

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

En Madrid, a 6 de febrero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por de don D.P.M., en nombre y representación de ACTUA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz de 10 de diciembre de 2018, por el que se resuelve adjudicar el contrato del “Servicio de conservación, mantenimiento y mejora de zonas verdes, jardinerías y arbolado en Fronteras, Centro, Parque Granada y Zapatería y conservación, mantenimiento y mejora del arbolado viario, de edificios públicos y de zonas verdes”, Número de Expediente: PA 57/2018.

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación se publicó en la PCSP el 8 de agosto de 2018, por un valor estimado de 3.970.631,16 euros.

Segundo.- En fecha 2 de enero de 2019 se presenta recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal.

El recurso alega que la valoración dada al criterio automático de aplicación de fórmulas “baja en la inversión”, hasta 5 puntos, (cláusula novena del PCAP apartado B), de 0 puntos a su oferta es contrario a la redacción de los Pliegos, correspondiéndole la máxima puntuación por haber efectuado una baja del 100%, y sumados esos puntos resultaría adjudicataria del procedimiento.

Tercero.- A lo que aquí interesa, el PCAP desglosa 50 puntos de oferta económica, en dos aspectos, 45 puntos para la baja total en mantenimiento y 5 puntos para el porcentaje de baja en la inversión.

De estos últimos, que son discutidos, afirma lo siguiente en la susodicha cláusula: *“Máxima puntuación por baja en la inversión: 5 puntos.*

Se valorará en función de la baja efectuada por cada empresa, asignándose 5 puntos a la oferta que presente mayor baja sobre los precios unitarios de la base de precios de Paisajismo o en su defecto la base de precios de centro del colegio de aparejadores y arquitectos técnicos de Guadalajara, en ambos casos para el año en curso: Se puntuará de forma proporcional mediante la siguiente fórmula:

$$Ni = 5 * ((Bi/Bmax))$$

Donde:

Ni: número de puntos obtenidos por la oferta i.

Bi: Baja propuesta en la oferta i

Bmax: La mayor baja en todas las ofertas presentadas

Todos los años de vigencia del contrato en los que haya inversión se agotará la partida hasta los 36.600,00 euros I.V.A. incluido con lo que la baja que presente la empresa que sea adjudicataria del servicio se utilizará para realizar más inversión”.

También interesa transcribir el modelo de oferta económica por este extremo:

“B) PROPOSICIÓN ECONÓMICA INVERSIÓN

Se presentará conforme al siguiente modelo:

*“D. _____, con domicilio a efectos de notificaciones en _____,
c/_____, nº. __, con DNI nº _____, en representación de la Entidad*

_____, con CIF nº _____, enterado del expediente para la contratación del servicio de _____ por procedimiento abierto, oferta mejor relación calidad precio, varios criterios de adjudicación, anunciado en el PERFIL DE CONTRATANTE, hago constar que conozco el Pliego que sirve de base al contrato y lo acepto íntegramente, tomando parte de la licitación y se comprometo a realizar la inversión por un porcentaje de baja de _____ sobre los precios unitarios de la base de precios de paisajismo o en su defecto la base de precios de centro del Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Guadalajara, en ambos casos para el año en curso

Todo ello de acuerdo con lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que sirven de base a la convocatoria, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente.”

Cuarto.- El 10 de enero la Secretaría del Tribunal requirió el expediente administrativo y las alegaciones pertinentes al órgano de contratación, siendo recibidas el día 18.

Quinto.- Habiendo dado plazo de alegaciones a la empresa adjudicataria en fecha 21 de enero, no se han recibido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ACTUA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L., como licitadora en el procedimiento y eventual adjudicataria de revisarse las puntuaciones (artículos 48 y 56.1 c) LCSP).

Segundo.- El recurso se interpone en el plazo de quince días hábiles desde la notificación de la adjudicación, publicada en la PCSP el 12 de diciembre de 2018.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios que excede de 100.000 euros, siendo admisible el recurso ex artículo 44 de la LCSP.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la puntuación con 0 puntos a la oferta de baja del 100% del recurrente en el punto relatado en el antecedente tercero. Alega la Administración que: “1º) *Se ratifica lo indicado en el informe técnico de valoración del sobre B:*

En relación a las empresas Eulen S.A. y Actua, no se puntúa la oferta presentada para inversión, porcentaje de baja sobre los precios unitarios de la base de precios de Paisajismo o en su defecto la base de precios de centro del colegio de aparejadores y arquitectos técnicos de Guadalajara, en ambos casos para el año en curso.

Ambas empresas presentan 100% de baja, lo que supone que el importe a facturar por las inversiones realizadas será de 0 €, estando siempre disponible la partida de 36.300,00 € I.V.A. incluido, cuando el pliego administrativo indica que todos los años de vigencia del contrato en los que haya inversión se agotará la partida hasta los 36.300,00 € I.V.A. incluido con lo que la baja que presente la empresa que sea adjudicataria del servicio se utilizará para realizar más inversión.

2º) La interpretación presentada por la empresa sobre la baja del 100o/o no es conforme con las reglas matemáticas ni con la práctica de la certificación de obras conforme la normativa en vigor, dando una interpretación deliberadamente confusa en la que se desprende que aunque ha declarado una baja del 100o/o sobre el precio de inversión, la interpretación real de la oferta económica no es el 100%.

3º) Según lo indicado en el pliego administrativo:

(...) baja sobre los precios unitarios de la base de precios de Paisajismo o en su

defecto la base de precios de centro del colegio de aparejadores y arquitectos técnicos de Guadalajara, en ambos casos para el año en curso.'

Todos los años de vigencia del contrato en los que haya inversión se agolará la partida hasta los 36.300,00 € I.V.A. incluido con ir que la baja que presente la empresa que sea adjudicataria del servicio se utilizará para realizar más inversión.

La baja del 100% sobre los precios unitarios presentada por las empresas Eulen y Actua se considera indeterminada, no se puede conocer el importe real o la traducción económica del descuento ofertado, porque llevada a la práctica, significa que a cada precio unitario se le descontará el 100% de su valor, siendo el resultado de dicha operación 0€ a facturar, quedando nuevamente disponibles 36.300 € para realizar más inversión, pudiendo realizar infinitamente inversión, porque siempre se aplicará 1000/o de baja a los precios unitarios, siendo siempre el resultado 0€ a facturar y estando siempre disponible 36.300€. Esto supone que una oferta con un 100% de baja impide que se pueda cumplir el pliego de condiciones.

4º) Como se está ante un criterio evaluable de manera automática y en los pliegos no se prohíbe expresamente ni se señala salvedad alguna respecto a la posibilidad de ofertar un

100% de baja, no se trata la oferta de manera excluyente, pero al considerarla indeterminada por no poder conocer si valor económico real, se toma la decisión de valorarla con 0 puntos."

Por el contrario, el recurrente señala que una baja del 100% implica una inversión adicional sobre la cuantía presupuestada anual de 36.300 euros de exactamente la misma cantidad, siendo absurdo entender que una baja del 100% implique precisamente que no existiría ninguna inversión adicional. Y que es lo conforme al modelo de proposición económica de la inversión y distribución de puntos, previsto en la cláusula novena.

Sexto.- A juicio de este Tribunal cualesquiera que sean los términos de un contrato, en su interpretación debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, salvo que de las mismas resulte que la intención de los contratantes es otra (artículo 1281 Código civil).

Y los Pliegos del contrato deben aplicarse en sus estrictos términos, sin ser admisibles interpretaciones que desvirtúen su sentido. Tal y como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución nº 049/2011, de 24 de febrero: *“En este sentido, resulta preciso destacar que, sobre la interpretación de los contratos en general y sobre la de los contratos públicos en particular ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia en múltiples ocasiones. No podemos olvidar que los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, cuyo artículo 1.288 exige que tal interpretación se haga en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito un contrato –en este caso para cualquiera de los licitadores puesto que es necesario respetar el principio de concurrencia-, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien la ha ocasionado (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en sentencias como las de 2 noviembre 1976, 11 octubre y 10 noviembre 1977, 6 febrero y 22 junio 1979 y 13 abril y 30 mayo 1981).*

En este sentido es menester recordar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre

aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.

No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato. 5 En el supuesto que venimos examinando y, conjugando los criterios interpretativos expuestos, existe por una parte oscuridad o cuanto menos ambigüedad en las cláusulas del pliego a las que se ha venido haciendo referencia, lo que implica que no podamos atender a una interpretación literal de las mismas y que la referida oscuridad en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado, esto es, el órgano de contratación.”

Siendo claros los términos del PCAP no cabe interpretarlos en otro sentido, acudiendo a criterios contables o de otro tipo. A lo sumo, en caso de duda de alguna cláusula en el sentido más favorable para que produzca efectos (artículo 1284), y este es, conforme a su propia literalidad, una inversión adicional comprometida por el mismo importe de 36.300 euros.

Si el PCAP afirma que la *“puntuación por baja en la inversión se valorará en función de la baja efectuada por cada empresa, asignándose 5 puntos a la oferta que presente mayor baja sobre los precios unitarios de la base”*, no puede afirmarse que *“un porcentaje de baja”* (como dice el modelo de proposición) de 100, equivalga precisamente a 0 euros de inversión adicional.

Lo que contradice, además, la fórmula distribución de puntos del PCAP, que parte de las bajas propuestas por las empresas. Si se afirma que *“la baja que presente la empresa que sea adjudicataria del servicio se utilizará para realizar más inversión”*, una baja de 100 supone una inversión adicional por la misma cantidad. La regla de que a mayor porcentaje de baja consignado menor inversión, no se ha aplicado, además, al resto de licitadores. Así OHL, con una baja en

inversión del 45% ha obtenido 3,75 puntos y Acciona (la máxima considerada) con una baja en inversión del 60%, los 5 puntos máximos posibles.

Los porcentajes de baja en inversión ofertados han sido de:

	Servicio Ordinario	% Baja inversión
PAISAJES SOSTENIBLES	2.690.962,24	1
IRENA	2.555.598,68	29,98
FERROVIAL	2.614.581,64	40
LICUAS	2.611.580,15	35
OHLINGESAN	2.411.037,15	45
VALORIZA	2.540.072,06	23
FCC	2.582.488,18	40,5
EULEN SA	2.442.289,38	
ACTUA	2.511.362,77	
ASCAN	2.415.233,97	35
ACCIONA	2.503.410,33	60

Y las puntuaciones por este concepto:

- Paisajes Sostenibles: 0,08
- Irena: 2,50
- Ferrovia: 3,33
- Licuas: 2,92
- OHL Ingesan: 3,75
- Valoriza: 1,92
- FCC: 3,38
- Eulen: 0
- Actua: 0
- Ascan 2,92
- Acciona: 5

De lo que se deduce, que ha habido una distribución de puntos conforme a la fórmula a mayor baja porcentual en inversión mayor puntuación, salvo las bajas del 100% que se han evaluado con 0 puntos (Eulen y Actua). Y que de haber

ofertado una baja del 99,99%, por ejemplo, sí hubieran obtenido la máxima puntuación. No se ha aplicado la misma interpretación al resto de licitadores, que conllevaría una proporcionalidad inversa, a mayor porcentaje de baja se considera que oferta menos inversión y no más.

A mayores, en vía administrativa, se solicitó aclaración de su oferta a la recurrente, en fecha 29 de noviembre, ofreciéndole dos alternativas que implicaban lo mismo ambas, 0 puntos de puntuación:

1º) Se aplica el 100% de baja sobre los precios unitarios, el importe a certificar por la obra de inversión será siempre 0,00€, por lo que el importe de 36.300,00€ I.V.A. no se agotará nunca, lo cual es contrario a lo indicado en el pliego administrativo, y la obra de inversión será ilimitada, siendo la oferta presentada económicamente inviable.

2º) Se ejecuta obra por valor de 36.300,00 € I.V.A. incluido, y se aplica la baja del 100% al presupuesto de inversión, facturando 0,00€ y se da por finalizada la inversión, lo que supone que en realidad el % de baja que se realiza a los precios unitarios es el 0%, con lo cual la puntuación sería 0.

Se considera necesario aclaración de la oferta presentada respecto de los dos supuestos, teniendo en cuenta que deberá aceptarse por escrito y que supondrá la aceptación de la misma, estando obligados a su cumplimiento.

Tal y como señala en el recurso, en los términos de los PCAP una baja del 100 % supone una inversión adicional por el mismo importe, esto es de 36.300 euros, circunstancia que pueden consignar en el eventual documento de formalización del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don D.P.M., en nombre y representación de ACTUA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz de 10 de diciembre de 2018, por el que se resuelve adjudicar el contrato del “Servicio de conservación, mantenimiento y mejora de zonas verdes, jardinerías y arbolado en Fronteras, Centro, Parque Granada y Zapatería y conservación, mantenimiento y mejora del arbolado viario, de edificios públicos y de zonas verdes”, número de Expediente: PA 57/2018, con retroacción de actuaciones aplicando los criterios de puntuación tal y como figuran en los Pliegos, sumando 5 puntos al recurrente.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento.

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 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 59 de la LCSP.