

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

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.B.G., en nombre y representación de Abelló Linde S.A.U., contra la Resolución del Gerente de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), de fecha 14 de junio de 2018, por la que se adjudica el Lote 1 del contrato de suministro de gases a presión de la Universidad Autónoma de Madrid, expediente S-10/18, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de marzo de 2018 se publicó en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria de licitación del contrato de suministro de referencia, dividido en dos lotes y con un valor estimado de 400.000 euros, a adjudicar mediante procedimiento abierto con criterio único (el precio). Siendo el valor estimado del lote 1 260.000 euros, “Suministro de helio gas para la planta de licuefacción de los Servicios Generales de Apoyo a la Investigación Experimental (SEGAINVEX) de la UAM y otras dependencias”.

Interesa conocer a efectos de la resolución del recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en el apartado 15 del ANEXO I

“**CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO**” en relación con los criterios de adjudicación establece : “a) *Criterio precio. Lote 1.*

Para la valoración económica se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

Precio unitario por m³ de helio (valorado de 0 a 15 puntos).

Se calculará como el producto del precio unitario por m³, IVA NO incluido, por el volumen en m³ de cada botella y por el número de botellas estimado.

Precio, IVA NO incluido, de alquiler anual de cada envase (valorado de 0 a 2 puntos).

Precio, IVA NO incluido, del transporte de cada envase (reposición), incluyendo el ADR correspondiente (valorado de 0 a 2 puntos).

Precio, IVA NO incluido, del alquiler diario de cada envase (valorado de 0 a 1 puntos).

Se utilizará la siguiente fórmula para proceder a la valoración de cada uno de los elementos de la oferta económica:

$$P = PMC * \frac{OM}{OF}$$

Dónde:

P es la puntuación obtenida en el apartado correspondiente.

PMC es la puntuación máxima que se puede conceder a cada elemento de la oferta económica que se valora.

OM es la oferta más baja recibida.

OF es la oferta a valorar.

La valoración final será la suma de todas las valoraciones parciales, resultando adjudicataria la empresa con la mayor puntuación.

Las empresas licitadoras presentarán sus ofertas utilizando el formulario referido en el Anexo II de este Pliego.

Quedarán excluidas las empresas que, para cualquiera de los elementos anteriores, oferten precios por encima del precio máximo de licitación.”

Segundo.- A la licitación convocada fueron admitidas 5 empresas una de ellas la recurrente.

En la sesión celebrada el 8 de mayo de 2018, la Mesa de contratación valora las propuestas económicas de la siguiente manera:

EMPRESAS ADMITIDAS	PRECIO GASES	ALQUILER ANUAL ENVASES	TRANSPORTE	ALQUILER DIARIO RECIPIENTE	TOTAL
ABELLO LINDE, S.A.U.	14,75	2,00	2,00	0,00	18,75
CONTSE, S.A.	15,00	1,33	1,80	0,00	18,13
PRAXAIR ESPAÑA, S.L.	13,43	1,20	1,08	0,00	15,71
CARBUROS METÁLICOS, S.A.	14,75	1,50	1,54	1,00	18,70

Y acuerda además requerir a las empresa Abelló Linde S.A.U. y a Carburos Metálicos S.A., la justificación de la viabilidad de sus ofertas, presuntamente temerarias.

De acuerdo con el informe técnico de fecha 21 de mayo de 2018 emitido por el Director de Infraestructuras de Investigación de la Universidad, la Mesa de contratación en la sesión del 24 de mayo, acuerda considerar viables ambas ofertas y propone adjudicar el lote 1 a la empresa Carburos Metálicos S.A., por ser la oferta económicamente más ventajosa.

Mediante Resolución del Gerente de la UAM de fecha 14 de junio se adjudica el LOTE 1 a dicha empresa y se acompaña de Anexo I en el que se recogen los precios unitarios ofertados por las licitadoras admitidas y los puntos resultantes de aplicar la fórmula establecida en el apartado 15 del Anexo I del PCAP que se indica a continuación:

EMPRESAS ADMITIDAS	PRECIO GASES	ALQUILER ANUAL ENVASES	TRANSPORTE	ALQUILER DIARIO RECIPIENTE
ABELLO LINDE, S.A.U.	9,1 €/m ³	12 €/ud	2,7 €/ud	0,15 €/ud
CONTSE, S.A.	8,95 €/m ³	18 €/ud	3 €/ud	0,1 €/ud
PRAXAIR ESPAÑA, S.L.	10 €/m ³	20 €/ud	5 €/ud	0,2 €/ud
CARBUROS METÁLICOS, S.A.	9,1 €/m ³	16 €/ud	3,5 €/ud	0 €/ud

EMPRESAS ADMITIDAS	PRECIO GASES	ALQUILER ANUAL ENVASES	TRANSPORTE	ALQUILER DIARIO RECIPIENTE	TOTAL
ABELLO LINDE, S.A.U.	14,75	2,00	2,00	0,00	18,75
CONTSE, S.A.	15,00	1,33	1,80	0,00	18,13
PRAXAIR ESPAÑA, S.L.	13,43	1,20	1,08	0,00	15,71
CARBUROS METÁLICOS, S.A.	14,75	1,50	1,54	1,00	18,70

La Resolución de adjudicación se publicó en la Plataforma de la Contratación de Sector Público el 19 de junio de 2018.

Tercero.- Con fecha 10 de julio de 2018 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Abelló Linde S.A.U en el que solicita se anule la Resolución de adjudicación del contrato en favor de Carbueros Metálicos, y ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la valoración de la oferta evaluable mediante fórmulas, para que una vez excluida la valoración parcial de cero euros, o en su defecto aplicada correctamente la fórmula conforme a los parámetros señalados en el cuerpo del recurso, se le adjudique el contrato por resultar la oferta con mejor relación calidad precio. Subsidiariamente, solicita se anule el procedimiento de licitación por contener una fórmula de valoración que deviene inaplicable ante un “*no precio*” pues no permite la valoración proporcional de las ofertas presentadas y que arroja un resultado indeterminado en esa situación, sin que los pliegos reguladores ofrezcan una alternativa o solución ante este supuesto. Por ultimo solicita la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso.

El 13 de julio 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, Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP), de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

Cuarto.- Con fecha 18 de julio de 2018, el Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

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. Dentro del plazo concedido ha presentado escrito la Sociedad Española de Carbueros Metálicos, S.A que solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán la resolver sobre el fondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

A la tramitación del contrato le es de aplicación el régimen jurídico de la LCSP al haberse publicado la convocatoria del contrato el 20 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que presentó su proposición a la licitación del contrato de suministro, resultando clasificada en segundo lugar y *“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 recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue adoptada el 14 de junio, dándose por notificada la recurrente con la publicación del anuncio de adjudicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 19 de junio, e interpuesto el recurso, el 10 de julio de 2018, 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 suministros de valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) del LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que se alega que la valoración de las proposiciones se ha realizado de forma errónea.

Explica la recurrente que el error es doble:

- En primer lugar alega que Abelló ofertó cero euros en el apartado de precio del alquiler diario de cada envase y obtuvo por ello 1 punto, debiendo haber obtenido 0 puntos porque ese es el resultado de la fórmula *“Puntuación de Carburos Metálicos = 1 * (0/0)”*.

Explica que la fórmula está diseñada para introducir valores positivos y aplicar una regla de proporcionalidad para la valoración de las proposiciones, lo cual no resulta posible si uno de los términos es cero. Cita distintos pronunciamiento de los tribunales especiales de contratación relativos a ofertar un *“no precio”* cuando el Pliego exigía ofertar un valor positivo en el precio, concluyendo que la proposición no es válida (Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) nº 440/2018, de 27 de abril de 2018; nº 051/2017, de 10 de noviembre de 2017.

Concluye que el órgano no debería siquiera haber valorado la proposición parcial de la adjudicataria, debiendo haber tomado en consideración únicamente las tres restantes propuestas y que la puntuación a otorgar colocaría a su oferta en primer lugar, con 19,42 puntos.

En segundo lugar alega que al resto de licitadoras se han otorgado la misma puntuación (cero puntos) a pesar de haber ofertado distintos precios unitarios, lo que contradice el principio de proporcionalidad y causa un grave perjuicio a las restantes licitadoras ya que los pliegos reguladores no establecían fórmulas o posibles alternativas para lograr una puntuación numérica y proporcional cuando un licitador había ofertado cero euros. En supuesto similares los tribunales han concluido que sería correcto sustituir cero euros por 0,01 euros en la fórmula siempre *que “se respeta el criterio de otorgar la mayor puntuación a la oferta más baja, sin perjuicio para la recurrente que ha recibido la misma valoración al ofertar 0,01 euros”* sic Resolución del TACRC 440/2018, de 27 de abril de 2018. Cita además las Resoluciones 258/2011 de 3 de noviembre de 2011 y 482/2016 de 17 de junio de 2016.

Explica que de haber aplicado ese criterio otorgando un valor inmediato superior a cero (0,01 euros) el resultado de la clasificación también le colocaría en primer lugar (18,82 puntos) y el licitador que ha resultado adjudicataria obtendría 18.79 puntos y permitirá aplicar proporcionalmente la fórmula a todas las demás, con el siguiente resultado que se detalla a continuación:

EMPRESA	GASES	ANNUAL DIARIO ENVASES	TRANSPORTE	ALQUILER DIARIO RECIPIENTE	TOTAL
ABELLÓ LINDES.A.U.	14,75	2,00	2,00	0,07	18,82
CONTSE, S.A.	15,00	1,33	1,80	0,10	18,23
PRAXAIR ESPAÑA, S.L.	13,43	1,20	1,08	0,05	15,76
CARBUROS METÁLICOS, S.A.	14,75	1,50	1,54	1	18,79

El órgano de contratación opone que carece de justificación la afirmación de que no es admisible el precio cero, y cita en su favor las mismas resoluciones de TACRC que la recurrente, además de la de este Tribunal 38/2018 de 31 de enero que afirma: *“Los tribunales de recursos contractuales admiten un concepto amplio de onerosidad y han reconocido la posibilidad de ofertar cero euros por alguna de las prestaciones que integran el contrato, al entender que el coste de los servicios ofertados a cero euros podía considerarse incluido en el precio general del contrato”*.

Afirma que *“la oferta de la adjudicataria no infringe los principios de concurrencia e igualdad una vez que se admite la onerosidad del contrato, puesto que nada impide que otros licitadores hubieran realizado la misma oferta sin que exista por otro lado identidad de razón con las Resoluciones del TACRC citadas por la recurrente en que la oferta a la postre se traduce en una cantidad indeterminada de productos que ni responde a las necesidades del órgano de contratación, ni es posible ejecutar.”*

En segundo lugar opone el órgano de contratación que *“Pretender, como hace la recurrente, que el precio mínimo tenga que ser un céntimo de euro en unas cantidades tan bajas, es desvirtuar completamente la oferta efectivamente realizada por Carburos Metálicos, que es no cobrar nada por el alquiler diario, y no está justificado, más que para tratar de modificar el criterio de la Mesa de contratación,*

órgano especializado que goza de discrecionalidad técnica, por el criterio subjetivo e interesado de la recurrente para ser ella adjudicataria.”

Afirma que no es discutible que la puntuación máxima ha de darse a la empresa que oferta cero, ya que, atendiendo al criterio precio que es el que rige la presente licitación, es la mejor para la UAM.

Carbueros Metálicos alega en primer lugar que no es cierto que no pueda tenerse por válida una proposición parcial consistente en la oferta de un precio de cero euros, puesto que ni la normativa contractual aplicable ni el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato prohibían este tipo de oferta.

Añade que la Resolución 440/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“que la recurrente cita de forma parcial y sesgada, por cuanto dicha resolución, a continuación del párrafo transcrito en el recurso especial interpuesto añade: ‘No obstante lo anterior, es lo cierto que en este caso no cabe sin más rechazar la oferta cero por una prestación parcial por el solo hecho de que el pliego no prevea esa posibilidad a la hora de diseñar la fórmula que valorará las ofertas, pues siempre que exista precio positivo por el conjunto prestacional ofertado, habrá precio, y siempre la oferta parcial cero será más baja que un precio positivo, lo que ha de llevar a asignarle el máximo de puntos previsto (...)’.*

Así pues, la citada resolución no sólo no avala el motivo de impugnación esgrimido por ABELLÓ LINDE S.A.U., sino que confirma la plena procedencia de otorgar el máximo de puntos previsto a la oferta parcial de gratuidad, como se ha hecho en la adjudicación del contrato que nos ocupa, de acuerdo con lo que establece el artículo 150.2 de la LCSP (...) Por otra parte, las resoluciones del TACRC que se citan en el recurso no establecen que sea una obligación del órgano de contratación aplicar un valor del 0,01 a la oferta de cero euros, sino que, en los concretos casos enjuiciados, admiten la validez de esta práctica llevada a cabo por el órgano de contratación, atendiendo a los que establecían los correspondientes pliegos de cláusulas del contrato, de lo que no puede inferirse en absoluto que esta práctica

constituya una obligación, como se afirma injustificadamente en el recurso especial.”

En consecuencia solicita la desestimación del recurso.

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.

El artículo 145.5 de la LCSP al regular los requisitos y clases de criterios de adjudicación establece que *“Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:*

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

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.

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”.

Y en el artículo 146 de la LCSP especifica que en la aplicación de los criterios de adjudicación *“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados primero y tercero del*

artículo anterior, cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida calculado de acuerdo con lo indicado en el artículo 148.” Y prevé que “La elección de las fórmulas se tendrán que justificar en el expediente.”

En reiteradas ocasiones este Tribunal ha manifestado que en la formulación de los criterios de adjudicación, los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que, tanto la descripción de los criterios de adjudicación, como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos, queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en la misma, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de los encargados de la valoración.

En este caso, el Pliego se limita a describir la fórmula a aplicar sin contemplar ni delimitar como aplicarla en caso que el precio unitario ofertado sea cero euros, circunstancia que debió prever máxime porque el órgano de contratación admite esa oferta como posible y lícita en su informe, a pesar que el resultado que arroja la aplicación de la misma en ese supuesto es indeseable ya que prescinde de la proporcionalidad de la fórmula convirtiendo el criterio en dicotómico, porque cero dividido por cualquier número da como resultado cero.

Por otra parte en la memoria de preparación del contrato tan solo se indica al respecto que *“las fórmulas que se utilizarán para determinar la mejor oferta, desde el punto de vista económico, se han formulado para tener en cuenta la asimetría existente en la demanda de cada uno de los elementos objeto del contrato, ponderando cada elemento por la cantidad estimada de demanda”*

Son numerosos los pronunciamientos de los Tribunales *“reconociendo que una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación relativas a los criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores, siendo éste el*

criterio recogido en diversas Resoluciones de este mismo Tribunal, como las Resoluciones 284/2011, de 23 de noviembre de 2011 o la número 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, donde se establece lo siguiente: ‘Los criterios de adjudicación, al evaluar las ofertas, deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (STJCE de 4 de diciembre de 2003 [TJCE 2003, 403])’. Debe recordarse que el principio de igualdad de trato de los participantes en una licitación, que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, significa, por una parte, que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora.

La previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como ha recordado Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupolis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores”, así el TACRC en la Resolución nº 936/2017, de 19 de octubre.

A la vista de lo anterior, considera el Tribunal que siendo posible y comúnmente admitido aplicar un criterio que permita operar lógicamente con la fórmula matemática establecida en el PCAP, cual es atribuir el valor de 0,01 euros a la oferta formulada por Carburos Metálicos, en defecto de reglas de ponderación específicas del PCAP, el recurso se debe estimar, sin que sea necesario conocer del resto de pretensiones aducidas por la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don R.B.G., en nombre y representación de Abelló Linde S.A.U., contra la Resolución del Gerente de la Universidad Autónoma de Madrid, de fecha 14 de junio de 2018, por la que se adjudica el lote 1 del contrato de suministro de gases a presión de la Universidad Autónoma de Madrid, Expediente S-10/18, debiendo anular la resolución adoptada y retrotraer el procedimiento al momento en que se debieron valorar todas las ofertas según el criterio adoptado en el Fundamento Quinto de esta Resolución

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.- Dejar sin efecto la suspensión acordada el 18 de julio 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.