

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

En Madrid, a 26 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.P.G., en representación de la empresa Asac Comunicaciones, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de fecha 15 de mayo de 2019, por el que se le excluye de la licitación y se adjudica el contrato “Servicios de Administración y Operación de los Sistemas de Tecnología de la Información”, Expediente de contratación nº 2018/PA/049, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público publicados el 15 de enero de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 699.283,45 euros.

Segundo.- Interesa a los efectos de resolver el recurso que el apartado 4 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) establece el presupuesto base de licitación en los siguientes términos:

“Presupuesto base de licitación (duración inicial): 139.856,69 €

Tipo I.V.A.: 21 %

Importe I.V.A.: 29.369,90 €

Presupuesto total I.V.A. incluido: 169.226,59 €

Importe máximo de modificación prevista (art. 106 TRLCSP) - €

Valor estimado: 699.283,45 €

Desglose valor estimado: Incluye el importe del contrato por la duración inicial de un año más el importe de cuatro posibles prórrogas de un año.

Sistema de determinación del presupuesto: A tanto alzado y por precios unitarios.

Los licitadores deberán ofertar:

Precio a tanto alzado para el servicio de administración y operación y las correspondientes guardias (puntos 3.2.3 y 3.3.2 del pliego de prescripciones técnicas).

Presupuesto máximo anual: 127.856,69 €, IVA no incluido (154.706,59 €, IVA incluido).

Precio anual para el servicio de administración y operación: 120.053,23 €, IVA no incluido (145.264,41 €, IVA incluido).

Precio anual para el servicio de guardias: 7.803,46 €, IVA no incluido (9.442,19 €, IVA incluido).

Precio por hora para las intervenciones especiales (punto 3.3.1 del pliego de prescripciones técnicas).

Precio/hora máximo: 60,00 €, IVA no incluido (72,60 €, IVA incluido).

Presupuesto máximo anual: 12.000,00 €, IVA no incluido (14.520,00 €, IVA incluido), no obstante, este presupuesto podrá incrementarse con el crédito sobrante del presupuesto anual destinado al servicio de administración y operación y las correspondientes guardias, como consecuencia de la baja del licitador que resulte adjudicatario”.

En cuanto a los criterios de adjudicación, dispone el apartado 15 del Anexo I:

“PRECIO

Servicio de administración y operación y guardias – 65 puntos:

Se ofertará un precio anual del servicio de administración y operación y un precio anual de las correspondientes guardias 24x7, se valorará la suma de ambos importes según la siguiente fórmula:

$$P=65 \times OB / OE”.$$

A la licitación se presentaron 7 empresas.

Tercero.- Tras la tramitación oportuna la Mesa de contratación, en sesión celebrada el 20 de marzo de 2019, procedió a la apertura de los sobre Nº 3 **“PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y OTRAS”** que fueron remitidos para informe técnico.

Respecto a la oferta de Asac Comunicaciones, S.L. se informa lo siguiente:

“El precio ofertado por este licitador, en el modelo de proposición en el punto ‘Precio anual de guardias 27x7’, de 9.585€ IVA no incluido supera el presupuesto de licitación, establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (Anexo I, punto 4) con un valor de 7.803,46€ IVA no incluido. Se consulta este hecho a la unidad administrativa de contratación, cuya respuesta es no valorar la oferta de este licitador”.

En consecuencia la Mesa acuerda, en su reunión de 27 de marzo, la exclusión de la empresa ya que considera que los defectos de su proposición económica no son subsanables.

La Junta de Gobierno Local el 15 de mayo de 2019, ratifica la propuesta de la Mesa y excluye a Asac Comunicaciones, S.L., y adjudica el contrato a la empresa Gesein, S.L..

El Acuerdo de adjudicación fue notificado a los interesados el 24 de mayo de 2019.

Cuarto.- El 3 de junio 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Asac Comunicaciones, S.L., en el que solicita la anulación del acuerdo de adjudicación del contrato en el que se le excluye porque considera que *“las cláusulas del pliego en torno al precio, son oscuras, ya que habida cuenta que en la referencia a la oferta se hace referencia al presupuesto base de licitación que, según se ha expuesto, es determinado con carácter global en la Cláusula 4 y, habida cuenta que en el Pliego se establece que no puede superarse el ‘presupuesto base de licitación’ que, obviamente no se ha rebasado por mi representada, siendo ello causa de exclusión, pero el precio unitario fijado en relación al ‘precio anual de guardias 24x7’ no puede suponer un límite máximo que no se pueda superar, puesto que, insistimos, la oferta total no supera el presupuesto base de licitación, que era lo que exigía el PCAP”*.

El 6 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 que *“la oferta económica de la recurrente fue excluida de la valoración por superar el presupuesto base de licitación fijado en los pliegos administrativos para el servicio de guardias, al ofertar un importe anual de 9.585,00 € I.V.A. no incluido, cuando el presupuesto de licitación por este servicio se fijaba en pliegos en 7.803,46 € I.V.A. no incluido”* reafirmando en la decisión de exclusión y en la adjudicación.

Quinto.- 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 (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.

Sexto.- 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 excluida, *“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 15 de mayo de 2019, practicada la notificación el 24 de mayo e interpuesto el recurso el 3 de junio 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 la exclusión de la oferta económica de la recurrente que contiene uno de los precios desglosados que supera el precio anual del mismo, señalado en el PCAP.

La recurrente alega que su oferta no debió ser rechazada puesto que además de que existe oscuridad en la cláusulas del Pliego, lo determinante para la aceptación de oferta económica es no sobrepasar el presupuesto máximo anual de los dos conceptos contemplados, servicio de administración y operaciones y servicio de guardias cuya oferta debe presentarse a tanto alzado. Argumenta también que *“la valoración conjunta de dichos precios en la aplicación de la fórmula prevista en el pliego para puntuar la oferta, nos lleva necesariamente a dicha conclusión, esto es, a la oscuridad que dicha cláusula, puesto que, de otro modo, se habrían establecido dos distintas fórmulas para la valoración de dichas proposiciones”*.

Por su parte el órgano de contratación opone a los argumentos de la recurrente que *“el objeto del contrato está conformado por actuaciones diferenciadas, una de las cuales, la relativa al servicio de administración y operación y las correspondientes guardias se subdivide a su vez en dos prestaciones distintas, por un lado el servicio de administración y operación y por otro el servicio de guardias, los cuales quedan perfectamente definidos en los apartados del PPT a los que se hace referencia. Se trata por ello de un contrato cuyo objeto está integrado por dos conjuntos de prestaciones distintas, y para cuya adjudicación el pliego establece que se fijen sus correspondientes precios diferenciados, exigiendo, tanto en su clausulado, como en el modelo de proposición económica (de hecho así queda reflejado en el punto 15.1.1. del Anexo I relativo a los ‘Criterios de*

adjudicación' cuando establece que: (...) Se ofertará un precio anual del servicio de administración y operación y un precio anual de las correspondientes guardias 24X7 (...))', que las ofertas deban referirse tanto al importe total de licitación, como al desglose de ese importe referido a las dos prestaciones a realizar: servicio de administración y operación y el servicio de guardias. Por lo que en este caso el precio del contrato no se establece en un tanto alzado, sino tomando como referencia los importes de los dos conjuntos de prestaciones a realizar, importes que, determinando su precio máximo unitario, han de determinar a su vez el presupuesto máximo de licitación a tener en cuenta para cada uno de los servicios. Por ello, en la presente licitación el presupuesto máximo de licitación no puede establecerse con referencia única a un tanto alzado por el total de la contratación, sino que debe de incluir también la referencia al límite máximo correspondiente a cada una de las dos prestaciones que se han de realizar de forma diferenciada”.

El artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), 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”.*

Como señaló este Tribunal en su Resolución 254/2019 de 19 de junio, cabe citar el criterio expresado en la Resolución del TACRC 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 ó 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 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”.

En consecuencia y siguiendo el criterio expuesto, es el presupuesto base de

licitación lo que no puede excederse en la oferta, ahora bien, en el caso concreto analizado debe determinarse cuál es el presupuesto base que debe tomarse como referencia ya que en el Pliego y en el modelo de proposición económica aparecen dos conceptos desglosados, servicio de administración y operación y servicio de guardias.

El artículo 102.4 de la LCSP 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 puesto 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 valorará 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 lo que establece el PCAP en relación con los precios Así el apartado 4 del Anexo I establece a los efectos que nos interesan:

“Sistema de determinación del presupuesto: Tanto alzado y por precios unitarios (...).

Precio a tanto alzado para el servicio de administración y operación y las correspondientes guardias (puntos 3.2.3 y 3.3.2 del pliego de prescripciones técnicas).

Presupuesto máximo anual: 127.856,69 €, IVA no incluido (154.706,59 €, IVA incluido).

Precio anual para el servicio de administración y operación: 120.053,23 €, IVA no incluido (145.264,41 €, IVA incluido).

Precio anual para el servicio de guardias: 7.803,46 €, IVA no incluido (9.442,19 €, IVA incluido).

Precio por hora para las intervenciones especiales (punto 3.3.1 del pliego de prescripciones técnicas).

Precio/hora máximo: 60,00 €, IVA no incluido (72,60 €, IVA incluido).

Presupuesto máximo anual: 12.000,00 €, IVA no incluido (14.520,00 €, IVA incluido), no obstante, este presupuesto podrá incrementarse con el crédito sobrante del presupuesto anual destinado al servicio de administración y operación y las correspondientes guardias, como consecuencia de la baja del licitador que resulte adjudicatario”.

El apartado 15 del anexo 1, anteriormente transcrito, relativo a los criterios de valoración establece en cuanto al criterio precio: se ofertará un precio anual del servicio de administración y operaciones y un precio anual de las correspondientes guardias “*se valorará la suma de ambos importes*”.

Igualmente en el modelo de proposición económica comprobamos que se trata de un importe anual de servicio de administración y operación y precio anual de las guardias “*con el siguiente desglose*”.

Finalmente el apartado 17 del Anexo I relativo a las ofertas anormalmente bajas dispone que:

“Se apreciará el carácter anormal o desproporcionado del precio ofertado en arreglo a los criterios establecidos el artículo 85 del RGLCAP, aplicados a cada uno de los precios ofertados:

- *Precio anual del servicio de administración y operación y guardias 24x7.*
- *Precio del servicio de intervenciones especiales”.*

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 lectura del PCAP, que el presupuesto base de licitación es una cantidad a tanto alzado en cuanto las dos actividades mencionadas y que los precios unitarios se refieren exclusivamente al precio /hora del servicio de intervenciones especiales.

La circunstancia de que el PCAP tanto en el presupuesto como en la proposición económica desglose el precio de la dos actividades no tiene la más mínima consecuencia ni en la oferta ni en su valoración como ya hemos visto, puesto que a la postre las dos cantidades se van a sumar como lo que es verdaderamente determinante el cumplimiento del presupuesto máximo previsto es esa suma y no las cantidades individuales señaladas.

De manera que aunque el modelo de proposición económica solicita el desglose de la oferta, dicho desglose en estos conceptos no alcanza en ningún momento la categoría de precio unitario, pues la formulación de estos debe ir acompañada, tal y como el TACRC ha considerado, de una función de los precios que no se aprecia en este caso, 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 puede considerar causa de exclusión de la oferta de la recurrente que uno de sus sumandos, precio anual de las guardia sobrepase el precio máximo que figura en el PCAP, teniendo en cuenta que no se supera el presupuesto máximo anual establecido para ambas actividades en la oferta presentada.

En consecuencia el recurso debe ser estimado, anulando la adjudicación y retrotrayendo el procedimiento para que la oferta de la recurrente sea valorada.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.P.G., en representación de la empresa Asac Comunicaciones, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de fecha 15 de mayo de 2019, por el que se excluye de licitación y se adjudica el contrato “Servicios de Administración y Operación de los Sistemas de Tecnología de la Información”, Expediente de contratación nº 2018/PA/049, anulando la adjudicación recaída y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la exclusión de la oferta de la recurrente para que sea admitida y valorada.

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.- Al haberse anulado el acuerdo de adjudicación queda 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.