dictado por el Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid.
- Conservar la validez y eficacia de todos aquellos actos del procedimiento que no resulten afectados (en el presente caso, el procedimiento de licitación, y las

actuaciones de la Mesa referentes a la valoración de la personalidad y capacidad de los licitadores así como las ofertas de los mismos).

- Concluir el procedimiento de licitación aplicando las previsiones contenidas en el PCAP que rigen el contrato de referencia y fundamentalmente cuanto establece el punto 4.2 (*“Estudio económico y plan económico financiero”*) del apartado 23 del Anexo I al PCAP en orden a valorar la coherencia de las ofertas presentadas con el estudio económico y plan económico financiero según la fórmula establecida en el.

PCAP ($Kt = 0,85 \times IPCt/PCo + 0,15$).

Quinto.- Con fecha 29 de noviembre de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP. Asimismo, siendo idéntico el contenido de los tres recursos se acuerda la acumulación de los mismos.

Sexto.- El Ayuntamiento de Madrid remitió el 2 de diciembre de 2013 una copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. El informe considera que concurren causas de inadmisión del recurso y concluye que no procede anular la adjudicación, por haber quedado acreditado que se ha producido en favor de la oferta económicamente más ventajosa en cada lote, y que tales ofertas resultan coherentes. Por todo lo cual, se propone al Tribunal la adopción de acuerdo en el siguiente sentido:

1. La inadmisión del recurso interpuesto contra la adjudicación de los tres lotes, por las causas alegadas en el considerando 1.

2. Subsidiariamente, desestimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por haber quedado acreditado que las adjudicaciones han recaído en los licitadores que han presentado las ofertas económicamente más ventajosas de entre las presentadas a la licitación y que dichas ofertas resultan

coherentes con la documentación técnica exigida en el apartado 23 del anexo I del PCAP que rige dicho contrato.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado de los recursos al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones en nombre de las empresas Eulen, Ingeniería y Diseños Técnicos y Ortiz Construcciones y Proyectos, que licitan en compromiso de constitución en UTE. En resumen alegan que las resoluciones impugnadas se ajustan a derecho y que de acuerdo con la fórmula del PCAP los distintos licitadores indicaron la cifra que ofrecían para el valor C de la fórmula aplicable al criterio de adjudicación denominado “Reducción del coeficiente a aplicar de revisión de precios”. Las mejores ofertas fueron las que ofrecieron $C=0$ que recibieron 6 puntos y la UTE recurrente recibió la puntuación proporcional.

Asimismo han presentado alegaciones las empresas Acciona Medio Ambiente y Acciona Agua, que también licitan en compromiso de UTE. Consideran que la publicación de las consultas formuladas y sus respuestas no supone una modificación del PCAP sino una actuación aclaratoria del mismo que se llevó a cabo en el perfil de contratante el 5 de septiembre, esto es antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas que concluía el 9 de septiembre. Por lo que todos los licitadores pudieron tener conocimiento de tales aclaraciones y formular sus ofertas con arreglo a las mismas. Las respuestas no modifican el PCAP sino que lo aclaran. Señala que su oferta no está incurso en presunción de ser anormal o temeraria y por tanto no procede hacer otro juicio sobre su viabilidad debiendo tenerse en todo caso la facultad discrecional del órgano de contratación de apreciar si la proposición es susceptible de normal cumplimiento. Rechaza la alegación de que se valora con más puntos una oferta que otra más barata, dado que en este caso para determinar la oferta económicamente más ventajosa se atenderá a una

pluralidad de criterios valorables todos ellos en cifras o porcentajes.

También ha formulado alegaciones las empresas Gruporaga y Nitlux que licitan como “UTE Parques singulares”. Afirman que las contestaciones a las aclaraciones pedidas no avalan la interpretación del recurrente, que las consultas efectuadas son solicitudes de aclaración y no solicitudes de información adicional que fueron formuladas en el plazo correcto. Entiende que la consulta que hemos numerado como 5 fue contestada el día 3 y modificada el 5 de septiembre lo cual es perfectamente ajustado a Derecho, pues en ese momento no se había cerrado el plazo de presentación de ofertas y por tanto los licitadores aún podían ajustarse a los criterios indicados y si no lo hicieron es porque con perfecto conocimiento de causa les interesa más otro tipo de oferta. La segunda respuesta de la Administración que es la correcta tiene toda la lógica. Explica las razones de ser de la variabilidad del sumando 0,15 de la fórmula de revisión de precios. Afirma que la fórmula de aplicación de la revisión de precios que figura en el PCAP no ha sido modificada, sino que responde a una mera interpretación del pliego que responde a la finalidad de hacer viables sus previsiones y la interpretación que hace el recurrente no responde a la idea de una revisión de precios, sino a una baja en el precio ofertado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Corresponde en primer lugar analizar la competencia del Tribunal para la resolución de los recursos.

Opone el órgano de contratación que teniendo en cuenta que los gastos de primer establecimiento cuantificados para el lote 2 ascienden a la cantidad de 445.790,62 euros, y por tanto son inferiores a 500.000 euros, debería resolverse sobre la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 de este contrato al no ser susceptible de impugnación mediante recurso

especial en materia de contratación, lo que a su vez determinaría la incompetencia de este Tribunal.

El artículo 40.1.c) del TRLCSP, al establecer el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación señala que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años.

Una característica del recurso especial en materia de contratación es que no se aplica a todos los contratos del sector público. El recurso trae causa en la transposición de la Directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre, por la que se modifican las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Es decir, únicamente en relación con los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, o sea, los incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo, de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, entre los que no figura el contrato de gestión de servicios públicos. En la transposición a la legislación nacional se ha ampliado el ámbito objetivo de aplicación del recurso también a los contratos de servicios no sujetos a regulación armonizada (categorías 17 a 27 del anexo II del TRLCSP) y de gestión de servicios públicos que superen determinados umbrales (que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años) en un intento de equiparación con el resto de contratos cuando su cuantía o importancia sea similar.

Para establecer el umbral de competencia de los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación el TRLCSP recurre ordinariamente al concepto valor estimado del contrato, el cual, cuando pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, incluye, según

el artículo 88.7 del TRLCSP, el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes. Asimismo para los acuerdos marco y para los sistemas dinámicos de contratación se tendrá en cuenta el valor máximo estimado del conjunto de contrato contemplados durante la duración total del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición.

En los contratos de gestión de servicios públicos, en cambio, no es el valor estimado, sino el importe de los gastos de primer establecimiento el determinante del umbral que determina la posibilidad de recurso y, en consecuencia, la competencia del Tribunal. Cuando el contrato de gestión de servicios públicos se divide en lotes, el mismo criterio mantenido en relación al resto de contratos a la hora de cuantificar el valor estimado debe ser aplicado para determinar el importe de los gastos de primer establecimiento, de manera que cuando, como en el supuesto que nos ocupa, pueda dar lugar a la adjudicación de todos o alguno de los lotes al mismo licitador deberá tenerse en cuenta el importe global de la totalidad de dichos lotes independientemente de que alguno de ellos individualmente no alcance el importe.

En este supuesto debe tenerse en cuenta que el artículo 86 del TRLCSP establece el principio de unidad y no fraccionamiento del objeto de los contratos, salvo en aquellos casos en se pueda prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes. En tales casos las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2. Por ello no puede aceptarse la interpretación del órgano de contratación y debe considerarse que el importe de los gastos de primer establecimiento determinante de la competencia del Tribunal viene dado por el importe acumulado de todos los lotes que componen el objeto del contrato y la competencia va referida a todos y cada uno de los lotes, aunque individualmente no alcancen el importe de 500.000 euros.

Por tanto, debe concluirse que los recursos se han interpuesto contra la adjudicación de los lotes de un contrato calificado como de gestión de servicios públicos, con unos gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros (2.807.503,65 euros para el conjunto de los tres lotes) y una duración de ocho años, siendo susceptible de recurso especial en materia de contratación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 40.1.c y 40.2.c del TRLCSP.

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 los recursos acumulados.

Segundo.- En segundo lugar es necesario analizar la legitimación activa de las recurrentes ya que tal como hace valer en su informe el órgano de contratación a la vista de la clasificación de las ofertas presentadas a los tres lotes en que se divide este contrato, se comprueba que las empresas licitan en compromiso de UTE y la ahora recurrente resulta la quinta clasificada en el lote 1, la cuarta en el lote 2 y la séptima en el lote 3.

Como ya hemos indicado en anteriores resoluciones, la legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre: “Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4)”.

La pretensión de los recursos se concreta en la anulación de la adjudicación, en conservar la validez y eficacia de todos aquellos actos del procedimiento que no resulten afectados y en concluir el procedimiento de licitación aplicando las previsiones contenidas en el PCAP que rige el contrato de referencia y fundamentalmente cuanto establece el punto 4.2 (“Estudio económico y plan económico financiero”) del apartado 23 del Anexo I al PCAP en orden a valorar la coherencia de las ofertas presentadas con el estudio económico y plan económico financiero según la fórmula establecida en el PCAP ($Kt = 0,85 \times IPct/PCo + 0,15$).

No se discute por tanto la correcta aplicación de la fórmula matemática para la

valoración del criterio nº3 (reducción del coeficiente a aplicar de revisión de precios: 6 puntos) cuya puntuación se acepta, ni la puntuación final en el orden en que han sido clasificadas las empresas.

La oferta de la adjudicataria supone un coeficiente sobre el que se aplicará la revisión de precios de 0 y la de la UTE recurrente del 0,79, en los lotes 1 y 2 y del 0,77 en el lote 3. En consecuencia, con la aplicación de la fórmula matemática prevista, la adjudicataria obtendría 6 puntos y la recurrente 0,42 en los lotes 1 y 2 y 0,56 puntos en el lote nº 3. Esta asignación de puntos, que no se discute, supone mantener el lugar en la clasificación de las ofertas que se ha indicado anteriormente. Por tanto la nulidad de la adjudicación y conservación de los actos no convertiría per-se en adjudicataria, en ninguno de los tres lotes a la UTE recurrente, de lo que cabría concluir su falta de legitimación activa.

Lo que se pretende es decidir sobre la interpretación adecuada que ha de darse no al criterio de adjudicación, sino al apartado 11 del anexo I del PCAP, que se refiere a la aplicación de la fórmula de revisión de precios durante la ejecución del contrato [$Kt=0,85X(IPCt/IPC_0)+0,15$] cuestión, en principio, ajena a la adjudicación y no determinante de la misma.

No obstante en el recurso se hace ver que el apartado 23 del anexo I del PCAP exige incluir entre la documentación relativa a los criterios de adjudicación un estudio económico y plan económico financiero del que se desprenda el presupuesto ofertado que será tenido en cuenta a efectos de la verificación de la coherencia de las ofertas presentadas por los licitadores.

La verificación en cuanto a los importes referidos a las anualidades 2 y siguientes vendrá determinada por la interpretación que de dicha fórmula se haga, pues según la de la recurrente, haría que la oferta adjudicataria deba hacerse aplicando una minoración del precio ofertado a partir del segundo año a solo un 15% de su valor, lo que a la vista del estudio económico y plan económico financiero la

haría inconsistente, pero según su interpretación y la del órgano de contratación al ser el coeficiente igual a 1 le correspondería el mismo importe ofertado sin aplicar la revisión de precios a ningún porcentaje del contrato.

Por tanto, la verificación de la viabilidad de las ofertas, entre ellas la de la adjudicataria, depende de la interpretación que ha de darse al apartado 11 del anexo I del PCAP y de aceptarse la interpretación de la UTE recurrente podría devenir en una inviabilidad de la oferta adjudicataria y, por aplicación del principio de igualdad de trato, de las otras mejor clasificadas, que pudiera determinar la adjudicación a su favor. De lo anterior y de la interpretación del requisito de legitimación conforme al principio favor acti cabe concluir su legitimación activa.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- Los recursos se plantearon en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 11 de noviembre de 2013, practicada la notificación el mismo día e interpuesto el recurso el 27 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la fórmula prevista en el apartado 11 del Anexo I del PCAP debe considerarse en su sentido literal o en el sentido de la interpretación dada a la consulta numerada como 5 en los antecedentes de hecho una vez contestada y corregida la contestación.

Según consta en el PCAP el precio del contrato, se revisará anualmente. La revisión se obtiene mediante la aplicación de la fórmula reflejada en el PCAP: $K_t = 0,85 \times (IPC_t/IPC_o) + 0,15$. Para obtener el precio revisado de cada año, se multiplicará el coeficiente K_t de dicha fórmula por el precio anual de adjudicación. El coeficiente que el licitador puede minorar dentro de la fórmula, a efectos de su valoración como criterio de adjudicación es el que aparece en la misma con valor

0,85 de multiplicación sobre el IPC, dentro de los márgenes establecidos en el Pliego (desde 0 hasta 0,85).

Afirma la recurrente que con la aclaración formulada el día 5 de septiembre se modifica la fórmula incluida en el PCAP ($Kt = 0,85 \times IPCt/IPC0 + 0,15$) al permitir que el coeficiente que estaba fijado como invariable o constante (0,15) pase a ser una variable (1-C) habiendo transformado la fórmula en $Kt=Cx(IPCt/IPC0)+(1-C)$. En el supuesto que la Mesa de contratación atienda a esta modificación al valorar las ofertas de los licitadores, se distorsionarán los resultados que puedan obtenerse al aplicar los distintos coeficientes de multiplicación que propongan los licitadores (y que en la fórmula del PCAP se identifica con un valor de 0,85). Se aplicó una fórmula de revisión de precios diferente de la que recogía el citado apartado 11 del Anexo I del PCAP al considerar, erróneamente, que dicha fórmula de “revisión de precios” no podía ser aplicable en la forma que literalmente se recoge por resultar inoperante, o no servir a su finalidad. Contrariamente a lo estimado por la Mesa, la fórmula contenida en el apartado 11 del Anexo I del PCAP, según una interpretación sistemática de la misma y de acuerdo con su tenor literal, resulta perfectamente aplicable y útil para cumplir con su finalidad.

Considera la UTE recurrente que existe un documento último de aclaraciones por el que se confirma, mediante tres respuestas, que debía mantenerse invariable la fórmula contenida en el PCAP, mientras que existe otra respuesta que implica la “modificación” de dicha fórmula. Señala que una vez recibida la notificación de adjudicación llegó al convencimiento de que debía existir algún error en dicha valoración puesto que de aplicarse a la fórmula contenida en el Pliego ($Kt = 0,85 \times IPCt/IPC0 + 0,15$) un coeficiente de valor cero (0) esto es, en sustitución del valor inicialmente dado por el PCAP de 0,85, y siendo 0,15 un sumando invariable, como prescribe el PCAP, el resultado nunca podría ser 1 como se sostenía en el documento de adjudicación.

Afirman las recurrentes que la fórmula contenida en el apartado 11 del Anexo I del PCAP aplicada literalmente, considerando como único coeficiente variable 0,85 resulta útil para el fin previsto en el Pliego, esto es, como una herramienta a disposición del licitador para que pueda ofertar una reducción de la revisión de precios de partida. Por tal motivo no es preciso acudir a ninguno de los medios de interpretación previstos para supuestos de oscuridad o duda. Dentro del procedimiento de contratación y de entre la pluralidad de documentos y textos que tienen naturaleza contractual, destaca el PCAP (art. 115 del TRLCSP), que es la Ley del contrato, y que por tanto vincula a las partes, debiendo éstas someterse a sus prescripciones. La participación en el concurso por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en el pliego que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudirse para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación al cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión.

Continúan argumentando que es evidente que cualquier interpretación del contenido de los pliegos que resulte necesario llevar a cabo por la Mesa de contratación deberá enmarcarse dentro de los principios de publicidad, libre competencia e igualdad de oportunidades. En el presente caso, la publicación de la respuesta de la Mesa modificando la fórmula de revisión de precios se realizó el 5 de septiembre de 2013 (jueves), cuando el plazo límite para la presentación de las ofertas vencía el lunes 9 de septiembre de 2013, vencido el plazo para formular cualquier nueva consulta en orden a esclarecer la discordancia generada. “En la medida en que la oferta presentada por esta parte no ha podido (y no puede, obviamente) ser modificada, queda claro que cualquier interpretación que dé lugar a una valoración diferente a la que legítimamente merece la proposición de nuestras representadas en base a criterios no expresados anteriormente, atenta a los principios de igualdad de oportunidades y libre competencia y en consecuencia debe reputarse ilegal”.

Por ello, en aplicación de los principios de buena fe y confianza legítima que deben presidir la actuación de las Administraciones Públicas, que exigen un tratamiento igualitario y no discriminatorio a los contratistas y esgrime como principio de actuación el de transparencia, interpretando las normas en atención a tales objetivos, y en base a los cuales se articula todo el sistema de publicidad de los procedimientos contractuales, la decisión adoptada por la Mesa de Contratación resulta ilegal y debe declararse nula y dicha nulidad conlleva la de aquellos actos que sean consecuencia del mismo, en este caso fundamentalmente la adjudicación, conservándose la validez y eficacia de todos aquellos actos del procedimiento que no resulten afectados (en el presente caso el procedimiento de licitación, y las actuaciones de la Mesa referentes a la valoración de la personalidad y capacidad de los licitadores así como las ofertas de los mismos).

Alega el informe del órgano de contratación que el único factor que interviene en la revisión de precios, es la evolución del índice de precios al consumo (consultas 1, 2 y 4). La fórmula establecida en el apartado 11 del anexo I del PCAP, puede ser mejorada a favor de la Administración, habiéndose establecido tal mejora como criterio de valoración en el punto 3 del apartado 18 del anexo I. Según dicho apartado, los licitadores únicamente pueden reducir el coeficiente 0,85, pero para que la revisión de precios mantenga su finalidad, el otro sumando se aumenta de oficio (automáticamente) en las mismas unidades en que se minore el coeficiente referido. Lo que la recurrente preguntó, fue si el único coeficiente que podía minorar en aplicación del criterio 3 del apartado 18 del anexo I, era el 0,85; consulta que le fue respondida afirmativamente aplicando estrictamente la fórmula para evaluar este criterio incluida en el pliego. El licitador interpretó de forma errónea que la respuesta facilitada implicaba que el otro sumando permanecía inalterable; cuestión, por otra parte, sobre la que pudo solicitar aclaración expresamente, no habiéndolo hecho.

Continúa argumentando que las aclaraciones definitivas fueron publicadas el 5 de septiembre de 2013 y el plazo de presentación de ofertas finalizó el 9 de septiembre de 2013, que la recurrente manifiesta conocer las respuestas y, en

consecuencia, cómo opera la mejora en la fórmula de revisión de precios. Aun así, presenta oferta sin atender al sentido de las respuestas, y pretende hacer valer su interpretación (que no se deduce de las respuestas facilitadas a sus consultas) frente al resto de licitadores que ofertaron atendiendo al sentido de lo previsto en el pliego. Conforme al artículo 131.2 TRLCSP, las consultas tienen carácter vinculante y con su publicidad, se garantizan la igualdad y la concurrencia en la licitación.

A la vista de las alegaciones de ambas partes es preciso determinar la interpretación del apartado 11 del Anexo I del PCAP y las consecuencias de la publicación y puesta en conocimiento de las respuestas a las consultas efectuadas por las potenciales licitadoras.

Hay que partir de que la revisión de precios es un sistema establecido en aras del principio de equilibrio financiero del contrato para compensar los desajustes que en ese aspecto la realidad socioeconómica, con su falta de estabilidad, causa a los contratistas. Por lo tanto, una interpretación del clausulado del contrato que prevea una revisión de precios que incremente aún más el desequilibrio entre las partes no puede prosperar.

Si lo que se pretende es valorar la renuncia a la revisión de precios, será el 0% del precio ofertado el que resulte afectado por la variación del IPC, por lo que el 100% del mismo, no resultará afectado por la misma. De esta afirmación, se infiere lo siguiente:

1. El Kt calculado en cada ejercicio, es el que, multiplicado por el precio del contrato en cada ejercicio, permite obtener el precio revisado para dicho ejercicio.
2. Esto significa, que para que la revisión de precios no tenga incidencia sobre el precio del contrato en cada ejercicio, el Kt debe ser igual a la unidad; y ello porque es un axioma matemático que cualquier número multiplicado por 1, resulta ser el mismo número.

En la fórmula de revisión de precios contenida en el apartado 11 del anexo 1 existen dos sumandos. El primero de ellos, es el producto entre el coeficiente 0,85 y la variación del IPC. Para que la variación del IPC no afecte al contrato, se precisa que el coeficiente sea igual a 0, pues también es un axioma matemático que cualquier número multiplicado por 0, dará un resultado de 0. El segundo sumando de la fórmula, cuando el importe de IPC a revisar es del 85% debe ser necesariamente del 15%, pues la suma de los coeficientes $0,85+0,15=1$. Pero a partir del año 2 el importe del contrato se verá multiplicado por el coeficiente K_t a fin de determinar el importe a abonar al contratista en concepto de importe del contrato y revisión de precios, que en principio, según la dicción literal del apartado 18 del PCAP solo puede resultar positivo.

Si este segundo sumando debiera permanecer invariable, como ha interpretado la recurrente, y un licitador pretendiera obtener los 6 puntos en este criterio (y por tanto redujera a 0 el coeficiente 0,85) significaría que a partir del segundo año, el precio revisado sería el 15% del precio ofertado, lo cual resultaría incompatible con las prevenciones que, respecto al precio de los contratos, deben observar los órganos de contratación según el artículo 87.1 TRLCSP.

El apartado 23 del anexo I del PCAP, contiene la documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación. El Ayuntamiento de Madrid, en los contratos integrales, ha optado por aplicar únicamente criterios valorables en cifras o porcentajes con una ponderación preeminente del criterio precio. Es un hecho que la opción elegida incrementa la transparencia, pero también el riesgo de la recepción de ofertas que puedan resultar inviables por imposibilidad de prestar los servicios en las condiciones propuestas. Para incrementar las garantías de que esto no pueda ocurrir, se ha exigido que las proposiciones se acompañen de los estudios económicos y planes económicos financieros en los que se basen dichas ofertas, así como de la organización de los medios humanos y mecánicos adscritos a la concesión. La finalidad de estos documentos, es verificar la coherencia de las ofertas presentadas por los licitadores; de tal modo, que lo que se pretende

comprobar es que los valores ofertados en el modelo de anexo II del PCAP, se reflejan correctamente en el estudio económico.

La aplicación de la fórmula según la interpretación de la recurrente es incorrecta, ya que existiendo una evolución positiva de los precios, el importe de la revisión resulta negativo, de manera que el precio ofertado no es que varíe, sino que queda reducido, lo que desvirtúa la finalidad de la revisión de precios. La fórmula no resulta de utilidad al órgano de contratación para obtener su objetivo, que no es otro que suprimir, o al menos reducir, la incidencia de la evolución del IPC en el contrato.

Conviene recordar que el artículo 90 del TRLCSP relativo al “Sistema de revisión de precios” permite que la revisión de precios, cuando resulte procedente, se lleve a cabo mediante la aplicación de índices oficiales, en cuyo caso será el órgano de contratación el que determinará el índice que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura de los costes de las prestaciones del mismo. El apartado 3 del precepto precisa que *“Cuando el índice de referencia que se adopte sea el Índice de Precios de Consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística o cualquiera de los índices de los grupos, subgrupos, clases o subclases que en él se integran, la revisión no podrá superar el 85 por 100 de variación experimentada por el índice adoptado”*.

En el presente contrato se adopta como índice de referencia el IPC, por lo que, como límite máximo de la revisión opera el 85% de la variación del IPC que establece el precepto transcrito y recoge el PCAP.

Por su parte, el apartado 18 del anexo I del PCAP, incluye entre los criterios de valoración de las ofertas el siguiente: “reducción del coeficiente a aplicar de revisión de precios: hasta 6 puntos”.

En el recurso se propugna una interpretación de la revisión de precios que permite una corrección anual de los precios completamente al margen de los factores que el pliego asume como determinantes para esa revisión -la variación del

IPC-. Con ello, el recurrente en realidad está confundiendo la baja en el precio ofertado, con la revisión de precios. Pero son institutos diferentes, ya que se diferencian al menos en dos elementos:

De un lado, en que mientras la revisión es un factor causal, -responde a la variación del coste de determinados factores,- la baja en el precio ofertado no viene determinada por ningún factor externo: el licitador puede ofertar el precio que estime conveniente, con los límites en su caso de las ofertas que incurran en temeridad.

De otro, en que el alcance exacto de la revisión de precios no se conoce en el momento de formalización del contrato, es un *aleas*: se conoce ciertamente la fórmula de la revisión, pero no la cuantificación de los factores que integran la fórmula.

En consecuencia la correcta aplicación de la fórmula de revisión de precios ha de hacerse no en la literalidad de su redacción tal como aparece en el apartado 11 del anexo I del PCAP, sino con el criterio señalado por la respuesta dada a la consulta número 5 cuya aclaración y publicación en el sentido definitivo se produjo el día 5 de septiembre, lo que supone la aplicación de la siguiente fórmula $K_t = C_x(IPC_t/IPC_o) + (1-C)$. Esta interpretación es la que el Tribunal considera aplicable y por tanto conforme a ella ha de verificarse la coherencia de las ofertas presentadas. Por consiguiente procede la desestimación del recurso por este motivo.

Quinto.- No obstante, tal como se pone de manifiesto en el recurso, la respuesta modificada, aclarando esta interpretación, fue publicada el jueves día 5 de septiembre, finalizando el plazo de presentación de ofertas el lunes 9.

Pues bien, según el artículo 133.3 del TRLCSP, incluido sistemáticamente dentro de la sección relativa a las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos:

“3. El órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación”.

Por otra parte, el artículo 158, incardinado dentro de la Sección 2º “procedimiento abierto” del Capítulo I “adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”, del Título I, del Libro III del TRLCSP establece que:

“2. La información adicional que se solicite sobre los pliegos y sobre la documentación complementaria deberá facilitarse, al menos, seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de ofertas, siempre que la petición se haya presentado con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos.

3. Cuando, los pliegos y la documentación o la información complementaria, a pesar de haberse solicitado a su debido tiempo, no se hayan proporcionado en los plazos fijados o cuando las ofertas solamente puedan realizarse después de una visita sobre el terreno o previa consulta «in situ» de la documentación que se adjunte al pliego, los plazos para la recepción de ofertas se prorrogarán de forma que todos los interesados afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para formular las ofertas”.

En el mismo sentido se manifiesta el artículo 78 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que concreta que la decisión de prorrogar los plazos corresponde al órgano de contratación.

El artículo 133.3 del TRLCSP obliga a dar publicidad a las aclaraciones sobre el contenido de los pliegos, las cuales tendrán carácter vinculante y deben hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de

licitación. Considera el Tribunal que una interpretación sistemática de la Ley conduce a entender que la publicidad a que se refiere el artículo 133.3 debe hacerse en los términos del artículo 158, es decir, al menos con seis días de antelación a la fecha final de presentación de proposiciones.

Tal y como consta en los antecedentes de hecho, la publicación de las preguntas y respuestas se realizó en el perfil de contratante el día 3 de septiembre, o sea dentro del plazo de seis días de antelación. Sin embargo, apreciado error en la contestación a la pregunta que hemos numerado en los antecedentes de hecho como 5, se procedió a su corrección el día 5 de septiembre, cuando faltaban cuatro días para la fecha final y dentro del plazo. Se trata por tanto de una actuación irregular y no ajustada a la Ley que podría determinar la anulabilidad del procedimiento de adjudicación.

No obstante la UTE recurrente manifiesta conocer el contenido de la respuesta con anterioridad a la fecha final del plazo de presentación de ofertas, sin que se formulase oposición a la misma, sino al contrario aceptando su contenido al participar en la licitación presentando oferta. Se tuvo conocimiento del contenido de la respuesta, del momento en que se publicó y la presentación de la oferta supone que se aceptó incondicionalmente el PCAP según el contenido de dicha aclaración, tal como dispone el artículo 145.1 del TRLCSP. El Tribunal no aprecia que la irregularidad puesta de manifiesto constituya causa de nulidad, pues la publicidad tuvo lugar en el perfil de contratante durante el mismo plazo para todos los licitadores, en términos de igualdad y concurrencia, habiendo entendido todos los licitadores excepto la recurrente el contenido de la respuesta y formulado su oferta conforme a la aclaración.

Por otra parte en la solicitud del recurso no se invoca ninguna causa de nulidad, sino que pretende anular la adjudicación y conservar la validez y eficacia de todos aquellos actos del procedimiento que no resulten afectados (el procedimiento de licitación y las actuaciones de la mesa de contratación referentes a la valoración

de la personalidad y capacidad de los licitadores así como las ofertas de los mismos) y que concluyendo el procedimiento aplicando las previsiones contenidas en el PCAP en cuanto ha de valorarse el estudio económico y plan económico financiero de acuerdo en orden a valorar la coherencia de las ofertas según la fórmula de revisión de precios, en la interpretación que sostiene que como hemos visto fue objeto de aclaración. El principio de congruencia, una vez desestimada la solicitud de anulación de la adjudicación y debiéndose aplicar la fórmula de revisión de precios en los términos analizados en el fundamento de derecho anterior a efectos de valorar la coherencia de la ofertas, conduce a desestimar el recurso y mantener la validez de los actos del procedimiento de adjudicación.

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 los recursos especiales, interpuestos por Don J.S.L., en nombre y representación de Constructora San José S.A.; Don E.B.M. en nombre y representación de El Ejidillo Viveros Integrales S.L.; Don M.M.L., en nombre y representación de San José Concesiones y Servicios S.A.; Don A.B.A., en nombre y representación de Sitelec Global de Servicios y Obras S.L. y Don A.F.H. en nombre y representación de Trasel Servicios Ambientales S.L. contra el Decreto de fecha 11 de noviembre de 2013 del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, del Ayuntamiento de Madrid, por el que se adjudican los lotes 1, 2 y 3 del expediente de contratación “Gestión Integral del Servicio Público de Parques y Viveros Municipales”, expediente 133/2013/0009.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 29 de noviembre.

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.