

Recurso nº131/2018

Resolución nº 144/2018

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

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.A.V., en nombre y representación de Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A. y don C.G.F., en nombre y representación de TYPSCA Estadística y Servicios S.L., licitadoras en compromiso de UTE, contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible por el que se adjudica el contrato “Servicios para el apoyo técnico para el control de la publicidad exterior y de retirada en ejecución subsidiaria de soportes publicitarios en el término municipal de Madrid”, número de expediente: 711/2017/05955, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### RESOLUCIÓN

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fechas 27 de junio y 3 de julio de 2017, se publicó respectivamente en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid y en el BOE la convocatoria de licitación del contrato de servicios de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 661.157,02 euros. El día 22 de junio se había enviado el anuncio al DOUE para su publicación.

El anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su apartado 20.2 establece lo siguiente:

*“Criterios valorables en cifras o porcentajes: Ponderación .... 75 puntos*

*1.- Precio ..... 73 puntos*

*Se valorará proporcionalmente a la baja ofertada con respecto al precio base de licitación.*

*Se valorará con la máxima puntuación a la oferta más económica, y con 0 (cero) puntos a la más elevada, interpolándose las restantes de forma lineal de acuerdo con la siguiente fórmula”:*

$$Vi = V_{máx} - V_{máx} \cdot \left[ \frac{(B_{máx} - Bi)^2}{\left( B_{máx} - \frac{1}{2} B_{mín} \right)^2} \right]$$

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron 5 licitadoras entre ellas la recurrente.

Con fecha 23 de abril de 2017 se reúne la Mesa de contratación y a la vista del informe sobre el cálculo de las bajas ofertadas y aplicando la fórmula señalada en el Pliego, se procede a clasificar las proposiciones, resultando clasificada en primer lugar, Serrano Gestión y Comunicación S.L. con 92,16 puntos y en segundo Typsa Estadística y Servicios, S.L. y Ortiz, Construcciones y Proyectos, S.A. con 92 puntos.

Mediante Decreto de 15 de marzo de 2018, de la Delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo por suplencia del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, se adjudica el contrato a la empresa Serrano Gestión y Comunicación S.L., al haber obtenido la mayor valoración en la suma de las puntuaciones de los criterios no valorables en cifras y/o porcentajes y criterios valorables.

El Decreto de adjudicación se notifica a la recurrente el día 6 de abril de 2018.

**Tercero.-** El 20 de abril de 2018, se presentó recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Typsa Estadística y Servicios, S.L. y Ortiz, Construcciones y Proyectos, S.A. en adelante UTE Typsa Ortiz, contra el Decreto de adjudicación del contrato, en el que alegan se ha producido un error en la valoración económica de la oferta de la adjudicataria, concretamente al aplicar la fórmula establecida en el PCAP, lo que determina que la puntuación que le corresponde por el criterio precio es de 66,9620 y no 67,16 puntos.

Por tanto, solicitan la anulación de la adjudicación, retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las ofertas económicas al objeto de que la fórmula sea aplicada correctamente.

El 24 de abril de 2018, el órgano de contratación remitió copia del 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 (LCSP) de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

**Cuarto.-** 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.

Dentro del plazo concedido, la empresa adjudicataria ha presentado escrito de alegaciones en las que, en síntesis, concluye que la recurrente en su exposición de la fórmula aplicable lleva a efecto una interpretación manipulada de la misma, pretendiendo con ello imponer un criterio que en absoluto está contenido en los pliegos, y creando artificialmente en su planteamiento un redondeo de decimales con el único objetivo de favorecer su oferta. *“Tal y como se señala en la contestación del Excmo. Ayuntamiento de Madrid el recurrente en su maniobra matemática no aplica en el uso de los decimales un criterio fijo, y redondea a su conveniencia en las*

*operaciones sucesivas, según le parece redondeando a 2, a 6, a 5 y a 3 decimales. Solo de esta forma obtiene el resultado interesado". En consecuencia, solicita la desestimación del recurso y la imposición de las sanciones que el Tribunal considere por la existencia de mala fe en la interposición.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, el Decreto de adjudicación, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, 9 de marzo de 2018.

**Segundo.-** Se acredita en el expediente la legitimación de ambas empresas para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de personas jurídicas, licitadoras en compromiso de UTE al contrato, "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 se acredita la representación de los firmantes del recurso.

**Tercero.-** El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios de importe superior a 100.000 euros, por lo que el acto es recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Decreto de adjudicación se notificó el 6 de abril de 2018 y el recurso se interpuso el 20 de abril,

dentro del plazo de quince días hábiles siguientes, de conformidad con el artículo 50.1.d) de la LCSP.

**Quinto.-** El recurso tiene por objeto la anulación del acto de adjudicación al considerar que la oferta económica de la adjudicataria no ha sido correctamente valorada de acuerdo con lo establecido en el PCAP.

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 valoración efectuada a las ofertas debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el PCAP.

En este caso el PCAP impone que a la oferta más económica se le otorgue la máxima puntuación y a la más elevada 0 puntos. Las restantes han de interpolarse de forma lineal de acuerdo con la fórmula anteriormente indicada. Nada indica el Pliego sobre el número de decimales que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la fórmula.

Afirma la recurrente que teniendo en cuenta las bajas, máxima y mínima resulta:

$$V_{max}=73 \text{ puntos}$$

$$B_{max}=32\%$$

$$B_{min}=13,36\%$$

$$Bi=24,70\%$$

Realizando las operaciones correspondientes resultaría:

$$Vi=73-(73 \times 0,083112)$$

*Resolvemos la multiplicación y resulta: Vi=73-6,06796.*

*Por tanto, Vi es 66,9620.*

*Así, la puntuación de la oferta de SERRANO GESTIÓN Y COMUNICACIÓN S.L. alcanzaría 66,962 puntos frente a los 67,16 puntos otorgados".*

*El órgano de contratación en su informe argumenta que "el Servicio de Publicidad Exterior y Patrocinio de la Subdirección General de Arquitectura del Espacio Público emite, en fecha 23 de abril de 2018, informe sobre el contenido del recurso interpuesto por las entidades Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A. y Typsa Estadística y Servicios, S.L., del siguiente tenor literal: "En la tercera operación al resolver las potencias, en lugar de utilizar los 4 posibles decimales en el denominador redondea a 2, de modo que en lugar de dividirlo entre 641,1024 lo divide entre 641,10. En la siguiente operación en la que se resuelve la división se utilizan 6 decimales en lugar de los 10 posibles. Por último en la operación en la que resuelve la multiplicación, se utilizan 5 decimales de los 6 posibles, para utilizar en la adjudicación de la puntuación final 3 decimales."*

*- En consecuencia es evidente que el interesado no ha aplicado en la utilización de los decimales un criterio fijo, redondeando de forma aleatoria en unos casos a 2, a 6, a 5 y a 3.*

*- Respecto a los cálculos realizados en el informe de valoración, conforme se indicaba en el mismo, en el cálculo de puntos se utilizó el redondeo a 2 decimales.*

*- En este sentido en el caso de las tres primeras operaciones en las que el recurrente utiliza 2 decimales, los resultados coinciden, siendo en la resolución de la división cuando comienza a diferir, ya que si utilizamos 2 decimales, en lugar de resultar  $Vi=73-(73 \times 0,083112)$  según mantiene el recurrente, resulta  $Vi=73-(73 \times 0,08)$ .*

*- Así mismo al resolver la multiplicación, si utilizamos de nuevo 2 decimales, en lugar de resultar  $Vi=73-6,06796$ , resulta  $Vi=73-5,84$ , por tanto Vi no es 66,9620 sino 67,16 conforme se indicaba en el informe relativo a los criterios valorables".*

Tal y como se ha expuesto, en los pliegos no se había predeterminado el número de decimales con que operar para la aplicación de la fórmula. 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 una puntuación.

Sentado lo anterior este Tribunal considera que corresponde la órgano de contratación en este caso fijar los parámetros de aplicación de la fórmula indicada en el PCAP, siendo determinante de su validez que el criterio sea homogéneo para todas las operaciones que vayan a realizarse y que se aplique a todos las ofertas de igual modo.

En todo caso no sería posible la solución que indican las recurrentes puesto que como se ha comprobado, implica contar con distinto número de decimales en cada operación aritmética, lo que ha de llevar a resultados arbitrarios y dispares que distorsionarían las puntuaciones y la propia fórmula.

El Tribunal comprueba que el órgano de contratación ha aplicado dos decimales en todos las operaciones y respecto de todas las ofertas, opción aceptable de acuerdo con lo establecido en el Pliego por lo que el recurso debe ser desestimado.

**Sexto.-** Resta por último pronunciarse sobre la solicitud de imposición de multa realizada por la adjudicataria del contrato en fase de alegaciones.

El artículo 58.2 de la LCSP establece que “*en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos*”.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia

del Tribunal Supremo 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”. O, cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, RJ 1990\3637. La Sentencia 29/2007 de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita”.

En el recurso se plantea con cierta argumentación la aplicación de un fórmula matemática para la valoración de puntuaciones, que si bien no ha tenido acogida por este Tribunal, puede considerarse dentro del ámbito del derecho a la interposición de recurso como manifestación del derecho de tutela judicial efectiva, por lo que no se dan los elemento y requisitos para considerar temeraria su interposición de acuerdo con los anteriores parámetros, y no procede la interposición de la multa establecida en el 58.2 de la LCSP.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 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, interpuesto por don J.A.V., en nombre y representación de Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A. y don C.G.F., en nombre y representación de TYPSCA Estadística y Servicios, S.L., licitadoras en compromiso de

UTE, contra el Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible por el que se adjudica el contrato “Servicios para el apoyo técnico para el control de la publicidad exterior y de retirada en ejecución subsidiaria de soportes publicitarios en el término municipal de Madrid”, número de expediente: 711/2017/05955.

**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 mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 25 de abril de 2018.

**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.