

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

En Madrid, a 19 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don G.P.G., en representación de la empresa Labaqua S.A.U., contra el Acuerdo del Concejal Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid de fecha 25 de abril de 2019 por el que se adjudica el contrato de servicios “Estudio de la contribución de las emisiones atmosféricas de la Planta de Valoración Energética de las Lomas a la contaminación detectada en las proximidades del parque tecnológico de Valdemingomez” número de expediente 300/2018/00726 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 23 de noviembre de 2018 y al día siguiente en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 228.700 euros y duración de dieciocho meses sin posibilidad de prórroga.

Segundo.- Interesa a los efectos de resolver el presente recurso el apartado 5 del anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) donde se establece el presupuesto base de licitación en los siguientes términos:

“Presupuesto base de licitación 276.727,00 euros IVA incluido

El presupuesto base de licitación se desglosa en

- *Costes directos: 204.777,98 euros*
- *Costes indirectos: 52.578,13 euros*
- *Otros eventuales gastos: 19.370.89 euros”*

Interesa asimismo el modelo de proposición económica que figura en el anexo II del PCAP:

“(…) que se exigen para la adjudicación del contrato de, se compromete a tomar a su cargo la ejecución de las mismas, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones, por un precio deeuros (en número) al que corresponde por IVA la cuantía deeuros (en número), todo ello de acuerdo a lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que sirven de base a la convocatoria, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente. En la elaboración de esta oferta se han tenido en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de fiscalidad, protección del medio ambiente, protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad.

DESGLOSE DE LA OFERTA. PRECIO OFERTADO SIN IVA

Toma de muestra y análisis acreditados de PM10 (...)

Análisis de aniones (...)

Análisis de amonio (...)

Análisis de carbono orgánico (...)

Análisis de componentes mayoritarios inorgánicos (...)

Análisis den PM10 de HAP y otros trazadores orgánicos (...)

Análisis de dioxinas y furanos (...)

Toma de muestras de dioxinas y furanos

Informes trimestrales con los resultados de los análisis realizados y avance de los resultados de modelización

Aplicación del modelo PMF y presentación del informe final con los resultados de los análisis y del modelo.

La cuantía que se derive de este desglose de precios multiplicado por el número de unidades establecidas en la cláusula 6 del PPTP deberá coincidir exactamente con el importe total de su oferta”.

A la presente licitación se presentaron dos licitadores.

Tercero.- El 27 de mayo de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Labaqua S.A.U., en el que solicita la exclusión de la oferta presentada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (en adelante CSIC) en la que uno de los precios unitarios que conforman la oferta económica es superior al presupuesto de licitación que consta en la cláusula 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares así como poner de manifiesto que el resultado de la multiplicación de uno de los precios por el número de unidades previstas no es correcta y en consecuencia se anule la adjudicación del contrato.

El 5 de junio de 2019 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, 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 (en adelante LCSP), en el que manifiesta la corrección de la oferta propuesta por el CSIC reafirmandose en la adjudicación acordada.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (en adelante RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente 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 el acuerdo impugnado fue adoptado el 25 de abril de 2019, practicada la notificación el 3 de mayo e interpuesto el recurso el 27 de mayo de 2019, 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 servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra admisión de la oferta económica que contiene un precio unitario formulado por encima del presupuesto base de licitación así como por un error en la multiplicación de uno de los precios unitarios.

El recurrente alega que la oferta del adjudicatario debe ser rechazada en aplicación del artículo 84 del RPERMT, debido a que uno de los precios unitarios, concretamente el correspondiente a *“Toma de muestra y análisis acreditados de PM10 (incluye 1 captador de referencia de PM10, y la determinación analítica de PM10 en 120 muestras/captador). La captación y determinación gravimétrica de PM10 deben realizarse por procedimientos acreditados. Incluye recogida y transporte de filtros., ha sido ofertado por 310€/muestra siendo el presupuesto base de licitación de 250€/muestra”*.

Asimismo alega que la suma total de los precios unitarios que conforman la oferta difiere de la considerada por el órgano de contratación y no solo sobre la que se ha aplicado la fórmula para la obtención de la puntuación por este criterio sino también sobre la que se ha formulado la adjudicación y la disposición de fondos.

Por su parte el órgano de contratación opone a los argumentos de la recurrente que en relación con los precios unitarios aportados por el CSIC en el concepto *“Análisis de amonio (sulfatos, nitratos y cloruros) por cromatografía iónica o*

método equivalente. No incluye la toma de muestra ni la recogida del filtro del captador” se comprueba fácilmente que la multiplicación de 5€ por 120 muestras no totalizan 6.000 euros sino 600 euros, por lo que se ha procedido a la corrección de dicha cifra sin más trámite por la mesa de contratación, conformando la correcta suma. No obstante mantiene la corrección de la suma global de la oferta.

En relación con la existencia de un precio unitario cuyo valor es superior al establecido en el pliego como presupuesto máximo de licitación, el órgano de contratación mantiene que es la oferta global y no los distintos precios unitarios, la que debe ser tenida en cuenta para considerar una oferta como superior al presupuesto base de licitación, por lo cual considera intrascendente el hecho.

En cuanto al primer problema planteado, esto es la existencia de un cero más en el resultado de multiplicar 5 por 120, claramente se debe considerar un error aritmético que conlleva a la variación del total de la oferta que se obtiene por la suma de los subconceptos y en el que interviene el sumando 6.000 en lugar del sumando 600, por lo que si la mesa de contratación ha rectificado de oficio un claro error, debe aplicar dicha corrección al resto de cantidades afectadas, de esta forma la oferta total del CSIC es de 198.700 euros, en lugar de 204.100 euros.

Esta corrección afecta no solo a la aplicación de la fórmula aritmética para calificar el criterio precios, sino también a la cuantía de la fianza definitiva, a la adjudicación y a la disposición de fondos. Es cierto sin embargo que dicha rectificación se podrá efectuar de oficio y sin más trámite a la luz del artículo 109.2 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por lo que se estima el recurso en base a este motivo.

El segundo motivo de recurso se basa en que la oferta económica presentada por la adjudicataria incluye un precio que se encuentra por encima del presupuesto

base de licitación.

El artículo 84 del RPERMT, relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Invocamos la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales nº 175/2015, de 20 de febrero que indica: *“Por lo que respecta al presupuesto base de licitación, cuyo importe debe reflejarse en el PCAP (art. 67.2.b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre -RGLCAP), constituye el importe máximo limitativo del compromiso de gasto para el órgano de contratación y se erige así en límite que no puede ser superado por las ofertas de los licitadores. Así, en el art. 84 del citado RGLCAP se establece, entre otros supuestos, el rechazo de aquellas proposiciones que excediesen del presupuesto base de licitación, habiendo reiterado este Tribunal, en distintas resoluciones, la procedencia de excluir las ofertas que incurran en este supuesto. Cabe traer a colación, a tal respecto, nuestra Resolución nº 64 /2012, de 7 de marzo, en la que se indicaba que la necesidad de adaptación de las proposiciones al contenido de los pliegos es más evidente en relación a la oferta económica, la cual está sujeta a dos requisitos, uno material, puesto que no puede exceder del presupuesto base de licitación, y otro formal, ya que debe atenerse al modelo establecido en los pliegos sin introducir en él variaciones sustanciales. El límite material es estricto y no admite flexibilidad salvo en aquellos supuestos en que los propios pliegos hayan permitido variantes y, específicamente, hayan previsto que*

las mismas podrán superar el presupuesto de licitación (opción de marcado carácter excepcional, en tanto se dificulta el elemento de comparación de ofertas). Asimismo, en la Resolución nº 726/2014, de 3 de octubre, poníamos de manifiesto que la superación del precio de licitación debe dar lugar a la exclusión del licitador que lo hace, y señalábamos que constituye un criterio consolidado en la doctrina de este Tribunal (Resoluciones 509/2014, de 4 de julio, 27/2010, de 9 de diciembre o 94/2011, de 30 de marzo), la que sostiene que ha de considerarse correctamente rechazada aquella oferta que supere el precio de licitación en cualquiera de sus partidas. El presupuesto base de licitación se erige así en límite máximo para las ofertas económicas de los licitadores, procediendo la exclusión de aquéllas que superen dicho límite”.

En el mismo sentido se expresa el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía en su Resolución nº 171/2017, de 11 de septiembre y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón en su Resoluciones número 50/2017, de 19 de abril y 43/2018 de 18 de junio.

Determinada la imposibilidad de que la oferta económica propuesta exceda el presupuesto base de licitación, debemos analizar el caso concreto que nos ocupa, sobre cómo aplicar los principios anteriormente expuestos en los casos en que el presupuesto base de licitación está descompuesto en precios unitarios.

El artículo 102.4 prevé la posibilidad de formular el precio del contrato en precios unitarios, a tanto alzado o bien con ambas posibilidades en conjunto. Es muy ilustrativo a este respecto el Informe 13/2008, de 10 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, donde se distinguen las distintas posibilidades de establecer el presupuesto base de licitación mediante precios unitarios y así señala dos opciones: *“Una primera en la que el órgano de contratación conoce el número total de las unidades del objeto que pretende adquirir por precio unitario. En esta modalidad el crédito tendrá siempre carácter limitado, suponiendo cualquier incremento del mismo una modificación del contrato del*

artículo 202 LCSP.

Una segunda, la contemplada en el artículo 9.3 a) LCSP, aquella en que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración, es decir, en este supuesto no se fija inicialmente el número total a suministrar del bien objeto de contratación al estar condicionado a las progresivas necesidades del ente que representa el órgano de contratación. En este supuesto, la cuantía del contrato tendrá carácter estimativo pudiendo experimentar incrementos o disminuciones en función de las necesidades del ente adquirente, sin que tal situación tenga la calificación de modificación del contrato. En el primer supuesto la compra se formalizará mediante un contrato de suministros por precio unitario y cuantía determinada (artículo 75 LCSP) adjudicado por cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley, pudiendo utilizar los Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares, informados por esta Junta Consultiva, una vez sean aprobados por el correspondiente órgano de contratación”.

La distinción entre una u otra fórmula es determinante a la hora de resolver el recurso que estamos tratando toda vez que si estamos ante la primera de ellas, la superación del precio base de licitación en un precio unitario concreto que no afecta a la totalidad del tipo del contrato tendrá un tratamiento y en caso contrario las consecuencias serán distintas. Y ello es debido, a que la segunda opción operará en cuanto a la formulación de la oferta económica, la aplicación de la fórmula matemática por la que se calificara el criterio precio y la determinación del presupuesto base de licitación.

La doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales acoge la anterior distinción, que modula los efectos de una superación del tipo de licitación, traemos a colación la reciente Resolución 416/2019 de 17 de abril que manifiesta: *“Y, en lo relativo a la superación de precios unitarios, hemos rechazado que su superación se convierta en causa de exclusión si el modelo de proposición*

económica, el tipo de licitación y la fórmula no contemplaban un sistema de determinación por precios unitarios, «y menos aún con carácter limitativo» (Res.634/2018); y hemos ratificado la exclusión si el sistema de determinación de precios lo era por precios unitario, así como su valoración (Res.856/2017)”.

Sentadas las anteriores bases se debe comprobar el tratamiento que de estos precios se establece en el PCAP para determinar si se dan las condiciones resaltadas por el TACRC ya expuestas. Así el apartado 5 del Anexo 1 establece a los efectos que nos interesan:

“Tipo de presupuesto: máximo determinado

Presupuesto (IVA Excluido) 228.700,00 euros (...)

Sistema de determinación del presupuesto: Tanto alzado”

Apartado 19 del anexo 1, 1. Oferta económica: *“La oferta económica será puntuada con un máximo de 60 puntos. Dicha oferta económica vendrá indicada en el modelo de proposición económica que se contiene en el anexo II del PCAP (...)”.*

Si revisamos el modelo de proposición económica transcrito en los antecedentes de esta resolución comprobamos que la oferta económica es: *“se compromete a tomar a su cargo la ejecución de las mismas, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones, por un precio de euros (en número) al que corresponde por IVA la cuantía de euros (en número) totalizándose la oferta en Euros (en número) (...)”.*

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone,

por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Claramente se desprende, de la sola lectura del PCAP, que el presupuesto base de licitación es una cantidad a tanto alzado, que responde a la ejecución del objeto del contrato conforme a un plan de trabajo previamente establecido en el PPT, plan invariable y no sujeto ni a ampliaciones ni a prórrogas.

Bien es cierto, que la cláusula 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares establece la descomposición del precio total en precios parciales, al igual que la oferta económica solicita el desglose de la oferta, pero dicha división no alcanza en ningún momento la categoría de precio unitario, pues la formulación de estos debe ir acompañada tal y como el TACRC ha establecido de una función de los precios que no se aprecia en ninguno de los dos pliegos, ni en cuanto a la formulación del presupuesto base de licitación, ni en cuanto a la aplicación de la fórmula para la calificación del criterio precio, por lo que no se considera excluyente de la oferta en su conjunto que uno de sus sumandos sobrepase el desglose que consta en el PPT.

Por todo lo cual se desestima el recurso en base a este supuesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don G.P.G., en representación de la empresa Labaqua S.A.U., contra el Acuerdo del Concejal Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid de fecha 25 de abril de 2019 por el que se adjudica el contrato de servicios “Estudio de la contribución de las emisiones atmosféricas de la Planta de Valoración Energética de las Lomas a la contaminación detectada en las proximidades del parque tecnológico de Valdemingomez” número de expediente 300/2018/00726, procediendo a la corrección del error aritmético detectado en la oferta económica del adjudicatario en el acuerdo de adjudicación así como en la disposición de fondos y en la cuantía de la garantía definitiva.

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 automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 59.1 de la LCSP.