

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

En Madrid, a 16 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Don I.C.Y., en nombre y representación de la empresa Althenia S.L., contra la Orden de 16 de junio de 2014, del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio por la que se adjudica el contrato “Gestión y conservación del Parque Regional del curso medio del río Guadarrama y su entorno 2014 y 2016”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 28 de marzo, y 7 de abril de 2014, se publicó respectivamente en el BOCM y en el perfil de contratante de la Comunidad de Madrid, la convocatoria del contrato de servicios de referencia, con un valor estimado de 4.320.943,32 euros y un plazo de duración de 24 meses. Como único criterio de adjudicación se establece el precio.

El anexo I.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), al regular el modelo de proposición económica distingue entre el presupuesto de limpieza y el del resto de los trabajos, señalando que “*En cualquier caso, la*

*reducción de los precios respecto de los contenidos en el presupuesto de licitación deberán hacerse para cada concepto **en la misma proporción**” y “el coeficiente de adjudicación se calculará en relación con **la base imponible total siendo ésta la oferta vinculante**”.* (La negrita es del pliego).

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 10 licitadoras entre ellas la recurrente.

Con fecha 15 de abril de 2014 se reúne la Mesa de contratación y a la vista de las ofertas presentadas propone excluir tanto a Helechos Sociedad Cooperativa, como a Talher por no ajustarse sus proposiciones al Anexo I.1 del PCAP, “*tras comprobar que en las ofertas de las citadas empresas, la reducción de los precios respecto de los contenidos en el presupuesto de licitación, no se ha realizado para cada concepto en la misma proporción*”.

Ante esta propuesta, la licitadora Helechos presenta escrito de alegaciones el 23 de abril de 2014, que fueron estimadas por la Mesa de contratación en sesión de 13 de mayo de 2014, tal y como consta en la Orden de adjudicación del contrato, debido a “*que no fue establecido en el modelo de proposición económica del PCAP con cuántos decimales había que calcular la proporción en la reducción de los precios respecto de los contenidos en el presupuesto de licitación*”. En consecuencia dicha oferta fue admitida, de lo que se dio conocimiento a los demás licitadores en acto público por la Mesa de contratación en su sesión de 20 de mayo.

Frente a dicha decisión la ahora recurrente presenta reclamación en virtud del artículo 87 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, RGLCAP que fue desestimada en la Orden de adjudicación, previo informe de la Mesa de Contratación de 28 de mayo de 2014.

Por último mediante Orden de 16 de junio de 2014 del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio se adjudica el contrato a la empresa Helechos Sociedad Cooperativa, que oferta para la limpieza un precio de 56.502,20 euros y de 1.595.419,52 euros para el resto de los trabajos. En la misma orden se excluye a Talher por no ajustarse al Anexo I.1 del PCAP.

La Orden de adjudicación se notifica a la recurrente el día 18 de junio.

Tercero.- Contra la indicada adjudicación y previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, ALTHENIA, S.L presentó recurso especial en materia de contratación, que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el 3 de julio de 2014, siendo requerido ese mismo día el órgano de contratación para que remitiera el expediente administrativo e informe preceptivo en los términos del artículo 46.2 del TRLCSP.

El expediente junto con el informe tuvo entrada en este Tribunal el 8 de julio de 2014.

La recurrente solicita que se revoque el acto impugnado y se excluya previa retroacción del procedimiento la oferta de la empresa Helechos Sociedad Cooperativa, Madrid, por no cumplir el requisito exigido en el pliego en cuanto a la proporcionalidad que deben guardar los porcentajes de reducción del presupuesto de licitación para cada uno de los conceptos objeto del contrato.

Por su parte el órgano de contratación en su informe concluye que *“la oferta de Helechos debe ser admitida pues la reducción de los precios en cada uno de los conceptos guarda la debida proporción, calculada en números enteros. No se puede exigir que dicha proporción sea calculada a dos decimales al no haber hecho una previsión específica sobre ello en los PCAP, por lo que no puede excluirse su oferta”*.

Considera en fundamento de dicha conclusión que el cálculo de la recurrente respecto de la proporción exigida es inoperante, puesto que no se trata, como se aduce, de la proporción entre el presupuesto de licitación y las dos prestaciones que contempla, sino de la proporción existente en la baja para ambas prestaciones.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, habiendo presentado la empresa adjudicataria el correspondiente escrito de alegaciones el día 15 de julio, en las que en síntesis concluye que: *“al no existir un criterio preestablecido en los pliegos de condiciones y sus anexos respecto al método o forma de medir el nivel de proporcionalidad (porcentaje o número entero) ni el rango de número de decimales a tener en cuenta para establecer como válida, o no, la propuesta, tanto la oferta de HELECHOS S. COOP, MAD” como todas las ofertas presentadas, excepto la de la mercantil TALHER guardan la proporción básica requerida en el Anexo 1.1. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- Debe examinarse, antes que nada la incidencia que en la admisibilidad del presente recurso, tiene la resolución por parte del órgano de contratación en la propia Orden de adjudicación de la reclamación presentada por la recurrente respecto de la admisión de la oferta de Helechos, en virtud del artículo 87 del RGLCAP.

A este respecto como ya ha señalado este Tribunal en sus Resoluciones 74/2012, de 18 de julio y 130/2012, de 17 de octubre, habiéndose establecido en el TRLCSP un régimen de impugnación que responde a la exigencia de las Directivas de la Unión Europea de que se instaure un medio de resolución de controversias rápido y eficaz ante un órgano independiente, con anterioridad a la perfección del contrato, el recurso especial no es compatible con un sistema que atribuye al órgano de contratación la resolución de reclamaciones que pueden afectar a actos susceptibles del recurso y en cuanto incompatible con la regulación del recurso, ha de considerarse tácitamente derogado.

Así, tal como establece el artículo 40.1 del TRLCSP contra los actos enumerados en su apartado 2 procede la interposición del recurso especial en materia de contratación, mientras que los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1 serán susceptibles de los recursos ordinarios regulados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 del artículo 40 del TRLCSP, podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación (art.40.3 del TRLCSP). Solo en el ámbito de estos defectos de tramitación que afecten a actos no susceptibles de recurso administrativo, ni ordinario ni especial, tendría su ámbito de aplicación la reclamación regulada en el citado artículo 87.1 del RGLCAP. A ello cabe añadir que el propio artículo 40, en su apartado 5, regula el carácter especial del recurso excluyendo de manera clara y expresa la compatibilidad con los recursos administrativos ordinarios en los supuestos en que sea procedente el recurso especial contra los actos de los contratos enumerados en sus apartados 1 y 2, salvo las excepciones que puedan establecer las Comunidades Autónomas en su normativa, con carácter previo a la interposición del recurso especial.

Todo ello determinaría la inadmisión por haber sido resuelta previamente la cuestión de los recursos en que previamente se hubiera presentado y resuelto dicha reclamación.

Sentado lo anterior, en este caso el acto objeto de la reclamación es la admisión de uno de los licitadores en el procedimiento de adjudicación, acto que como este Tribunal ha señalado asimismo, no es susceptible de recurso (vid Resolución 48/2013, de 22 de marzo). No se dan por tanto en este supuesto los requisitos de incompatibilidad entre el artículo 87 del RGLCAP y 40 del TRLCSP, procediendo por tanto entrar a examinar el fondo del recurso.

Tercero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ALTHENIA, S.L para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), pues se trata de la segunda empresa mejor clasificada y la obtención de su pretensión de anulación de la adjudicación le produciría el beneficio de poder ser adjudicataria. Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, de cuantía superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Orden de adjudicación se notificó el 18 de junio y el recurso se interpuso el 3 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Sexto.- El recurso tiene por objeto la anulación del acto de adjudicación al considerar que la oferta de la adjudicataria no cumple las exigencias del PCAP al no guardar la proporción exigida.

Como ha señalado este Tribunal en múltiples ocasiones, debemos en todo caso partir del carácter vinculante de los pliegos que establece el artículo 145 del TRLCSP para los licitadores cuando señala que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, obligación que como es obvio, también es predicable respecto del órgano de contratación. Por lo tanto, el examen de la adecuación a derecho de la oferta y su posterior aclaración debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el PCAP.

También ha señalado este Tribunal en anteriores Resoluciones (Vid, Resolución 129/2012, de 10 de octubre) que tanto el artículo 84 del RGLCAP, como el 20.6 del RGCCPM, regulan el rechazo de proposiciones cuando no guarden concordancia con la documentación examinada y admitida, o varíen sustancialmente el modelo establecido, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, si ello no altera el sentido.

En este caso el PCAP exige en punto 1 de su Anexo I que la reducción de los precios se haga para cada concepto en la misma proporción, calculándose el coeficiente de adjudicación en relación con la base imponible total.

Afirma la recurrente que esta exigencia debe interpretarse considerando el porcentaje que cada una de las prestaciones representa respecto del total. De esta forma afirma que la limpieza con un presupuesto (base imponible) de 73.825,15 euros, representa el 3,417085 % del presupuesto de licitación (2.160.471,66 euros), mientras que el resto de trabajos suponen el 96,5829%. Continúa señalando que:

“En la aplicación práctica de dicho criterio de guardar la misma proporción, nos encontramos con la realidad de que la oferta se realiza en términos numéricos con dos decimales y los precios se consideran con dos decimales, pues no existe unidad de precio inferior que céntimos de euro”, y que si el pliego contempla todos los contenidos numéricos con dos decimales, la única interpretación admisible del requisito exigido debe ser con dos decimales.

Tras señalar en los términos antecedentes cuál debe ser la interpretación que ha de darse al PCAP en relación con esta cuestión afirma *“Helechos Sad. Coop. Mad. no respeta los porcentajes exigidos y oferta 3,420392% y 96,579608% mientras que Talher oferta 3,000007% y 96,999993%.”*

Por otro lado el órgano de contratación en su informe, que hemos recogido en parte en los antecedentes de hecho, considera que la interpretación del significado que debe darse a la exigencia de proporcionalidad que realiza la recurrente no debe ser tenida en cuenta, puesto que lo que el PCAP exige no es la proporcionalidad respecto del importe de licitación, sino respecto de cada concepto. Además señala que la referencia realizada a los dos decimales en las magnitudes numéricas, puede ser correcta cuando se trata de precio o de euros, pero no de proporcionalidad ya que se trata de un concepto matemático que no se refiere a la unidad monetaria y como quiera que en el PCAP no se había establecido nada al respecto, en virtud del principio de libre concurrencia, publicidad y transparencia, deben admitirse las ofertas de ambas licitadoras. Reconoce asimismo que la exclusión inicial de dichas ofertas se debe al cálculo por analogía con dos decimales.

En primer lugar debe señalarse que la interpretación que debe darse al punto controvertido del PCAP es la que dimana de su propia literalidad, y es que para ambos conceptos el porcentaje de baja sea el mismo, respecto del importe de licitación de cada uno de los conceptos. No otra puede ser la interpretación que se dé a la expresión “la reducción de los precios deberán hacerse para cada concepto en la misma proporción”. Ello además encuentra una explicación lógica en el distinto

tipo impositivo de IVA que corresponde a cada una de las prestaciones, (10 y 21% respectivamente) de manera que sería posible una oferta que propusiera sobre el papel una baja importante en la prestación de limpieza con un IVA reducido, solo para obtener mayor puntuación, efecto no querido por el órgano de contratación para lo que se establece la exigencia controvertida.

Examinado el expediente administrativo y en concreto la proposición económica de Helechos se comprueba que oferta un importe para los trabajos de limpieza (base imponible) de 56.502,20 euros y para el resto de trabajos de 1.595.419,52 euros. Estas cantidades suponen en ambos 76,5 puntos de diferencia con el importe de licitación, aplicando una simple regla de tres, que representa una baja del 23,5%.

El órgano de contratación ha incorporado al folio 267 del expediente una tabla de cálculo de proporcionalidad de la oferta en ambos conceptos, ofreciendo los resultados sin decimales y hasta con 7 decimales. Resulta que como consecuencia del redondeo en el supuesto de que se opere sin decimales o con un decimal la oferta de Helechos guarda la proporcionalidad exigida, si bien dicha proporcionalidad aparentemente se perdería a partir del segundo decimal, en que para el concepto de limpieza supondría 76,54 puntos y para el de otros trabajos el 76,46. Resulta asimismo de dicha tabla que en el caso de operar con siete decimales la oferta de la recurrente sufre el mismo efecto derivado del redondeo.

Tal y como expone el órgano de contratación, en los pliegos no se había predeterminado el número de decimales con que operar para ofrecer un resultado que guardase la debida proporcionalidad para ambos conceptos, sin que puedan aplicarse analógicamente otros pliegos, como los adjuntados por la recurrente a su recurso, en los que sí se había determinado el número de decimales a tener en cuenta para comprobar la proporcionalidad. También debe considerarse que si bien es práctica común que las cantidades se expresen en dos decimales, ello es así cuando se refiere a magnitudes económicas porque lógicamente la fracción del euro

solo permite dos decimales, pero no cuando se trata de otro tipo de magnitudes matemáticas en este caso de proporcionalidad.

Sentado lo anterior este Tribunal considera que no puede exigirse en la valoración de las ofertas algo que no estaba recogido en los pliegos, puesto que como ya hemos indicado los mismos vinculan no solo a los licitadores, sino también al órgano de contratación. Debe por tanto desestimarse el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por Don I.C.Y., en nombre y representación de la empresa Althenia S.L., contra la Orden de 16 de junio de 2014, del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio por la que se adjudica el contrato “Gestión y conservación del Parque Regional del curso medio del río Guadarrama y su entorno 2014 y 2016”.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 9 de julio de 2014.

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 49 del TRLCSP.