

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

En Madrid, a 8 de noviembre de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por don J.G.G., en nombre y representación de Instinto Deportivo, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 14 de septiembre del 2018 por el que se clasifican las proposiciones presentadas por los licitadores admitidos al contrato “Servicio de explotación de la instalación deportiva piscina cubierta municipal de Boadilla del Monte”, número de expediente: EC/47/17, y contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 26 de septiembre, por el que se corrige la clasificación y se propone la adjudicación del contrato a Mistral 2010, S.L. en dicho contrato, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 15, 18 y 23 de diciembre de 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOCM y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es 4.560.230 euros.

Advertido error, con fecha 13, 14, y 16 de febrero de 2018 se publica, respectivamente en el BOCM, en el DOUE y en el BOE la rectificación del anuncio de la convocatoria, con el siguiente contenido:

En cuanto a la aportación municipal, donde dice:

“El adjudicatario percibirá:

A) Una aportación municipal anual a abonar por el Ayuntamiento por el desarrollo del objeto del contrato:

Hasta un máximo de Ciento treinta mil setecientos sesenta y cinco euros (130.765 €) anuales, más Veintisiete mil cuatrocientos sesenta y un euros (27.461 €), en concepto de IVA, o importe de IVA que, en su caso, legalmente corresponda.

El precio a ofertar por los licitadores será a la baja, y no podrá en ningún caso, exceder de dicha cantidad. La Mesa de Contratación rechazará las proposiciones económicas que excedan del tipo de licitación del contrato.”

Debe decir:

“El adjudicatario percibirá:

A) Una aportación municipal anual a abonar por el Ayuntamiento por el desarrollo del objeto del contrato:

Hasta un máximo de Ciento treinta y cinco mil ochocientos diecisiete euros (135.817,00 €) anuales, más Veintiocho mil quinientos veintiún euros con cincuenta y siete céntimos (28.521,57 €), en concepto de IVA, o importe de IVA que, en su caso, legalmente corresponda.

El precio a ofertar por los licitadores será a la baja, y no podrá en ningún caso, exceder de dicha cantidad. La Mesa de Contratación rechazará las proposiciones económicas que excedan del tipo de licitación del contrato.”

En cuanto al valor estimado del contrato, donde dice:

“Valor estimado del contrato (art. 88 TRLCSP): 4.560.230,00 Euros.”

Debe decir: “Valor estimado del contrato (art. 88 TRLCSP): 4.590.702,00 Euros.”

Interesa destacar en relación con el objeto de los recursos que la cláusula 1.8.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP, establece lo siguiente:

“Se otorgará la máxima puntuación a la empresa que mejor oferta realice respecto de la aportación municipal anual, con cero puntos a la oferta tipo anual, y el resto proporcionalmente según la fórmula:

$$\text{Puntuación empresa X} = \frac{\text{Tipo máxima licitación} - \text{Oferta empresa X}}{\text{Tipo máxima licitación} - \text{Mejor oferta}} \times \text{Puntuación máxima}$$

donde el factor puntuación máxima vendrá fijado, de acuerdo con la siguiente tabla, por la oferta que realice el mayor porcentaje de baja entre todas las ofertas presentadas por los licitadores:

% de baja máxima ofertas presentadas	Puntuación máxima
Hasta 1%	5 puntos
Más del 1% y hasta 2%	10 puntos
Más del 2% y hasta 3%	15 puntos
Más del 3% y hasta 4%	20 puntos
Más del 4% y hasta 5%	25 puntos
Más del 5% y hasta 6%	30 puntos
Más del 6% y hasta 7%	35 puntos
Más del 7% y hasta 8%	40 puntos
Más del 8% y hasta 9%	45 puntos
Más del 9% y hasta 10%	50 puntos
Más del 10% y hasta 11%	55 puntos
Más del 11%	60 puntos

(...)

“En cualquier caso, se considerará oferta desproporcionada en relación a la oferta económica aquella que resulte de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Para la fijación de dicha oferta que marca la puntuación máxima, no se tendrán en cuenta aquellas consideradas desproporcionadas de acuerdo con el párrafo anterior, si bien dichas ofertas obtendrán la puntuación máxima establecida en el supuesto de ser admitidas en los términos previstos en la legislación contractual.

En caso de oferta desproporcionada en relación a la oferta económica (aportación municipal anual), la Mesa de Contratación solicitará los informes oportunos sobre la documentación aportada que acredita la baja durante el trámite de audiencia.

En caso de empate, entre varias empresas, en cuanto a la proposición más ventajosa, se resolverá dicho empate a favor de la oferta económica que ofrezca recibir una aportación municipal anual de importe inferior. En caso de persistir el empate, se resolverá mediante sorteo.”

Segundo.- A la licitación han concurrido tres empresas, una de ellas la recurrente.

Tras la oportuna tramitación la Junta de Gobierno Local, de conformidad con la propuesta de la mesa de contratación de 13 de septiembre, adoptó el Acuerdo de fecha 14 de septiembre de 2018 por el que se clasifican las proposiciones presentadas en esta licitación, publicándose en el perfil del contratante del Ayuntamiento el 18 de septiembre y requiriendo al mejor clasificado la presentación de la documentación a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP

El 21 de septiembre de 2018 Instinto Deportivo S.L, (en adelante IDSL) presentó una solicitud de rectificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno de 14 de septiembre ante el órgano de contratación en el que advierte del error material en el importe del tipo de licitación y manifiesta que de la correcta aplicación automática de la fórmula para la valoración de los criterios automáticos resultaría la siguiente puntuación final:

LICITADOR	PUNTUACIÓN CRITERIOS SUBJETIVOS	PUNTUACIÓN CRITERIOS FÓRMULA MATEMÁTICA	TOTAL PUNTUACIÓN
MISTRAL 2010 S.L	33.75	19.52	53.27
INSTINTO DEPORTIVO S.L	27.10	60	87.10

Según indica el recurrente no ha recibido contestación a su solicitud.

Tercero.- El 26 de septiembre de 2018 tuvo entrada en este Tribunal, el recurso formulado contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 14 de septiembre de 2018, por el que se clasifican las proposiciones.

En el recurso se solicita la corrección del error material en cuanto al importe del tipo de licitación que figura en la tabla de puntuaciones debiendo ser 135.817 euros anuales +IVA, y no el que figura por 130.765 euros + IVA de acuerdo con la corrección de errores realizada en esta licitación. Además solicita la rectificación de las puntuaciones otorgadas a las proposiciones económicas (figura 40 puntos a cada licitador) y que se modifique la clasificación de las proposiciones correspondiendo la adjudicación provisional a su oferta que habría obtenido 87.10 puntos, en lugar de a Mistral 2010 S.L que quedaría clasificada en segundo lugar con 53.27 puntos.

El órgano de contratación remitió el expediente y los informes a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 (LCSP), el 1 de octubre de 2018, indicando que IDSL presentó una solicitud el 21 de septiembre de 2018 ante el órgano de contratación que se ha tenido en cuenta y llevado a cabo las actuaciones solicitadas por el recurrente. No obstante se mantiene invariable la propuesta de la adjudicación al mismo licitador, Mistral 2010, S.L. de acuerdo con la propuesta suscrita por el Concejal de Deportes en fecha 26 de septiembre de 2018 y con el Informe del Servicio de Intervención de fecha 21 de septiembre de 2018, que sirve de base a la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación en fecha 26 de septiembre de 2018, rectificativa del Acuerdo de 14 de septiembre, objeto de este primer recurso.

Así mismo informa que por Decreto 3834/2018, de 27 de septiembre se ha suspendido el procedimiento hasta la resolución del recurso, el cual sido publicado en el Perfil del contratante al día siguiente de su adopción y notificado a los licitadores ese mismo día.

Advierte que la comunicación a Instinto Deportivo, S.L. de la corrección efectuada al Acuerdo de clasificación inicial de fecha 14 de septiembre de 2018 fue puesta a su disposición el 26 de septiembre en la Sede Electrónica de Ayuntamiento, sin que el interesado la haya recibido.

Cuarto.- El 10 de octubre de 2018 IDSL presentó ante el Tribunal un segundo recurso esta vez contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 26 de septiembre de 2018 por el que se clasifican las proposiciones y se propone adjudicar el referido contrato a Mistral 2010 S.L solicitando su anulación así como, que se deje sin efecto el requerimiento de documentación realizado a Mistral 2010, S.L, por no ser la oferta más ventajosa.

IDSL recibió la notificación de este acto el 4 de octubre de 2018. En el Acuerdo consta que *“Visto el informe del Servicio de Intervención sobre “Solicitud rectificación acuerdo de adjudicación licitador concurso Gestión integral Piscina cubierta” firmado digitalmente en fecha 21 de septiembre de 2018. A la vista de lo cual, la puntuación respecto a los criterios cuya valoración se establece de forma automática, se rectifica, resultando la siguiente:*

LICITADOR	Propuesta económica (Tipo 135.817,00 € anuales + IVA)	Puntuación criterios cuya valoración se establece de forma automática (hasta 60 puntos)	Criterios que dependen de un juicio de valor (Máx. 40 puntos)	Total Puntuación
Nº1 INSTINTO DEPORTIVO, S.L.	89.853,00 € + IVA	60	27,10	87,10
Nº 2 MISTRAL 2010, S.L.	120.863,55 € + IVA	60	33,75	93,75

Manifiesta el recurrente que conforme al criterio manifestado por la Intervención en su informe de 21 de septiembre de 2018 se ha corregido el cuadro de las puntuaciones del Acuerdo anterior y se ha rectificado el importe del tipo de licitación. Afirma, no obstante, que la Intervención ha interpretado erróneamente lo dispuesto en la cláusula 1.8.2 del PCAP, en concreto el siguiente texto: *“Para la fijación de dicha oferta que marca la puntuación máxima, no se tendrán en cuenta aquellas consideradas desproporcionadas de acuerdo con el párrafo anterior, si bien dichas ofertas obtendrán la puntuación máxima establecida en el supuesto de ser admitidas en los términos previstos en la legislación contractual”.*

Reitera que la clasificación de las proposiciones corregidas de acuerdo lo dispuesto en la cláusula 1.8.2 del PCAP debiera ser la que solicitaba en su primer recurso, que es el resultado de aplicar la fórmula.

El órgano de contratación remitió el 10 de octubre de 2018 contestación al requerimiento del Tribunal advirtiendo que el expediente y los informes a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 (LCSP), son los mismos que ya se remitieron el pasado 1 de octubre en contestación al recurso anterior por ser en ambos casos el objeto del recurso el mismo, si bien aclara que cuando el recurrente se refiere al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de septiembre, en realidad lo que ha recibido es la notificación del acuerdo de la Mesa de contratación celebrada en esa fecha.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46 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 presente recurso.

Segundo.- Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador clasificado 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).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso

Tercero.-El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Asimismo el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de las mismas.

Cuarto.- Los recursos se plantean en tiempo, pues el acuerdo de clasificación y adjudicación provisional del contrato se adoptó el 14 de septiembre de 2018, dándose por notificado el recurrente con su publicación en el perfil del contratante el 18 de septiembre, e interpuesto el recurso el 26 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

El acuerdo de la mesa de contratación recurrido fue adoptado el 26 de septiembre de 2018, notificado a través de la sede electrónica ese mismo día y recibida el 4 de octubre de 2010 por IDSL, e interpuesto el recurso el día 10 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la

LCSP.

Quinto.- El objeto de recurso es en el primer caso el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de clasificación y adjudicación provisional de un contrato de servicios de importe superior a 100.000 euros.

El artículo 44.2 de la LCSP, en su letra b) y c) considera recurribles *“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.*

c) Los acuerdos de adjudicación.”

La propuesta de adjudicación provisional como acto de trámite no cualificado no es susceptible de recurso. A la vista de lo expuesto, procede declarar la inadmisión del recurso, por cuanto el acto recurrido es un acto de trámite no impugnabile separadamente, sin perjuicio de la facultad que asiste al recurrente de impugnar aquél, en su caso, en el recurso que se interponga contra la adjudicación.

En cuanto al segundo recurso interpuesto contra el acto de la mesa de contratación, debería en principio correr la misma suerte. No obstante, considerando que el expediente se encuentra suspendido por el propio órgano de contratación y que los motivos alegados en el recurso se han planteado previamente ante el mismo el cual, no ha dado satisfacción a lo planteado por IDSL, en virtud del informe de la Intervención elevado a la mesa de contratación que ha realizado la propuesta de acuerdo con aquel, cabe presumir que la adjudicación definitiva será acordada asumiendo íntegramente dicha propuesta, lo que por razones de economía procesal aconseja admitir el recurso considerando el acto recurrible al amparo del artículo

44.1.c) 2.c) de la LCSP.

Sexto.- Alega IDSL la errónea aplicación de la cláusula 1.8.2 del PCAP relativa a los criterios de adjudicación del contrato, en concreto en lo referido a los criterios cuya valoración se establece de forma automática.

Opone que la Intervención yerra al afirmar que “(...) *Con la observación y aplicación de este Criterio en su integridad (...) si para la fijación de la oferta que marca la puntuación máxima no se tienen en cuenta las desproporcionadas, implica necesariamente que la mejor oferta no desproporcionada (Mistral) es la que marca la máxima puntuación, que se otorga asimismo a Instinto Deportivo al haberse admitido la justificación de su oferta desproporcionada (...)*” y que el PCAP es claro al establecer que las ofertas desproporcionadas, siempre que finalmente sean admitidas en la licitación “*obtendrán la puntuación máxima establecida*” y no “*la máxima puntuación*” lo que determina que ambas ofertas obtengan la misma puntuación, 60 puntos siendo sus importes distintos, como demuestra con los cálculos que realiza al efecto y que defiende como correctos.

$$\text{Puntuación Instinto Deportivo, S.L.} = \frac{135.817,00 \text{ €} - 89.853,00 \text{ €}}{135.817,00 \text{ €} - 89.853,00 \text{ €}} \times 60 = 60$$

$$\text{Puntuación Mistral 2010, S.L.} = \frac{135.817,00 \text{ €} - 120.863,55 \text{ €}}{135.817,00 \text{ €} - 89.853,00 \text{ €}} \times 60 = 19,52$$

El órgano de contratación transcribe el informe de la Intervención en el que se señala que el criterio discutido es habitual en otras licitaciones convocadas por el Ayuntamiento y explica que: “*No obstante, derivado de la alteración del tipo de licitación en las fórmulas, varían las puntuaciones otorgadas, ya que el % de baja de Mistral conlleva que la puntuación máxima sean 60 puntos (baja superior al 11%) y no los 40 señalados por error en el Cuadro primitivo (baja entre el 7% y 8%). La corrección quedaría así:*

Cuadro inicial:

LICITADOR	PUNTUACIÓN TÉCNICA (40 pts. Máximo)			OFERTA ECONÓMICA (Tipo de Licitación: 130,765€)			PUNTUACIÓN TOTAL
	Ap. 1.1-Proy. Serv. Hasta 35 ptos./Min. 17,5	Ap. 1.2-Mejoras Hasta 5 pts	TOTAL	Hasta 60 pts. / Baja máxima			
Criterio de adjudicación				Oferta	% baja	Puntuación	100 pts. Máx.
INSTINTO DEPORTIVO, S.L.	23,85	3,25	27,10	89.853,00	31,29%	40,00	67,10 (**)
MISTRAL 2010, S.L.	29,00	4,75	33,75	120.863,55	7,57%	40,00	73,75 (***)
TERMALIA SPORT, S.L.	11,20	0,25	-	-	-	-	- (*)
MAYOR DE LAS OFERTAS PRESENTADAS				120.863,55			
OFERTA DESPROPORCIONADA, INFERIOR A...				96.690,84			

* LICITADOR EXCLUIDO POR NO ALCANZAR LA PUNTUACIÓN TÉCNICA MÍNIMA EN APARTADO 1.1

** OFERTA DESPROPORCIONADA, ADMITIDA TRAS TRÁMITE DE AUDIENCIA (recibe la misma puntuación que la oferta que marca la puntuación máxima)

*** OFERTA MEJOR CLASIFICADA – PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN

Cuadro corregido:

LICITADOR	PUNTUACIÓN TÉCNICA (40 pts. Máximo)			OFERTA ECONÓMICA (Tipo de Licitación: 130,765€)			PUNTUACIÓN TOTAL
	Ap. 1.1-Proy. Serv. Hasta 35 ptos./Min. 17,5	Ap. 1.2-Mejoras Hasta 5 pts	TOTAL	Hasta 60 pts. / Baja máxima			
Criterio de adjudicación				Oferta	% baja	Puntuación	100 pts. Máx.
INSTINTO DEPORTIVO, S.L.	23,85	3,25	27,10	89.853,00	33,84%	60,00	87,10 (**)
MISTRAL 2010, S.L.	29,00	4,75	33,75	120.863,55	11,01%	60,00	93,75 (***)
TERMALIA SPORT, S.L.	11,20	0,25	-	-	-	-	- (*)
MAYOR DE LAS OFERTAS PRESENTADAS				120.863,55			
OFERTA DESPROPORCIONADA, INFERIOR A...				96.690,84			

* LICITADOR EXCLUIDO POR NO ALCANZAR LA PUNTUACIÓN TÉCNICA MÍNIMA EN APARTADO 1.1

** OFERTA DESPROPORCIONADA, ADMITIDA TRAS TRÁMITE DE AUDIENCIA (recibe la misma puntuación que la oferta que marca la puntuación máxima)

*** OFERTA MEJOR CLASIFICADA – PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN

En conclusión, y expuestos los argumentos considerados, esta Intervención entiende que debe admitirse la solicitud de Instinto Deportivo en cuanto a la revisión de las puntuaciones por la consideración del tipo de licitación definitivo, pero no así la parte relativa a la aplicación del Criterio de valoración, por lo que la Mesa de Contratación deberá acordar la modificación de las valoraciones que, no obstante, señalan un mismo licitador propuesto para la adjudicación.”

Se debe recordar que los pliegos del contrato contienen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y que 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 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” dándose la circunstancia de que en este caso los pliegos no han sido impugnados por lo que su contenido fue aceptado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 150 del TRLCSP, sin salvedad o reserva alguna.

Por otro lado debemos remitirnos al Dictamen de la Comisión Europea de 23 de diciembre de 1997 en el que establece que las ofertas económicas deberán valorarse de forma que la más baja obtenga la puntuación más alta. Fruto de este Dictamen se publica el Informe 27/1998, de 11 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre ponderación del criterio precio en concurso, estableciendo la vinculación del referido informe europeo a todos los órganos de contratación españoles. Consecuentemente las distintas Juntas Consultivas Autonómicas fueron adoptando este criterio en sus informes, indicándose a modo de referencia los siguiente: Dictamen 1/2001, de 21 de mayo de la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia; Informe 5/1998, de 26 de junio de la Junta de Contratación Administrativa de las Islas Baleares; Informe 4/1997, de 6 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid y el Informe 3/2005, de 7 de julio la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que incluye entre sus conclusiones que *“Toda valoración del precio, como criterio de adjudicación, tiene que otorgar la mayor puntuación a la oferta más barata y sólo a ésta. En consecuencia, una valoración del precio que otorgase la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas que, aunque próximas al anterior, fuesen más caras, vulneraría el marco jurídico de los contratos públicos”*.

Se ha de señalar la Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2013 (asunto T-402/06) que refunde toda la doctrina sobre esta cuestión ha establecido que la opción de «saciamiento» de la puntuación en el criterio precio con fórmulas distintas no resulta una técnica correcta de asignación de puntos, pues distorsiona, por sí, la función de ponderación objetiva de los criterios con un límite de horquilla y su sistema de proporcionalidad. Lo que puede conducir, en palabras del TJUE, en la citada Sentencia de 16 de septiembre de 2013, *“a que licitadores más competitivos se encuentren en una situación de competencia «irracional»*. *Salvo que así se exprese en el pliego y se motive adecuadamente, hay que considerar no idónea la práctica de otorgar todos los puntos a la oferta más barata”*.

Esta interpretación se reitera en el Informe 6/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre la posibilidad de establecer fórmulas en la ponderación del criterio precio que no asignen necesariamente la totalidad de la puntuación prevista a la oferta de menor precio, cuando establece que *“en todo caso, tampoco sería correcta la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes. Y ello porque, lógicamente, se incumple la regla de ponderación proporcional y se limita la economía de escala de las proposiciones, lo que contamina el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.*

Tampoco sería admisible la fórmula que prevé otorgar puntuación a las bajas nulas, ya que existirá menos diferencia de puntos entre su oferta y la de un competidor con una baja mayor; en el caso de la fórmula lineal, la pendiente de la recta de puntuación es menor, de modo que el número de puntos otorgados por incremento en la baja será menor”

Cabe recordar que *“La finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. Su función consiste, por tanto, en permitir evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo que supone -dato de especial relevancia- que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl; y el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón)”. La finalidad del sistema de ponderación y consiguiente puntuación es preservar la nota de la mejor relación calidad/precio. Lo que significa que la oferta de precio más baja no siempre resulta la mejor ni, por ello, la más eficiente, tal y como resulta de la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99.*

Respecto del modo en que debe verificarse la concreta valoración del criterio precio, se ha señalado que no resultan técnicas correctas de asignación de puntos las fórmulas de «saciamiento» de la puntuación en el criterio precio, o la opción de fijar un umbral económico a partir del cual la rebaja del importe ofertado no suponga obtener más puntuación; ni la de asignar la misma puntuación a la oferta más barata y a otras ofertas; o aquella en la que a partir de cierto umbral las diferencias de puntuación obtenidas por el elemento precio sean insignificantes, pues distorsiona, por sí, la función de ponderación objetiva de los criterios con un límite de horquilla y su sistema de proporcionalidad.

Es elocuente la Comisión Nacional de la Competencia, en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2010, 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. Por ejemplo, si la máxima puntuación por este concepto no se otorga a la oferta de precio o tarifa más bajas, sino a aquella cuyo nivel de precio o tarifa se aproxima más a la media aritmética de las ofertas presentadas, se está desaprovechando la oportunidad de conseguir ofertas más agresivas, al tiempo que se fomenta el riesgo de alineamiento de las ofertas por encima del precio competitivo”*.

La inconveniencia de establecer fórmulas de valoración del criterio precio que alberguen umbrales de saciedad ha sido unánimemente adoptada por los Tribunales Especiales de Contratación nombrándose por ser las más actuales la Resolución número 02103/06, de 27 de junio de 2006, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Navarra y la Resolución nº 40/2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, de 22 de Marzo de 2018 y la Resolución 4/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que establece: “Las fórmulas de valoración del precio que disminuyen la relevancia de la valoración global de las bajas económicas que superen un determinado umbral son contrarias al artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Sin embargo, debemos recordar que la recurrente no impugna el pliego, sino tal solo el resultado de su aplicación, de manera que, debe estar y pasar por su contenido al no darse a juicio de este Tribunal circunstancias para aplicar la STJUE de 12 de marzo de 2015, En el asunto C-538/13, eVigilo Ltd.

En este caso el PCAP establece por un lado una fórmula matemática para la valoración de las proposiciones económicas que permite atribuir la máxima puntuación (60 puntos) a la oferta económica más ventajosa y proporcionalmente al resto de las licitadoras, lo que en principio impediría que dos ofertas con distinto importe obtuvieran la misma puntuación. Sin embargo, a continuación, el PCAP recoge una tabla de puntuación a otorgar en función del porcentaje de baja ofertado titulado “% de baja máxima ofertas presentadas” en el que contempla la posibilidad la puntuación por tramos hasta el máximo de 60 puntos para la oferta que suponga un porcentaje de baja de más del 11% sin límite, por lo que cualquier baja igual o superior a 11% obtendría 60 puntos.

De esta forma en la práctica penaliza las bajas superiores a dicho porcentaje, penalización que debió tener en cuenta el recurrente a la hora de plantear su proposición que representa una baja del 33.84% frente a la de MISTRAL que la ha ajustado al 11.01%.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en 101 de la LCSE 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.- Acumular la tramitación de los recursos interpuestos por don J.G.G., en nombre y representación del Instituto Deportivo, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 14 de septiembre del 2018 y contra el acuerdo de la mesa

de contratación de fecha 26 de septiembre de 2016, por el que se clasifican las proposiciones presentadas por los licitadores admitidos al contrato “Servicio de explotación de la instalación deportiva piscina cubierta municipal de Boadilla del Monte”, número de expediente: EC/47/17.

Segundo.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.G.G., en nombre y representación del Instituto Deportivo, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 14 de septiembre del 2018 por el que se clasifican las proposiciones presentadas por los licitadores admitidos al contrato “Servicio de explotación de la instalación deportiva piscina cubierta municipal de Boadilla del Monte”, número de expediente: EC/47/17, por no tratarse de un acto susceptible de recurso y por haberse satisfecho extraprocesalmente la pretensión formulada.

Tercero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.G.G., en nombre y representación del Instituto Deportivo, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 26 de septiembre del 2018 por el que se clasifican las proposiciones presentadas por los licitadores admitidos al contrato “Servicio de explotación de la instalación deportiva piscina cubierta municipal de Boadilla del Monte”, número de expediente: EC/47/17.

Cuarto.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de las reclamaciones por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Quinto.- 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.