

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

En Madrid, a 20 de mayo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los concejales del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Majadahonda contra los Pliegos aprobados para la licitación del “Servicio de mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal de Majadahonda”, expediente número 39/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 2 y 4 de abril de 2021, respectivamente, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la convocatoria pública del contrato de servicios de referencia, mediante licitación electrónica por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 14.784.000 euros, para un plazo de duración de 3 años, prorrogable hasta un máximo de 5 años.

El plazo de presentación de proposiciones finaliza el 24 de mayo de 2021.

Segundo.- Con fecha 23 de abril de 2021, se ha recibido en este Tribunal escrito de los concejales del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Majadahonda

interponiendo recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), solicitando que se anule la cláusula 19ª y remisión de la misma a los apartados 22.I.1 y 22.II.1, 2 y 5 del cuadro resumen de características del PCAP. Asimismo, solicita la suspensión cautelar del procedimiento de licitación del expediente de referencia, hasta la resolución del recurso especial interpuesto, con la finalidad de poder corregir la infracción del procedimiento denunciada, así como evitar perjuicio a los intereses afectados, incluidos los de posibles licitadores.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 30 de abril de 2021, 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 transponen 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), solicitando la desestimación del recurso, así como de la medida cautelar, teniendo en cuenta el carácter esencial e interés público evidente del objeto contractual (mantenimiento integral de la ciudad), y que de no tener formalizado el presente contrato antes de la finalización del actual cuya prórroga finaliza el 13 de julio, la continuidad del servicio podría verse comprometida.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de los concejales del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Majadahonda para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, el artículo 24.4 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, dispone: *“Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados”*.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, *“existe una legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto, -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el artículo 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local. Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del*

derivado del régimen general -y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio (...) encaja claramente en un interpretación conjunta de los artículos 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL, que el concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido 'mediante sufragio universal, libre, directo y secreto' de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los artículos 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación”.

A mayor abundamiento citamos la Sentencia de 25 de septiembre de 2015, del TSJ AR que seña *“Pues bien, desde una perspectiva normativa y jurisprudencial los concejales de un Ayuntamiento pueden recurrir los actos o disposiciones de éste en supuestos de infracción del ordenamiento jurídico, siempre con la condición de no haberlos apoyado. Los concejales cuentan con una legitimación directamente derivada de la condición de representantes populares, además de la más abstracta de defensa de la legalidad, frente a la que tan solo se impone la exigencia de haber concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad del órgano colegiado municipal, que resulta equiparable a quienes no hubieran formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento, pues es idéntico, en uno y otro caso, el interés en el correcto funcionamiento de la corporación que subyace en el título legitimador que ahora se examina’.*

De este modo los concejales ostentan la condición de representantes populares de las correspondientes corporaciones locales, condición de la que dimana su legitimación ad hoc para poder impugnar los actos del Ayuntamiento que consideren contrarios al ordenamiento jurídico, y que se traduce en un interés concreto de controlar su correcto funcionamiento, como medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de los fines propios y específicos del municipio como

entidad local, no siendo para ello un déficit de legitimidad el no haber asistido a la sesión del órgano plenario en el que se adoptaron los acuerdos recurridos”.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un procedimiento de licitación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 23 de abril de 2021, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que los pliegos se han publicado en el perfil de contratante el 4 de abril de 2021.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto se concreta en determinar si es admisible la fórmula que recoge el PCAP para ponderar el criterio económico precio ofertado, según lo dispuesto en la LCSP.

A efectos de la resolución del recurso resulta de interés transcribir los siguientes puntos del apartado 22 del Cuadro Resumen de Características (CRC) del PCAP, que recoge los criterios de adjudicación objetivos que han de servir de base para la adjudicación del contrato, según expresa remisión de la cláusula 19 del pliego que rige el servicio impugnado:

“CRITERIOS NO SOMETIDOS A JUICIO DE VALOR (hasta 63 PUNTOS).

I. Criterio económico: El precio ofertado (hasta 37 puntos).

Se emplean las siguientes fórmulas ya que con ellas las ofertas de los distintos licitadores que sean próximas obtendrán una puntuación similar, pero ponderada, sin que se produzcan diferencias significativas entre las puntuaciones finales obtenidas, siendo así más equitativo y justo para los licitadores.

1. Oferta económica referente a las prestaciones correspondientes a la parte de servicios contra certificación: (hasta 32 puntos).

Se ofertará un porcentaje de baja que afectará a todos y cada uno de los precios que rigen en la ejecución de los trabajos correspondientes a la parte de SERVICIOS CONTRA CERTIFICACIÓN, certificables mediante los precios unitarios

que quedan reflejados en los cuadros de precios que se incluyen en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas particulares.

La puntuación asignada a cada proposición vendrá determinada por la expresión siguiente:

$$P_i = P_{\text{máx}} \cdot \left[1 - 0,5 \cdot \left(\frac{B_{\text{máx}} - B_i}{B_{\text{máx}}} \right) \right]$$

En donde:

P_i : Puntuación asignada a la propuesta i .

$P_{\text{máx}}$: Puntuación máxima asignada a la oferta económica (32 puntos).

$B_{\text{máx}}$: Baja máxima (%).

B_i : Baja de la oferta i (%).

En el caso de que un licitador oferte un porcentaje de baja del 0%, dicho licitador obtendrá 0 puntos en este criterio.

La elección de esta fórmula se basa en disponer de un método que asigne una puntuación de forma lineal, a la vez que intente no favorecer la presentación de bajas excesivas que luego se demuestran incompatibles con una adecuada ejecución del contrato. El efecto atenuador de esta fórmula se ve compensado por los criterios utilizados para establecer los umbrales de las bajas anormales.

2. Oferta económica referente a las prestaciones correspondientes a la parte de contrato de servicios fijos: (hasta 5 puntos).

Se ofertará un importe a la baja respecto al presupuesto base de licitación previsto en el presente pliego y a estos efectos, para el abono de los trabajos correspondientes a la parte de SERVICIOS FIJOS.

A tal efecto, los licitadores harán mención expresa del importe contenido en su oferta, comprometiéndose a realizar conjuntamente todos los trabajos objeto de la conservación y todas las actuaciones englobadas en el Anexo IV del pliego de prescripciones técnicas particulares.

La puntuación asignada a cada proposición vendrá determinada por la expresión siguiente:

$$P_i = P_{\text{máx}} \cdot \left[1 - \left(\frac{I_i - I_{\text{mín}}}{I_{\text{mín}}} \right) \right]$$

En donde:

P_i: Puntuación asignada a la propuesta i.

P_{máx}: Puntuación máxima asignada a la oferta económica (5 puntos).

I_{mín}: Importe mínimo de todas las ofertas presentadas (€).

I_i: Importe de la oferta i (€).

En el caso de que un licitador oferte un importe igual al presupuesto base de licitación, dicho licitador obtendrá 0 puntos en este criterio.

La elección de esta fórmula se basa en disponer de un método que asigne una puntuación de forma lineal y proporcional, toda vez que para este criterio se establece un umbral de anormalidad de las ofertas, que se justifica en el siguiente apartado, que no favorece la presentación de bajas excesivas que pudieran llegar a inviabilizar el correcto desarrollo del contrato.

II. Mejoras (hasta 24 puntos).

Se admitirán como mejoras las expresadas en los siguientes apartados y que supondrá la consecución de los trabajos o servicios expresados, hasta el máximo ofertado sin coste adicional para el Ayuntamiento. (...)

1. Actuaciones en calzadas (hasta 8 puntos).

Suministro y extendido con extendedora, de M.B.C. tipo AC-16 Surf de 5 cm de espesor incluso filler y betún, riego de adherencia o imprimación según proceda, incluyendo, si procede, fresado o demolición del firme existente. Máximo a ofertar: 100.000 €/año.

Se valorará dando la máxima puntuación al licitador que presente la mayor oferta, siendo 100.000 €/año el máximo puntuable, 0 puntos al licitador que no oferte ninguna cantidad, y al resto de los licitadores se les dará una puntuación proporcional, según regla de tres simple.

En el caso de que alguna de las ofertas contemple un importe superior al máximo fijado para la mejora, obtendrá la máxima puntuación, pero vendrá obligado a ejecutar las unidades descritas por la cantidad realmente ofertada.

2. Actuaciones en aceras (hasta 6 puntos).

Demolición y/o reposición de pavimento de cualquier tipo de pavimento, incluso demolición, si procede, de base de hormigón de acera y bordillo de cualquier tipo con su cimentación, limpieza, carga de escombros y retirada a vertedero, reposición de base de hormigón y bordillo incluyendo cimentación, pavimento de

cualquier tipo sentado sobre mortero o are, incluidos recebado de juntas, lechada y barrido, medida la superficie colocada en obra. Máximo a ofertar: 80.000 €/año. (...)

3. Vehículos (hasta 6 puntos).

Los licitadores podrán ofertar poner a disposición del Servicio de Infraestructuras Básicas y Mantenimiento de la Ciudad hasta seis (6) vehículos. (...)

Por cada uno de los vehículos ofertados se obtendrá un (1) punto hasta un máximo de seis (6), otorgándose cero (0) puntos al licitador que no oferte ningún vehículo. Cualquier coste asociado a los vehículos (mantenimiento, seguros, etc) será por cuenta del adjudicatario, a excepción del consumo del combustible para el caso de los vehículos todo terreno.

4. Mantenimiento de licencias de la aplicación informática de gestión de órdenes de trabajo y del inventario municipal (hasta 2 puntos).

(...)

5. Desarrollo de la aplicación informática de mantenimiento (hasta 1 punto).

Bolsa de horas para desarrollos evolutivos del sistema INCA para la implantación de nuevos módulos y mejoras del sistema actual. Máximo a ofertar: 10.000 €/año. (...)

6. Suministro y mantenimiento de herramientas para el seguimiento del contrato: (hasta 1 punto).

(...)”.

Los recurrentes basan su impugnación en las tres cuestiones siguientes que pasamos a analizar en detalle:

- Injustificada reducción a la mitad del peso de la oferta económica para los servicios a abonar mediante certificaciones.
- Reducción añadida del peso de la oferta económica, mediante la inclusión de mejoras con un tope económico (del 7,2% del importe total de la licitación).
- Mediante la aplicación combinada de las dos cláusulas denunciadas, se está incrementando el peso de los criterios sometidos a juicios de valor más allá de lo que el propio Pliego advierte.

5.1.- Los concejales en su escrito de interposición consideran de todo punto injustificado, desproporcionado y restrictivo de la competencia el coeficiente del 0,5

que incluye la fórmula contenida en el apartado 22.1.1 del CRC del PCAP, con vulneración de los arts. 1.1 y 145.5 de la LCSP. Así manifiestan que en la licitación el peso relativo de la oferta económica es de importancia reducida (37%) dentro del conjunto de la licitación (100%), dividiéndose los criterios en: los que dependen de juicios de valor: 37 puntos; sociales (estabilidad de la plantilla): 2 puntos; mejoras: 24 puntos; y oferta económica: 37 puntos (32 para “servicios contra certificación”, en los que la oferta es por precios unitarios aplicables luego a las unidades de obra que se ejecuten, y 5 para “servicios fijos”).

La fórmula aplicable a la valoración de la oferta económica es la misma excepto por la aplicación del coeficiente del 0,5 en los “servicios contra certificación” que no figura en “servicios fijos”, se compara en ambas fórmulas cada oferta proporcionalmente con la más baja y se asignan de forma teóricamente proporcional las puntuaciones, salvo que con la introducción del coeficiente 0,5 la puntuación deja de ser proporcional. La aplicación de dicho coeficiente 0,5 implica “regalar” a todos los licitadores 16 puntos de un total de 100 por el mero hecho de hacer una baja, aunque sea de un solo euro respecto del precio base de la licitación, a cuyos efectos realiza una simulación con cinco posibles ofertas. En este sentido alegan que la oferta económica con el coeficiente reduce aún más su peso quedando en 21 puntos de 100 posibles, pues los otros 16 se dan de forma idéntica a todos los licitadores, un 43% de los puntos que se pueden obtener con este criterio, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 145.5 de la LCSP, y el principio de libre competencia, esencial en la LCSP como destaca el artículo 1.1.

Asimismo, alega que la justificación del órgano de contratación a la introducción del coeficiente, no tiene base alguna porque, para evitar bajas excesivas, existe una exhaustiva regulación de las ofertas anormalmente bajas en el pliego, sin que sea comprensible ni justificable regular las ofertas anormalmente bajas a partir de un 20% de reducción, y, al mismo tiempo, “regalar” 16 puntos a todos los licitadores con la misma finalidad. Las exigencias de proporcionalidad y competencia efectiva exigen que la fórmula incluida en el Pliego permita asignar puntuaciones a las distintas ofertas económicas, de forma lineal y proporcional a cada oferta. Tampoco consideran aceptable la justificación de evitar “ofertas

incompatibles con la adecuada ejecución del contrato”, pues el contrato contiene una detallada regulación de la exigencia de solvencia técnica y económico-financiera de las empresas que se presenten, y la prestación de las preceptivas garantías, amén del régimen de pagos de los servicios, pues sólo se certificarán los que hayan sido ejecutados en su totalidad y aprobados definitivamente por el responsable del contrato. Además el “efecto atenuador” del coeficiente del 0,5 se ve compensado por los criterios utilizados para establecer los umbrales de las bajas anormales considera que el límite del 10% de baja desde el momento en que concurran más de dos ofertas no es especialmente tolerante con las bajas, así recuerda que los criterios del art. 85 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, duplican los umbrales que establece este pliego para la definición de oferta anormalmente baja. Por ello consideran que no hay compensación alguna, sino agravación, con una presunción de anormalidad que eleva el listón al doble de lo que marca el criterio legal generalmente aplicado.

Por su parte el órgano de contratación informa que respeta el artículo 145 de la LCSP, procurando que la oferta adjudicataria sea la que suponga la mejor relación calidad/precio para la Administración contratante. El precio convive con otra pluralidad de criterios, como las mejoras y criterios sometidos a juicio de valor, con el objetivo de búsqueda de la mejor oferta calidad precio, sin existir lesión con los principios de control de gasto y eficiencia o economía en la gestión de recursos públicos, pues conviven en aplicación coordinada y objetiva de la obtención del interés público, recogándose además criterios sociales, modulando en conjunto la relación coste eficacia y la relación calidad precio. Asimismo, señala la complejidad del contrato y la importancia de que la oferta adjudicataria lo sea en las condiciones más adecuadas desde el punto de vista económico y técnico, debiendo el adjudicatario tener la suficiente capacidad técnica para llevar a cabo los trabajos encomendados y, ser retribuido de acuerdo con lo ofertado, sin que sea lesivo a sus intereses de modo que le pudiera llevar a una deficiente prestación del servicio.

En cuanto a la afirmación de los recurrentes del reducido peso relativo de la oferta económica, 37 puntos sobre 100, manifiesta que se olvidan de poner en valor

los 24 puntos correspondientes a las mejoras, todas ellas de índole económica y de puntuación directa mediante fórmula, por lo que estaríamos hablando de 61 puntos sobre 100. Respecto de la fórmula utilizada el Ayuntamiento alega que asigna cero puntos a la coincidente con el precio de licitación, y la mayor puntuación a la oferta más baja, así como distribuye los puntos entre las restantes de acuerdo con la debida proporción, podría haberse elegido otra fórmula distinta o incluso la regla de tres directa, pero ello nos lleva al ámbito de oportunidad y no de legalidad o adecuación a derecho, pues la modulación o saciedad establecida no es en ningún caso arbitraria o discriminatoria. En aras, además, al principio de transparencia se justifica de manera separada y expresa la elección de la fórmula con límite de saciedad en pro de no favorecer la presentación de bajas excesivas que se demuestren incompatibles con una adecuada ejecución del contrato, buscando de nuevo la mejor relación calidad precio, a la vez que es congruente el umbral fijado de saciedad por la fórmula con la configuración de la anomalía de las ofertas.

A estos efectos manifiesta que los recurrentes hierren en la simulación de puntuación al determinar que la máxima baja que permite el pliego para no considerarla anormal sea el 20% pues la fórmula para determinar la anomalía se basa en la baja media de las ofertas presentadas y el importe correspondiente a la oferta que haga cada uno de los licitadores en el capítulo de mejoras. Esta fórmula depende del total de las ofertas que se realicen, si el valor medio de las ofertas presentadas es muy alto, teniendo en cuenta que lo que se oferta es un porcentaje de baja a un cuadro de precios, el umbral de la anomalía tendrá un valor muy alto, por lo que el adjudicatario podría serlo con una baja muy elevada incompatible con la adecuada prestación. Mientras que con la fórmula impugnada se busca obtener una oferta ajustada a precios de mercado, que no ponga en riesgo el equilibrio económico-financiero del adjudicatario y posibilite un desarrollo de los trabajos con total normalidad, y esto lo posibilita la implementación de coeficientes de saciedad.

Por último, considera incorrecto cuestionar la justificación dada en el pliego para la adopción de la fórmula, los recurrentes en este caso utilizan de forma equivocada los conceptos de solvencia técnica y económica junto con el de garantía,

intentando argumentar que el cumplimiento de estos criterios es garantía de una correcta ejecución del contrato, y olvidan el elemento fundamental de la baja al cuadro de precios.

Este Tribunal en primer lugar ha de señalar que el artículo 145 de la LCSP regula con carácter general los requisitos y clases de criterios de adjudicación a utilizar en los contratos determinando concretamente en el apartado 5 que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato deben cumplir los siguientes requisitos: *“a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato; b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; y c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”*.

Asimismo, se observa que el apartado 22 del CRC del PCAP cumple con lo previsto en el apartado 2 del artículo 146 de la LCSP, que regula la aplicación de los criterios de adjudicación, puesto que utiliza una pluralidad de criterios de adjudicación en su determinación, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 145.3.g), dando preponderancia a aquellos que hacen referencia a características del objeto del contrato que pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en el pliego, y justifica en el expediente la elección de las fórmulas recogidas.

A la vista de los mencionados artículos 145 y 146 y de lo alegado por las partes cabe afirmar que el criterio de adjudicación recogido en el apartado 22 del CRC del PCAP no incumple la LCSP, puesto que está claramente vinculado al objeto del contrato, formulado de manera objetiva sin vulneración de los principios generales que rigen la contratación pública y garantizando la evaluación de las

ofertas en condiciones de competencia efectiva. Así no cabe considerar discriminatorio el criterio impugnado puesto que se va a aplicar por igual a todos los licitadores que concurren a la convocatoria, sin que pueda suponer ventaja de ningún tipo de unos frente a otros, y sin que quede afectada la libre competencia, ni quepa posibilidad de subjetividad en la ponderación del criterio, al estar determinado con claridad en el PCAP y evaluarse mediante la aplicación de una fórmula, que asigna la máxima puntuación a la oferta con mayor porcentaje de baja sobre los precios unitarios reflejados en el cuadro de precios del Anexo I del PPTP y de forma proporcional corregida al resto de licitadores. Igualmente se han respetado escrupulosamente los principios de publicidad y transparencia y la necesidad de justificación de las razones por las que se considera aconsejable y adecuada la elección de la fórmula empleada en cumplimiento con carácter general de lo previsto en el artículo 28 de la LCSP, en relación con el artículo 116.4 c) y con carácter más específico en el 146.2 de la LCSP.

Por otra parte, cabe recordar que frente a la concepción de la *“oferta económicamente más ventajosa”* de la derogada normativa de contratación, la nueva Ley de Contratos pivota sobre el concepto de *“mejor relación calidad-precio en la prestación contractual”* (artículos 1.3, 131.2, y 145 LCSP).

Como ha mantenido este Tribunal en anteriores resoluciones cabe aceptar diferentes fórmulas para la asignación de puntos al criterio precio, en consonancia con la doctrina de la mayoría de los Tribunales de resolución de recursos en materia de contratación, entre otras la 51/2019 *“los criterios para el establecimiento de fórmulas matemáticas para la calificación del criterio precio han sido debatidos ampliamente por los Tribunales, existiendo múltiples fórmulas entre los distintos órganos de contratación, sin que se pueda llegar a concluir que exista una única opción que sea la mejor de las fórmulas a aplicar o la más equitativa, o cuál de ellas es la peor”*.

La construcción doctrinal y jurisprudencial ha permitido establecer una serie de requisitos que deben cumplir las fórmulas económicas para ser válidas:

- Puntuar con 0 puntos a la oferta que iguale el precio de licitación.

- Atribuir la mayor puntuación a la oferta más baja.
- No prever umbrales de saciedad. • No considerar la baja media para atribuir puntuación.
- Que no resulte de la aplicación de la fórmula una reducción significativa en los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas ni tampoco márgenes desproporcionados en la puntuación entre las ofertas.
- Que no permitan obtener un conocimiento anticipado de la puntuación aproximada del licitador.

La fórmula utilizada en el pliego recurrido cumple con los criterios mantenidos pues:

- Reparte todos los puntos asignados.
- Da mayor puntuación a la oferta más ventajosa y asigna cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación.
- No establece umbrales de saciedad, entendido en el sentido de aquellos a partir de los cuales independientemente de la oferta económica a realizar ya no se reparten más puntos.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera preferible una fórmula que asigne cero puntos a la oferta coincidente con el precio de licitación, y la máxima puntuación a la oferta más barata, repartiéndose el resto de puntos de forma proporcional a la baja realizada, pero como menciona el órgano de contratación en su informe es una cuestión de oportunidad opinable pero no de legalidad. Además como ya indicó este Tribunal en la Resolución anteriormente citada *“no cabe obviar que el sistema de proporcionalidad puro, pese a sus indudables bondades, también puede producir resultados que magnifiquen diferencias económicas mínimas, lo que permite considerar como válida las fórmulas, como la que nos ocupa, recurran a un proporcionalidad corregida, que se consigue en este concreto caso con la aplicación de la raíz sexta a la proporción inicial”*.

Como ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sus informes 8/97 y 42/12, la legislación contractual deja en libertad a cada órgano de contratación para poder establecer en el pliego los criterios de valoración, y la

ponderación que corresponda a cada uno de ellos. El informe 8/97 declara expresamente la legalidad de la fórmula utilizada en este procedimiento manifestando que *“resultan ajustadas todas aquellas fórmulas que atribuyan a la menor oferta económica la mayor puntuación, y a la mayor oferta económica la menor puntuación”*.

Por último, en cuanto al umbral para apreciar anormalidad o desproporción se comprueba en el PCAP que el apartado 22 del CRC expresamente, al regular los criterios para valorar las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas en la oferta económica de servicios contra certificación, prevé que *“El parámetro fundamental de la formulación utilizada reside en la baja media de las ofertas presentadas, por lo que la fórmula depende del conjunto de todas ellas”*.

Por lo expuesto se desestima este motivo de impugnación.

5.2.- En cuanto a la inclusión de mejoras con tope económico en el apartado 22.II del CRC del PCAP los recurrentes impugnan las nº 1, 2 y 5 por ir acompañadas de un importe máximo anual alegando que, si se pone en relación el importe máximo total de estas mejoras con el presupuesto base de la licitación, al ofertar las tres mejoras cada licitador obtiene 15 puntos, por un importe que supone el 7,2% del importe total de la licitación. No es un regalo automático, como en el caso del coeficiente del 0,5 anteriormente expuesto, pero es una clara invitación a incluir necesariamente dichas mejoras en la oferta. El incentivo para hacer estas mejoras hasta su tope máximo es claro pues el licitador obtiene 15 puntos, y la suma total que debe ofrecer le implica un coste de 570.000 euros (según la simulación de ofertas económicas efectuada), por lo que cada punto le cuesta 38.000 euros. Sin embargo, en la oferta económica, aplicando la fórmula del pliego, el coste en euros para obtener cada punto es de 78.375, más del doble de lo que *“cuestan”* los puntos ofreciendo el máximo económico de las mejoras.

Por ello los concejales alegan que nos encontramos ante una cláusula que reduce, aún más, el peso de la oferta económica y de manera injustificada, pues se topan económicamente tratándose de obligaciones de hacer, no de pago. La

limitación económica lo único que hace es fijar un tope a la calidad de la prestación a ejecutar, lo que carece de encaje en el contenido del artículo 145 de la LCSP.

El órgano de contratación considera audaz por parte de los recurrentes presumir que todos los licitadores van a ofertar la totalidad de las mejoras, es posible que suceda del mismo modo que puede suceder que no oferten ninguna. Además, el análisis que efectúan del coste económico por punto de baja porcentual de la oferta sigue realizándose sobre la premisa errónea de una baja “*topada*” al 20%.

Por otra parte, la limitación cuantitativa se realiza en cumplimiento del artículo 145.7 LCSP que exige que las mejoras han de estar suficientemente especificadas, concretando sus requisitos, límites, modalidades y características, así como su vinculación con el objeto contractual. Aclarada pues, que la limitación económica de las mismas ha sido por exigencia legal en su especificación, y que para el establecimiento y reparto de puntos aplica la regla proporcional directa mediante regla de tres simple entre las ofertas presentadas, tampoco tienen razón los recurrentes cuando afirman que estas mejoras reducen el peso de la oferta económica. Prueba de ello es que con ocasión de la explicación de la justificación de los criterios para la valoración de las ofertas incursas en anormalidad el propio PCAP, recoge el equilibrio necesario entre las ofertas respecto del criterio precio y de las mejoras, al indicar: *“Con este criterio se busca el equilibrio económico de las ofertas presentadas, de forma que la suma acumulada de las bajas al cuadro de precios y de los importes ofertados en conceptos de mejoras no pudieran llegar a suponer una baja anormal. Así, de este modo, a menos contraprestación económica en mejoras por parte de un licitador, más baja económica a la base de precios se podrá ofertar sin incurrir en temeridad”*.

Este Tribunal en primer lugar ha de recordar, como apunta el órgano de contratación en su informe, que el artículo 145 de la LCSP al regular los requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato dispone en su apartado 7 para el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación que: *“deberán estar suficientemente especificadas, considerando que se cumple esta exigencia cuando se fijan, de manera ponderada, concretando los requisitos, límites,*

modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato". El citado apartado igualmente prevé que son mejoras las prestaciones adicionales a las que figuran definidas en el PPTP, sin que puedan alterar su naturaleza, ni el objeto del contrato. Por otra parte, la ley limita la ponderación de estas mejoras, cuando su valoración dependa de un juicio de valor al 2,5 por cien, no aplicable al presente caso al evaluarse el criterio impugnado mediante fórmula, sin que por otra parte se aprecie desproporción en la valoración asignada, debidamente desglosada en 6 tipos de prestación, sin que individualmente ninguna de ellas supere el máximo de 8 puntos. Por último, el citado artículo 145.7 indica que *"Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasan a formar parte del contrato, sin que puedan ser objeto de modificación"*.

El pliego, con carácter general, debe establecer límites al criterio de mejora en aras a la correcta aplicación de los principios de transparencia, integridad y proporcionalidad, así como en evitación de posibles dudas en los licitadores a la hora de ofertar, y posteriores problemas, interpretaciones e impugnaciones en la valoración de las proposiciones. Por otra parte, como hemos mantenido en anteriores resoluciones, la obligación de establecer límites al criterio de mejora no implica necesariamente la fijación en el pliego de un determinado número máximo o cuantía a ofertar, que por diferentes factores podría llegar a no considerarse conveniente u oportuno por el órgano de contratación, por lo que puede considerarse igualmente suficientemente limitada la mejora con la determinación por ejemplo de parámetros objetivos de anormalidad o desproporción al criterio en cuestión. En el presente supuesto el órgano de contratación ha regulado ambas opciones en el pliego lo que se considera correcto desde el punto de vista legal y de oportunidad.

Es al órgano de contratación a quien corresponde fijar los criterios de adjudicación, y es claro que los criterios de mejora impugnados cumplen con lo dispuesto en el artículo 145.7 de la LCSP, en cuanto concretan los límites de las mejoras a ponderar, que no tienen por qué estar referenciados a un número determinado máximo de actuaciones o de horas a ofertar, si como es el caso por tener un evidente componente económico se considera más idóneo establecer su

tope por cuantía, sobre todo teniendo en cuenta que en las mejoras 1 y 2 las actuaciones a desarrollar en calzadas y aceras pueden ser de muy diferentes tipos.

Por lo expuesto se desestima también el recurso en este punto.

5.3.- Por último, alegan los recurrentes que mediante la aplicación combinada de los dos apartados impugnados se incrementa el peso de los criterios sometidos a juicios de valor. Así consideran que el peso real de los criterios sometidos a juicios de valor es de un 53% sobre el total de la puntuación, en lugar de un 37%, vulnerando los pliegos y el anuncio el principio de transparencia de los artículos 1.1 y 145.5 b) de la LCSP, al reducir del 100% de la ponderación los 16 puntos de la fórmula por realizar oferta económica y los 15 de las mejoras impugnadas topadas económicamente.

El órgano de contratación manifiesta su desacuerdo con esta apreciación de los concejales por los argumentos expuestos en los dos apartados anteriores al rebatir la improcedencia de las alegaciones formuladas por los recurrentes respecto a la oferta económica y las mejoras, volviendo a citar que el objeto fundamental con el que se ha redactado el pliego ha sido obtener una oferta económicamente equilibrada y que responda a un detallado estudio técnico, de forma que se garantice que la oferta presentada se haya hecho como consecuencia de un concienzudo estudio de los servicios a prestar.

Este Tribunal desestima igualmente esta tercera alegación de los recurrentes al estar vinculada a las dos anteriores ya argumentadas.

Por último, se ha de señalar que este Tribunal no ha considerado necesario proceder a adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, solicitada por los recurrentes en su escrito de interposición, dado el carácter excepcional de la medida, y debido a que la resolución del recurso se va a producir antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones. A estos efectos se recuerda que la suspensión del procedimiento a adoptar con carácter cautelar, en su caso, no afecta al plazo de presentación de ofertas, de conformidad

con lo establecido en el artículo 49.4 de la LCSP, salvo que expresamente se acuerde lo contrario.

Por todo lo expuesto se desestima el recurso interpuesto por los concejales del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Majadahonda contra los criterios de adjudicación contenidos en el apartado 22.I y II del CRC del PCAP que rige el contrato de servicios objeto de impugnación.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por los concejales del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Majadahonda contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de “Servicio de mantenimiento integral de infraestructuras, instalaciones y equipamientos urbanos en el término municipal de Majadahonda”, expediente número 39/2020.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe y no procede la imposición de multa, conforme a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- 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.