

Recurso nº 41/2018**Resolución nº 35/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 25 de xuño de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. I. N. G. actuando en nome e representación de **SERVICIOS INTEGRALES VEHÍCULOS URBANOS S.L.** contra o acordo polo que se procede á adxudicación da subministración do camión de recollida de residuos sólidos urbanos, expediente 48/2018, adoptado pola xunta de goberno local do Concello de Baleira, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Baleira convocouse a licitación do contrato de subministración do camión de recollida de residuos sólidos urbanos, expediente 48/2018, cun valor estimado declarado de 129.718,18 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación segundo consta no expediente remitido no BOP e na plataforma de contratos de Galicia o 01.03.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, o contrato estivo sometido ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).



Terceiro.- O recurrente impugna o acordo de adxudicación do contrato de subministración adoptado pola xunta de goberno local do Concello de Baleira en data 11.05.2018, por non estar conforme co criterio utilizado para a valoración das ofertas.

Cuarto.- O 14.06.2018 SERVICIOS INTEGRALES VEHÍCULOS URBANOS S.L. (SIVU, en diante) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra o acordo de adxudicación, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 14.06.2018 reclamouse ao Concello de Baleira o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 19.06.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 19.06.2018, recibíndose alegacións da empresa VEICAR, adxudicataria do contrato impugnado.

Sétimo.- O 21.06.2018 o TACGal decidiu o mantemento da suspensión automática do artigo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- Ostenta lexitimación a recurrente para a impugnación do acordo de adxudicación dada a súa condición de licitadora, habendo ademais unicamente dous participantes no procedemento de contratación, de acordo co establecido no art. 48 da LCSP.

Cuarto.- En canto ao prazo de interposición do recurso, o acordo foi notificado o día 28.05.2018, polo que foi interposto no prazo legalmente esixido.

Quinto.- Mediante este recurso impúgnase o acto de adxudicación dun contrato cun valor estimado de 129.718,18 euros. Procede entón determinar se nos atopamos ante actos susceptibles de recurso especial, á vista de que os actos impugnados foron adoptados con posterioridade á entrada en vigor da LCSP.

A Disposición Transitoria Primeira.4 da vixente LCSP, recolle:

“Nos expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei poderase interpor o recurso previsto no artigo 44 contra actos susceptibles de impugnación nesta vía, sempre que se ditasen con posterioridade á súa entrada en vigor.”

Como xa dixemos nas Resolucións TACGal 20/2018 ou 25/2018, entre outras, esta Disposición, polo tanto, e de xeito concreto a súa expresión referente aos actos susceptibles de impugnación, remítenos literalmente ao apartado 1 do art. 44 LCSP, que establece que serán susceptibles de recurso especial os actos e decisións enumerados no apartado segundo, cando se refiran aos contratos que relaciona, como son os contratos de servizos dun valor estimado superior aos 100.000 euros. Esta interpretación é conforme co propio enunciado do art. 44, que se refire precisamente aos actos recorribles, *“recurso especial en materia de contratación: actos recorribles”*, cando define, no seu título, o contido xeral do precepto.

Este TACGal interpretou entón que, dado que a expresión literal da Disposición Transitoria remite con claridade ao artigo 44, son susceptibles de impugnación todos os actos e decisións enumerados no art.44.2 que fosen ditados con posterioridade á entrada en vigor da LCSP e referidos aos contratos e contías recollidas no art. 44.1 LCSP, polo que o recurso, como expresamos, é admisible.

Sexto.- O recorrente basea a súa impugnación na indevida valoración polo órgano de contratación das ofertas dos licitadores, ao realizalo a través dunha regra de tres directa que, na súa opinión, resulta desproporcionada e discriminatoria, cando o máis adecuado sería a utilización dunha regra de tres inversa.

Sétimo.- O órgano de contratación defende a súa actuación e sinala que a regra de tres directa é a única que se axusta ao previsto no prego de cláusulas



administrativas, e que a fórmula defendida polo recorrente en ningún caso é proporcional.

Oitavo.- O representante da empresa VEICAR defende nas súas alegacións a actuación do órgano de contratación. Entende que a fórmula empregada é a única que se axusta á literalidade do prego e que, ademais, a regra de tres inversa defendida polo recorrente resulta contraria ao interese público ao non outorgar a máxima diferenza ás ofertas máis vantaxosas.

Noveno.- A cláusula novena do PCAP e polo que se refire aos criterios avaliados de xeito automáticos sinala o seguinte:

— *Precio a pagar por el ayuntamiento mediante cuantía dineraria: máximo 50 puntos.*

La proposición que oferte el precio más bajo obtendrá la máxima puntuación y las que presenten el precio máximo a pagar por el ayuntamiento mediante cuantía dineraria (144.980 IVA incluído) cero puntos. Las restantes proposiciones se valorarán de manera proporcional.

— *Menor plazo de entrega sobre el máximo de cuatro meses dispuesto en el pliego: máximo 20 puntos.*

La proposición que oferte el menor plazo de entrega obtendrá la máxima puntuación y las que presenten el plazo máximo dispuesto en el pliego obtendrán cero puntos. Las restantes proposiciones se valorarán de manera proporcional.

— *Mayor plazo de garantía (del vehículo completo) sobre el mínimo exigido en el pliego (2 años): máximo 10 puntos.*

La proposición que oferte el mayor plazo de garantía obtendrá la máxima puntuación y las que presenten el plazo mínimo dispuesto en el pliego obtendrán cero puntos. Las restantes proposiciones se valorarán de manera proporcional.

-Períodos gratuitos de mantenimiento entendiendo cómo tal los cambios de aceites, filtros, valvulinas y anticongelante (mano de obra y material incluídos): máximo 10 puntos.

La proposición que oferte el mayor período de mantenimiento gratuito obtendrá la máxima puntuación. Las restantes proposiciones se valorarán de



manera proporcional. No se valorarán si no inclúyen la mano de obra y material de todos los elementos incluídos (cambios de filtro, aceites, valvulinas y anticongelante).

-Potencia del vehículo suministrado superior a 300 CV: máximo 10 puntos.

La proposición que oferte la mayor potencia (siempre superior a 300CV que es el mínimo exigible) obtendrá la máxima puntuación. Las restantes proposiciones se valorarán de manera proporcional.

Da lectura desa cláusula observamos que o criterio a utilizar polo Concello para valorar as ofertas dos licitadores nos apartados relativos ao prezo da subministración e ao prazo de entrega está suxeito a tres parámetros: a oferta que presente a menor contía terá a máxima puntuación, a quen se limite ao fixado como límite no PCAP obterá 0 puntos e o resto puntuaranse de xeito proporcional.

No resto de apartados a avaliar, se ben non teñen un contido idéntico, e á vista das ofertas presentadas, a utilización da fórmula defendida polo recorrente ou da defendida polo Concello non modifica as puntuacións das dúas ofertas, polo que non son obxecto de debate neste recurso.

É preciso salientar que, tratándose de criterios a puntuar de xeito automático, a necesidade de interpretación na que se centra este recurso podería terse evitado de especificar o PCAP unha fórmula matemática, en lugar de realizar unha descrición do procedemento a utilizar que, coma sucede neste caso, pode permitir ab initio a existencia de interpretacións diverxentes. Hai que destacar, a este respecto, que nos atopamos ante criterios de aplicación automática nos que, pola súa propia natureza, só procede a simple e directa aplicación das operacións matemáticas consecuencia da fórmula descrita nos pregos, sen que exista marxe de discrecionalidade para o órgano de contratación, pois de existir, afectaría á viabilidade da licitación.

Debemos reiterar que os pregos conforman a lei do contrato e vinculan aos licitadores (Vid por todas STS, de 29 de setembro de 2009 ou sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, 128/2011, de 14 de febreiro. Así o recolle o artigo 145.1 do TRLCSP, ao establecer que a presentación da proposición supón, por parte do empresario, a aceptación incondicional do contido dos pregos sen reserva algunha.

Pero este principio vincula tamén ao órgano de contratación, como xa indicabamos na nosa Resolución TACGal 4/2018:



“Pero este principio supón que os pregos obrigan non só os licitadores, senón tamén ao órgano de contratación que está suxeito ao previsto neles ao longo de todo o proceso contractual, pois doutra maneira se vulneraría o principio de igualdade de trato.

Tal e como sinala o Tribunal de Xustiza da Unión Europea na súa Sentenza de 28 de xuño de 2016 (asunto T-652/14):

“Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores”.

Partindo desta obrigatoriedade, hai que facer referencia ás normas para a interpretación do seu contido, tal e como sinala o Tribunal administrativo central de recursos contractuais (TACRC) na súa Resolución 817/2014 (á que xa nos remitíamos na nosa Resolución TACGal 9/2018):

“... si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o Sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. Asimismo, como señalamos en otras resoluciones (valga de referencia a nº 147/2011), al examinar si las cláusulas del pliego adolecen de ambigüedad y, por tanto, pueden ser objeto de interpretaciones distintas, hay que partir de “que los pliegos de un procedimiento de licitación constituyen un conjunto de normas, y así, para conocer el significado de una cláusula, es necesario considerarla junto con aquellas otras que estén relacionadas con la misma”.

Reiteramos novamente neste punto o exacto contido da cláusula cuestionada, para facer unha concreta análise da mesma:

“La proposición que oferte el precio más bajo obtendrá la máxima puntuación y las que presenten el precio máximo a pagar por el ayuntamiento mediante cuantía dineraria (144.980 IVA incluído) cero puntos. Las restantes proposiciones se valorarán de manera proporcional.”

A xuízo deste TACGal, a literalidade desa cláusula obriga necesariamente a entender que son as propias ofertas as que se valorarán de xeito proporcional, atendendo ao importe do prezo de cada unha. A expresión *“las restantes ofertas se valorarán de manera proporcional”* non deixa dúbida ao respecto.

Unha vez fixada esa interpretación, procede entender que a fórmula correcta a aplicar en virtude do contido do PCAP é a defendida polo recorrente, isto é, a regra de tres inversa.

Como sinala con claridade o Tribunal administrativo de contratación pública de Madrid (TACP de Madrid) na súa Resolución 65/2017:

“La proporcionalidad es un concepto matemático que supone una relación entre magnitudes de forma que si una varía la otra cantidad es un múltiplo constante de la anterior. En la proporcionalidad directa, partiendo de la mayor baja procede una interpolación lineal hasta el tipo de licitación, otorgando 10 puntos a la mayor baja y 0 al tipo de licitación. La proporcionalidad entre bajas solo puede ser directa. En la valoración, sin embargo se aplica una regla de proporcionalidad inversa, es decir tomando como referencia la oferta presentada por Sanivida. (...)

En ambas operaciones la oferta más baja obtiene la mayor puntuación posible, 10 puntos, pero el cálculo es diferente y los resultados para los restantes licitadores también. Si bien ambas pueden tener encaje en la legislación como sistemas válidos para calcular la puntuación correspondiente al criterio precio cuando se comparan precios la proporcionalidad es inversa y al contrario la valoración de las bajas siempre debe realizarse utilizando una proporción directa puesto que a mayor baja se deben obtener más puntos

É dicir, se o que se compara as efectos de puntuación son baixas a proporcionalidade é directa, pero se o que se compara son prezos a regra a utilizar é a regra de tres inversa.



Lembremos que os parámetros os que se refiren ambas fórmulas son diferentes.
A fórmula da regra de tres directa aplicada polo Concello é a seguinte:

$$\text{Puntos} = 50 * \text{baixa a valorar} / \text{maior baixa}$$

E a fórmula da regra de tres inversa defendida polo recorrente:

$$\text{Puntos} = 50 * \text{oferta máis barata} / \text{oferta a valorar}$$

Se novamente acudimos á cláusula do prego analizada, non se pode apreciar da súa lectura ningunha referencia, aínda indirecta, a que se pretendese a comparación entre as distintas baixas, senón que claramente se refire ás concretas ofertas dos licitadores, polo que a regra aplicada polo Concello foi incorrecta. Salientamos novamente que nos atopamos ante un criterio de aplicación automática, a calcular mediante unha fórmula que debe ser recollida nos pregos e coñecida por todos os licitadores con anterioridade á presentación das súas ofertas, e no que non cabe marxe de interpretación polo órgano de contratación pois se vulneraría o principio de igualdade.

Á mesma conclusión aquí exposta chega a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Murcia (Sala do Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentenza de 26 abril de 2013):

“El Ayuntamiento ha incurrido en el error de considerar que toda puntuación que otorga más puntos a la oferta más baja es una proporcionalidad inversa, cuando lo que ha hecho es calcular la proporcionalidad entre las bajas efectuadas, que solo puede ser directa. En ambas operaciones de cálculo la oferta más baja obtiene más puntos, pero el cálculo es diferente y los resultados matemáticos también.

Si bien ambas formulaciones tienen encaje en la legislación como sistemas válidos para calcular la puntuación correspondiente al criterio de adjudicación "precio ofertado", debe tenerse en cuenta que cuando se comparan precios entre sí la proporcionalidad sólo puede ser inversa, puesto que se trata de dar más puntos a quien oferta menos precio, si lo que se busca es, y así debe ser, la oferta más ventajosa.

Por su parte, aplicando el mismo principio de búsqueda de la oferta más ventajosa, la valoración de las bajas siempre debe realizarse utilizando una proporción directa, puesto que a mayor baja se deben obtener más puntos”

Volvendo a cláusula analizada, se a mesma pretendese a utilización da regra de tres directa, tal e como postula o concello, resultaría inútil precisar que *“la proposición que oferte el precio más bajo obtendrá la máxima puntuación”*, xa que isto sería unha propia consecuencia da fórmula aplicada. Pero xustamente esa precisión é necesaria para puntuar as ofertas mediante a regra de tres inversa.

O órgano de contratación e a adxudicataria alegan igualmente, en defensa da súa postura, que a aplicación da regra de tres inversa vulnera o contido dos pregos, que obrigan a outorgar 0 puntos á oferta que se axusta ao tipo de licitación (ou ao maior prazo previsto), o que resulta imposible aplicando a dita fórmula.

Este argumento non pode ser acollido polo Tribunal xa que, como se acaba de sinalar respecto á oferta co prezo máis baixo, a aplicación da regra de tres directa faría inútil a dita precisión recollida no prego, polo que a interpretación literal do contido da cláusula xa é contraria a esa conclusión. Pero é que ademais, a propia cláusula establece que a fórmula proporcional se aplicará ás “restantes ofertas”, e non á que ofrezca o tipo de licitación, que xa está excluída da proporción a calcular pois obtén 0 puntos directamente.

Esta argumentación ata aquí exposta axústase á recente doutrina fixada polo TACRC, tanto na Resolución 183/2017, citada tanto polo recorrente como polo órgano, como na anterior 1/2017 que analizando un suposto moi similar ao aquí controvertido, conclúe:

“este Tribunal estima que el informe técnico en el que se sustentó la propuesta de la mesa que, a su vez, fue aceptada por el órgano de contratación llevó a cabo una incorrecta interpretación del criterio de valoración que se recoge en el pliego.

Éste requiere que las ofertas fueran valoradas proporcionalmente y, para ello, y según se expuesto en el ordinal precedente, debe aplicarse una regla de tres inversa entre los factores precio y puntuación, que es a lo que responde la fórmula propugnada por la recurrente.”

O mesmo criterio utiliza o TACP de Madrid, tanto na resolución que antes citamos como na 207/2017, na que o Concello pretende amparar a súa postura. O Tribunal, nesa Resolución, parte da premisa xeral aquí exposta de que se comparamos ofertas se deberá utilizar a regra de tres inversa e se comparamos baixas a regra directa, concluíndo que, nese caso concreto, porque os parámetros a valorar eran porcentaxes de baixa ofertados, procedía aplicar a regra de tres directa.

O adxudicatario nas súas alegacións sinala que a aplicación da regra de tres inversa resulta contraria ao interese público, pois non puntúa suficientemente as diferencias existentes nas ofertas. Pero a aceptación deste argumento levaría a determinar a ilegalidade da aplicación desa fórmula nos procedementos de licitación, algo contrario ao dereito dos órganos de contratación de fixar os termos das súas licitacións sempre que a súa decisión se dirixa a satisfacer o interese público que persegue todo contrato, de tal xeito que sexa coherente co obxecto, as características e á propia natureza do contrato, tal e como recolle o art. 150 TRLCSP. En consecuencia, cando se utiliza o criterio prezo, a fórmula axeitada é aquela que atribúa unha puntuación superior á oferta económica inferior, pois ten en conta tanto a aplicación do criterio da boa administración, como as esixencias derivadas dos principios que recolle o artigo 1 TRLCSP.

Cabe concluír, polo tanto, que sendo admisibles como métodos de puntuación tanto a regra de tres directa como a inversa, a elección da concreta fórmula a aplicar corresponde ao órgano de contratación no momento de elaboración dos pregos, e neste caso concreto non cabe outra interpretación do contido do PCAP que rexe esta licitación que entender como única aplicable a regra de tres inversa. Unha vez fixada esta conclusión, o órgano de contratación está vinculado polo previsto no prego, polo que a aplicación dunha fórmula distinta resulta discriminatoria e vulnera o principio de igualdade.

Procede, polo tanto, estimar o recurso e anular o acordo de adxudicación impugnado, debendo retrotraerse o procedemento ao momento anterior á valoración das proposicións, a fin de que se avalíen de acordo co exposto nesta resolución, manténdose a tales efectos a validez daqueles actos e trámites cuxo contido permanecería igual de non cometerse a infracción.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar** o recurso interposto por **SERVICIOS INTEGRALES VEHÍCULOS URBANOS S.L.** contra o acordo polo que se procede á adxudicación da subministración do camión de recollida de residuos sólidos urbanos, expediente 48/2018, adoptado pola xunta de goberno local do Concello de Baleira, anulando o

acordo de adxudicación debendo procederse nos termos expostos no derradeiro fundamento de dereito desta resolución.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. O órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.