

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

En Madrid, a 12 de enero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Vías y Construcciones, S.A., contra el Acuerdo de 2 de diciembre de 2020 del Concejal Presidente del Distrito de La Latina de Madrid, por el que se adjudica el lote 4 del “Acuerdo marco de obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios y espacios públicos cuya competencia corresponde al Distrito de Latina del Ayuntamiento de Madrid (5 lotes), expediente 110/2019/04256, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 20 y 22 de enero de 2020 se publicó en el DOUE y en la Plataforma del Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación correspondiente al acuerdo marco de referencia, dividido en cinco lotes a adjudicar mediante el procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del acuerdo marco es de 15.909.090,89 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 19 empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 1 de septiembre de 2020 la Mesa de contratación aprueba la valoración y la clasificación de las ofertas y propone la adjudicación del lote 4 a la UTE Obras y Servicios Taga, S.A.-Gestión y Ejecución De Obra Civil, S.A.U.

El Acuerdo se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 26 de octubre de 2020.

Con fecha 2 de diciembre de 2020, el Órgano de contratación adjudicó el contrato de acuerdo con la propuesta realizada por la Mesa de contratación.

Tercero.- El 11 de diciembre de 2020, la representación de Vías y Construcciones, S.A., clasificada en segundo lugar, presenta recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación del lote 4 del acuerdo marco de referencia por no haber valorado de forma correcta las proposiciones económicas.

Cuarto.- Con fecha 16 de diciembre de 2020, se remite a este Tribunal copia el expediente administrativo y los informes preceptivos a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de la Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), el Órgano de contratación en el informe se indica se ha procedido a valorar de acuerdo con lo que establece el pliego y la ley de contratos.

Quinto.- El procedimiento de licitación para el lote 4 se encuentra suspendido en base a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto.- El 17 de diciembre de 2020, por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real

Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno. Dichas alegaciones fueron presentadas el 22 de diciembre de 2020, oponiéndose a la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- La recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso respecto del lote 4, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP) puesto que se encuentra clasificada en segundo lugar.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 2 de diciembre de 2020, practicada la notificación el día siguiente, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 11 de diciembre del 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un Acuerdo Marco de obras. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente pone en cuestión forma de proceder llevada a cabo por la Mesa de contratación para la valoración de las

ofertas, sin excluir de la fórmula de cálculo las ofertas excluidas por temeridad, lo que, a su juicio no resulta ajustado a lo establecido en la legislación vigente y a los Pliegos que rigen la licitación.

Adjunta un cuadro comparativo de los resultados En dicho cuadro se puede apreciar el resultado que se obtiene, considerando, por una parte en la fórmula de cálculo las ofertas que han resultado ser excluidas por temeridad, y de otra, el resultado que se obtiene excluyendo éstas de dicho cálculo.

Del cuadro se deduce que, aplicando criterio de no exclusión de la fórmula de cálculo las ofertas excluidas por temeridad, la recurrente obtendría 96,81 puntos, frente a los 97,54 puntos del adjudicatario, mientras que aplicando criterio de exclusión de la fórmula de cálculo las ofertas excluidas por temeridad, la puntuación obtenida por el recurrente sería 98,64 puntos, frente a los 98,61 del actual adjudicatario.

En apoyo de sus argumentos, cita diversas Resoluciones del TACRC y de este Tribunal.

Por su parte, el Órgano de contratación alega que la valoración se ha hecho atendiendo a la mayor baja, tal como se establece en el PCAP, por lo que se otorga la mayor puntuación (65 puntos) a la empresa que haya hecho la mayor baja esté o no esté en temeridad, ya que el PCAP no matiza este término, pliegos no impugnados, que constituyen la ley del presente procedimiento.

A este respecto, transcribe el PCAP *“Descripción del criterio Ponderación*

- 1. Oferta económica Hasta 65 puntos*
- 2. Ensayos, análisis e informes específicos Hasta 5 puntos*
- 3. Mejoras ambientales Hasta 5 puntos*

TOTAL: 75 puntos

1. Oferta económica

Las proposiciones económicas deberán expresar, en forma de un único tanto por ciento, la baja lineal que se oferte sobre todos y cada uno de los precios que figuran en las bases de precios del acuerdo marco.

El porcentaje de baja ofertado se valorará atendiendo a la siguiente fórmula:

$$Vi = Vmax - Vmax \times (BMO - BOi)^2 / (BMO^2)$$

Siendo:

Vi: Puntuación de la oferta que se valora

Vmax: Puntuación máxima asignada al criterio precio

BOi: Baja de la oferta a valorar

BMO: Mayor Baja Ofertada”.

Destaca que, como se puede observar en la transcripción del apartado correspondiente del PCAP, BMO corresponde a la mayor baja ofertada.

En el mismo sentido, señala que el PCAP expone, “*se considera anormal la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 5 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de TODAS las proposiciones presentadas*”:

Por todo lo anterior, a su juicio, para el cálculo de la puntuación, según la fórmula, tienen que seguir estando incluidas todas y cada una de las ofertas de los licitadores, otorgándose en cada caso su puntuación, correspondiendo 65 puntos, a la de mayor baja presentada. A continuación, e independientemente, si se considera a ese licitador en baja temeraria, queda excluido en el momento de realizar la clasificación, pero la valoración otorgada sigue estando ahí; ya que tal como se establece en los pliegos es preciso requerir a dichos licitadores para justificar dicha baja desproporcionada o temeraria.

Concluye señalando que, en ningún momento se indica en el pliego que tras la exclusión de las ofertas con bajas temerarias deba efectuarse una nueva

valoración con las ofertas restantes y, por tanto, dado que se parte de una única valoración realizada con carácter previo a la exclusión de las ofertas temerarias, será la puntuación resultante de ésta la que se tome en consideración para clasificar las ofertas, momento, el de la clasificación, en el que ya no constan las empresas excluidas por ofertas desproporcionadas. No procede por tanto realizar una nueva clasificación de las ofertas finalmente admitidas al proceso de licitación, con exclusión de la fórmula de cálculo de las ofertas excluidas por temeridad, con base en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en expediente 16/2020, haciéndose hincapié en que es preciso distinguir la clasificación (en la que no constan las empresas excluidas) de la valoración resultante de la aplicación de la fórmula contractual que, como señala dicha resolución, no puede modificarse, alterarse ni repetirse a pesar de que posteriormente se excluyan ofertas por desproporcionadas.

Por su parte, el adjudicatario manifiesta que conforme a la LCSP, la clasificación de las proposiciones de los licitadores se ha de realizar después de haber decidido si existe alguna oferta que incurra en anormalidad y, en caso de que así sea, después de haber excluido tales ofertas. La valoración de las proposiciones, incluyendo la de los criterios dependientes de juicio de valor, que ya haya sido realizada en el seno del procedimiento de selección del contratista no puede modificarse, alterarse o repetirse a pesar de que posteriormente se proceda a excluir a alguna de las ofertas de los licitadores por causa de su calificación como anormal o desproporcionada. A su juicio, resulta procedente que la clasificación no contemple las ofertas que hayan sido excluidas por ser anormales o desproporcionadas. Este modo de proceder excluye la necesidad de volver a realizar un trámite para la identificación de las proposiciones que incurran en anormalidad o desproporción, solución que no tendría sentido conforme al texto legal y que atentaría contra el principio de concurrencia.

Concluye afirmando *“En definitiva, lo que pretende VÍAS para poder defender que su oferta debería haber sido clasificada como la primera y por tanto sería la adjudicataria del Contrato, es que, tras la exclusión de las ofertas incursas en*

temeridad, el Órgano de contratación tiene que realizar una nueva VALORACIÓN de las restantes; sin embargo, como se ha expuesto, lo que exige la Ley y el Pliego de esta licitación, lo que ha hecho el Ayuntamiento y lo que ratifica como correcto la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, es que la valoración inicial no se modifique, altere o repita a pesar de que después existan ofertas excluidas”.

Vistas las alegaciones de las partes, procede, en primer lugar, determinar el momento en el que debe realizarse la valoración y la clasificación de las ofertas de los licitadores en un procedimiento de contratación pública cuando el Órgano de contratación aprecia temeridad en alguna o algunas de las ofertas presentadas por dichos licitadores.

A este respecto, el criterio de este Tribunal fue expuesto en nuestra Resolución 385/19, de 19 de septiembre, referido a un supuesto muy semejante, en ese caso a un Acuerdo Marco para las “Obras de Reforma, Reparación y Conservación del Conjunto de Edificios y Espacios Públicos cuya competencia pertenece al Distrito de Barajas”. En dicha resolución señalábamos: *“Es necesario destacar, no obstante que la redacción del artículo 149.6 de la LCSP complica con su textual la interpretación ya referida. Efectivamente establece: “Si el Órgano de contratación considerando la justificación efectuada por el licitador estimase (...) que 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”.*

Indudablemente este artículo solo puede interpretarse como que la exclusión de la oferta incurso en baja anormal no será de la clasificación, sino para efectuar dicha clasificación, al igual que el resto de ofertas que puedan ser excluidas por otros motivos, como por el incumplimiento de algún requisito técnico solicitado en pliegos.

Interpretar de otro modo este apartado del artículo 149, conllevaría a la desnaturalización de la calificación del criterio precio, toda vez que permitiría la presentación de ofertas temerarias sin posibilidad de justificación pero que permitirían la reducción de la proporcionalidad de la puntuación por este criterio al resto de ofertas, alterando así el principio general de la contratación pública de determinar y adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa en relación calidad precio.

Es habitual que en las normas se aprecien defectos de redacción que pueden dar lugar a interpretaciones distorsionadas en relación con el resto del articulado de la ley. Podemos observar en este caso concreto como el artículo 150.1 manifiesta que “La Mesa de contratación (...) clasificará por orden decreciente las propuestas presentadas (...)” cuando debería decir “las propuestas admitidas”, toda vez que de lo contrario habría que clasificar también aquellas ofertas que han sido excluidas por falta de documentación administrativa o incumplimiento de los requisitos técnicos solicitados en el pliego, hecho este del todo inaceptable.

Por todo lo cual este Tribunal considera que la actuación de la Mesa de contratación, calificando los criterios no sujetos a juicio de valor solo a las ofertas admitidas y procediendo a su posterior clasificación en orden decreciente ha sido correcta y ajustada a Derecho, por lo que se desestima el recurso por ser este el único motivo alegado”.

El mismo criterio mantiene el TARC de la Junta de Andalucía en su Resolución 350/2019, de 24 de octubre: “En definitiva podemos llegar a la conclusión de que en ningún momento ha sido intención de la nueva LCSP modificar el sistema que venía siendo aplicado conforme al TRLCSP, por lo que la valoración de las ofertas económicas y, posterior clasificación, deben hacerse tras comprobar la viabilidad de todas las ofertas incursas inicialmente en presunción de anormalidad, sin que esta conclusión se vea alterada por lo dispuesto en el artículo 159 de la LCSP para el procedimiento simplificado, dadas las especiales características de este procedimiento.”

Del mismo modo, el TACRC mantiene, con carácter general, el mismo criterio señalado, sirva de ejemplo la Resolución 828/2018.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Expediente 16/20, mantiene el mismo criterio, considerando que debe procederse a una nueva asignación de las puntuaciones otorgadas a las ofertas económicas, previa exclusión de las que fueren finalmente eliminadas de la licitación por baja temeraria, y, de forma posterior, una nueva clasificación de las ofertas en función de la valoración final obtenida.

En el caso que nos ocupa, el Órgano de contratación argumenta que el PCAP contiene la expresión *“proposiciones presentadas”*, al señalar *“se considera anormal la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 5 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas”*. Asimismo, al establecer la fórmula para la valoración de la baja, señala que, en la citada fórmula, *“BMO: Mayor Baja Ofertada”*.

No obstante, este Tribunal, como hemos visto, en la citada Resolución 385/2019 declaraba *“Podemos observar en este caso concreto como el artículo 150.1 manifiesta que “La Mesa de contratación (...) clasificará por orden decreciente las propuestas presentadas (...)” cuando debería decir “las propuestas admitidas”, toda vez que de lo contrario habría que clasificar también aquellas ofertas que han sido excluidas por falta de documentación administrativa o incumplimiento de los requisitos técnicos solicitados en el pliego, hecho este del todo inaceptable”*.

Es significativo que el PCAP que regía la licitación del contrato, cuya adjudicación fue impugnada y dio origen a la citada Resolución 385/19, se refería a un acuerdo marco similar para el Distrito de Barajas, dentro del mismo Ayuntamiento de Madrid. Pues bien, dicho pliego contenía las mismas expresiones (*“proposiciones presentadas”*) que el referido al expediente de contratación que nos ocupa, sin que

ello supusiera un obstáculo para el Órgano de contratación, en ese caso, actuara conforme a los criterios mantenidos por este Tribunal.

Por tanto, para dar viabilidad jurídica a los PCAP, que ciertamente no han sido objeto de impugnación en ningún momento, debe interpretarse, por ser conforme a lo dispuesto en el artículo 149 y a los principios de la contratación pública, en los términos señalados anteriormente, que se refieren a las ofertas no excluidas de la licitación, en lugar de las ofertas presentadas.

Por todo ello, procede la estimación del recurso, con retroacción de actuaciones al momento previo a la valoración económica de las ofertas, que deberán llevarse a cabo conforme a los criterios expuestos anteriormente y continuando la licitación en los términos que legalmente procedan.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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 la representación de la empresa Vías y Construcciones, S.A., contra el Acuerdo de 2 de diciembre de 2020 del Concejal Presidente del Distrito de La Latina de Madrid, por el que se adjudica el lote 4 del “Acuerdo marco de obras de reforma, reparación y conservación del conjunto de edificios y espacios públicos cuya competencia corresponde al Distrito de Latina del Ayuntamiento de Madrid (5 lotes), expediente 110/2019/04256, con retroacción de actuaciones en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Quinto.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para el lote 4.

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 59 de la LCSP.