

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

En Madrid, a 21 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Ferrovial Servicios, S.A. (en adelante, FERROVIAL) contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local por la que se adjudica el “Contrato de servicio de mantenimiento integral del alumbrado público e iluminación decorativa de las calles en las fiestas patronales y navideñas”, Exp.2019/PA/000022 del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22 de julio de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación. Así mismo se publicó en el DOUE con esa misma fecha.

El valor estimado de contrato asciende a 2.236.363,64 euros con un plazo de duración de 24 meses.

Segundo.- El 31 de octubre de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FERROVIAL contra la Resolución de adjudicación del contrato de referencia, por haberse producido un error material en la transcripción de la valoración de uno de los criterios de valoración y por indebido recálculo del criterio precio tras la exclusión de un licitador incurso en presunción de temeridad

Tercero.- El 7 de noviembre de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe 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 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso y su ampliación al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya recibido alegación alguna.

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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, 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 indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue adoptado el 9 de octubre de 2019, y practicada la notificación el día 10, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 31 de octubre de 2019, 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 contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso el recurrente fundamenta su recurso de interposición en dos motivos:

- Error material en la transcripción de la puntuación obtenida por el adjudicatario.
- Indebido recálculo del criterio precio tras la exclusión de un licitador incurrido en presunción de temeridad.

Respecto al primero de los motivos sostiene que el Jefe de Servicio de Ingeniería municipal, con fecha del 10 de septiembre de 2019, emitió informe de valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor (Sobre nº 2. Oferta técnica) valorando con dos puntos sobre tres el criterio *“Mantenimiento preventivo”* de la empresa adjudicataria. Sin embargo, en el cuadro resumen se hace constar una puntuación para dicho criterio y licitador de tres puntos, que según el recurrente constituye un error material que se arrastra hasta la valoración total, por lo que otorga al adjudicatario un punto más del que conforme al informe técnico le correspondía. De este modo, corregido dicho error, su oferta pasaría a tener la mayor puntuación.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta en su informe que con fecha 9 de octubre de 2019 la Junta de Gobierno Local adjudicó el contrato a la empresa ELECNOR, publicándose en el Perfil del Contratante el día 10 del mismo mes. Con fecha 24 de octubre la empresa FERROVIAL SERVICIOS remitió escrito al órgano de contratación donde hace constar *“Una vez revisado dicho informe, se observa un error de transcripción de la puntuación asignada a la mercantil ELECNOR en el criterio denominado ‘Organización y planificación del mantenimiento Correctivo’ ya que en la valoración técnica se le asignan 2 puntos sobre los 3 máximos del criterio y sin embargo en la tabla resumen, por error se transcriben 3 puntos, como se puede ver en los extractos del informe que se adjuntan a continuación (...).*

Por tanto, la puntuación final de ELECNOR sería 11 puntos, y el resumen correcto de las valoraciones del sobre N°2 sería el siguiente:

<i>Licitador</i>	<i>Puntuación</i>
<i>FERROVIAL SERVICIOS</i>	<i>15</i>
<i>ELECNOR</i>	<i>11</i>
<i>NITLUX</i>	<i>12</i>
<i>ELSAMEX</i>	<i>12</i>
<i>ETRALUX</i>	<i>10</i>
<i>IMESAPI</i>	<i>12</i>

Modificación que cambia sustancialmente el resultado final de la licitación, siendo FERROVIAL SERVICIOS la empresa con mayor puntuación global”.

Continúa el órgano de contratación señalando que con fecha 24 de octubre de 2019, el Jefe de Servicio de Ingeniería hace constar en su informe que efectivamente se había producido un error de transcripción de la valoración del criterio mantenimiento correctivo, que debía ser de dos puntos en lugar de los tres que figura en la tabla resumen, por lo que una vez corregido el error material ELEC NOR pasa a tener un total de 94 puntos frente a los 94,01 de FERROVIAL SERVICIOS.

En base a todo lo anterior, el órgano de contratación solicita la estimación de este motivo de recurso *“por adolecer de error la adjudicación efectuada en favor de ELEC NOR, S.A., al haberse producido un error en el cuadro de puntuación total que decidió la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación y posteriormente al acuerdo de adjudicación del órgano de contratación”.*

Vistas las alegaciones de las partes, este Tribunal comprueba que de la documentación que consta en el expediente, se desprende que efectivamente se ha producido un error material en la transcripción de la valoración otorgada para el criterio mencionado en el cuadro resumen total de la puntuación, debiendo asignarse a ELEC NOR la puntuación total de 94 puntos.

Por todo lo anterior, procede estimar el presente motivo, debiendo corregirse el error material producido en los términos señalados, en base a lo dispuesto en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Respecto al segundo motivo de impugnación referente al indebido recálculo del criterio precio tras la exclusión de un licitador incurso en presunción de temeridad, el recurrente sostiene que el órgano de contratación procedió a recalcular

el criterio automático precio sin contar con el licitador excluido. Considera que procede el mantenimiento de la clasificación de las ofertas antes de la exclusión de la incursa en temeridad, sin recálculo posterior. Como fundamento de su argumentación trae a colación la reciente Resolución 716/2019, de 27 de junio del TACRC.

Por su parte, el órgano de contratación se opone a esta argumentación señalando que el hecho de admitir que en la clasificación de las ofertas se deben incluir las ofertas anormales cuyas bajas no hayan sido justificadas y por ello proceda su exclusión de la clasificación, desembocaría en que la empresa más puntuada, sin incurrir en presunción de temeridad, lo sea gracias a la concurrencia de otras ofertas anormales que han condicionado la puntuación final, lo que implicaría el incumplimiento por parte de la Administración contratante de seleccionar la oferta más ventajosa, tal y como argumentó la Abogacía General del Estado en su Dictamen 163/2008, de 29 de septiembre, que advertía que quedaría en entredicho el deber de la Administración de seleccionar la mejor oferta si la adjudicación de un contrato se condicionara por la concurrencia de ofertas no depuradas que pueden ser inválidas por ser desproporcionadas o anormales.

El criterio de este Tribunal al respecto quedó claramente plasmado en el su reciente Resolución 385/2019, de 19 de septiembre en la que se hacía constar *“Admitida esta doctrina unánimemente, se ha de advertir que la crítica efectuada a la sistemática del extinto Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ha quedado superada por la LCSP. En la nueva norma encontramos que el artículo 149 dedicado a la consideración de ofertas como incursas en baja temeraria y el procedimiento contradictorio para su justificación o exclusión es el anterior al dedicado a la clasificación de ofertas y posterior adjudicación, evitando la confusión que el informe anteriormente invocado manifestaba.*

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.

Las normas han de interpretarse tal y como establece el código Civil en su artículo 3.1 “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Por lo cual y en relación con el contexto del resto de la normativa en materia de contratación pública y sobre todo con la sistemática de la Ley y con los artículos 148 y 150 de ésta, solo puede interpretarse el artículo 149.6 como ya se ha manifestado anteriormente.

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”.

Por tanto, siendo consecuentes con la argumentación jurídica señalada, debe concluirse que el órgano de contratación procedió a realizar de modo correcto la valoración de las ofertas en cuanto al criterio precio, al no incluir para su cálculo la oferta de la licitadora excluida por temeridad, por lo que el motivo debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Ferrovial Servicios, S.A., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón por la que se adjudica el “Contrato de servicio de mantenimiento integral del alumbrado público e iluminación decorativa de calles en las fiestas patronales y navideñas”, en los términos previstos 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.

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.