

**RECURSO 7/2016
RESOLUCIÓN 13/2016**

Resolución 13/2016, de 25 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Ferroser Infraestructuras, S.A. contra la Resolución nº 2016/11, de 7 de enero, del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda (Valladolid), por la que se adjudica el contrato de servicios de mantenimiento de alumbrado público, semáforos y señalización vial, fuentes ornamentales y cúpula de la Plaza de Toros del Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Resolución de la Alcaldía de Arroyo de la Encomienda nº 2015/1876, de 6 de agosto, se convocó procedimiento abierto para la licitación del contrato de servicios de mantenimiento de alumbrado público, semáforos y señalización vial, fuentes ornamentales y cúpula de la Plaza de Toros del Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda, mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, en el Boletín Oficial de la provincia de Valladolid y en el del Estado el 11, 22 y 25 de agosto de 2015, respectivamente, y en el perfil de contratante.

Segundo.- Por Resolución nº 2016/11, de 7 de enero, del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda, se adjudica el referido contrato a la empresa Electricidad Pascual de Diego, S.L.U. (ELPA). Esta Resolución se remite a la empresa recurrente el 8 de enero de 2016.

Tercero.- Previo su anuncio, el 26 de enero de 2016 Ferroser Infraestructuras, S.A., representada por D. yyyy, presenta ante el órgano de contratación un recurso especial en materia de contratación contra la referida Resolución de adjudicación, en el que solicita su anulación y retroacción de actuaciones al momento de valoración de las ofertas económicas, a fin de que

esta valoración se efectúe de conformidad con la fórmula prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Cuarto.- El 1 de febrero se recibe en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación, que se opone a la estimación del recurso.

Quinto.- El 11 de febrero de 2016 se trasladó el recurso a los restantes licitadores a fin de que formularan las alegaciones convenientes a su derecho. El 12 de febrero se reciben las efectuadas por ELPA, quien solicita la desestimación de fondo del recurso, además de considerarlo improcedente por haberse formalizado ya el contrato el 11 de enero de 2016.

De tal alegación cabe deducir que el Ayuntamiento no observó el plazo para la formalización del contrato que establece el artículo 156.3 del TRLCSP.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de Ferroser Infraestructuras, S.A., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

El recurso se dirige contra el acto de adjudicación adoptado por una Administración Pública en un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es recurrible según lo previsto en el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

La presentación del recurso se ha producido dentro del plazo de 15 días hábiles desde la remisión de la notificación del acuerdo de adjudicación previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

3º.- Sobre el fondo del asunto, la única cuestión que se plantea en el recurso es el incumplimiento del PCAP en orden a la valoración del criterio de baremación 1 de su cláusula 10, "Mejor oferta económica", por cuanto se alega que en la aplicación de la fórmula en ella prevista ha de considerarse como referente la media de las bajas y no la media de las ofertas empleada por la Administración. En la tesis de la recurrente, la consideración de aquel factor implicaría que a ella le correspondería la máxima puntuación en este criterio, pese a ser su oferta (678.646,08 euros) más elevada que la de la adjudicataria (627.258,88 euros) y que la de la formulada por la UTE que obtuvo la máxima puntuación en dicho criterio (621.153,80 euros).

En consecuencia, el actor no impugna la fórmula del pliego ni invoca eventuales disfunciones derivadas de su aplicación, lo que reduce los términos del debate exclusivamente a los términos expuestos.

Delimitada así la pretensión, su rechazo deriva, en primer término, del resultado al que conduciría su estimación, es decir, la asignación de una mayor puntuación a ofertas económicas más onerosas, lo que supone una vulneración de los principios de control del gasto y de eficiencia inspiradores de la contratación pública y de la regla del precio más bajo del artículo 150.1 del TRLCSP, de aplicación analógica al caso. En este sentido, como recuerda la Resolución 542/2015, de 12 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales "(...) ni el TRLCSP ni su normativa de desarrollo contienen una pauta a la que deba atenerse el órgano de contratación a la hora de concretar el criterio de evaluación de las ofertas económicas, si bien es claro que necesariamente habrá de recibir la puntuación más alta el licitador que oferte un precio inferior y la más baja la que presente el superior (cfr.: Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 173/2014 e Informe 16/2013 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón). Ello es consecuencia del respeto a los principios que han de observarse en el ámbito de la contratación pública, tales como el de control de gasto y de eficiencia (artículos 1, 22, 333.2 y DA 16ª TRLCSP), según señalan, entre otros, los Informes 4/2011 de la Junta

consultiva de Contratación Administrativa y el nº 874 del Tribunal de Cuentas (pág. 196). Al mismo resultado, en fin, conduce el artículo 150.1 TRLCSP, 'in fine' (y, en idéntico sentido, artículo 53.1.b Directiva 2004/18/CE) en la medida en que prevé que cuando el único criterio de adjudicación sea el precio, éste deberá ser 'el del precio más bajo', regla ésta que debe observarse cuando, junto al precio, se introducen otros criterios de adjudicación".

En segundo lugar, la desestimación de la pretensión viene dada asimismo por la literalidad del pliego, en el que el valor cuestionado aparece referido a la media de las ofertas y no a la media de las bajas respecto del tipo de licitación. Se comparte por ello el criterio expresado por el órgano de contratación en su informe, en el que, además, si alguna duda pudiera haber, se pone de manifiesto la incongruencia de la tesis sostenida por la recurrente. Señala al respecto dicho informe que "(...) Ferroser Infraestructuras, S.A. calcula la puntuación obtenida por el criterio número 1 del concurso de acuerdo con una interpretación que parte de considerar, como valores de base para el cálculo, las bajas (entendidas éstas como la diferencia entre el precio de licitación y las ofertas particulares de cada empresa). Esta interpretación es absolutamente errónea ya que en la descripción de todo el proceso (pliego) se dice claramente que el valor de referencia para otorgar las puntuaciones a las diferentes empresas (X) se obtiene a partir de la media corregida de las ofertas (no de las 'bajas').

»De la misma manera, y adoptando una interpretación lógica, se ha de entender que X_p es la media de las ofertas (no de las 'bajas'), dado que el pliego ya dice que en el caso de que no hubiera ofertas en el intervalo ($X_p - 2 \cdot \alpha$, $X_p + \alpha$) se debe adoptar $X = X_p$ lo que implicaría, según la interpretación de Ferroser Infraestructuras, S.A., que las puntuaciones máximas se darían a las ofertas con valores semejantes a las 'bajas', lo que no tiene ningún sentido.

»El proceso de cálculo desarrollado por Ferroser Infraestructuras, S.A. ignora la indicación del pliego sobre que X es la media de las ofertas, realizando todo el cálculo sobre las bajas, a pesar de que también en la fase de asignación de puntuación se indica claramente en el pliego que los puntos se reparten partiendo de las ofertas:

»Las ofertas económicas presentadas al tipo de licitación se puntuarán con 0.

»La oferta igual a 0'95 X, obtendrá 65 puntos.

»La oferta igual a X, obtendrá 50 puntos. (etc.)”.

Por las consideraciones expuestas, procede desestimar el motivo de recurso.

4º.- Sin perjuicio de lo anterior, advierte este Tribunal que, tanto del expediente remitido como de las alegaciones efectuadas por la empresa adjudicataria, resulta que se ha formalizado el contrato sin respetar el plazo que establece el artículo 156.3 TRLCSP, de manera que se está ante una posible situación de nulidad del contrato, ya en fase de ejecución.

Si la interposición del recurso especial contra el acto de adjudicación de un contrato comporta la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación y, por lo tanto, de la eficacia de dicha adjudicación -pues en otro caso carecería de razón de ser y de utilidad el recurso-, ello supone, inequívocamente, que durante la tramitación del recurso especial el acto de adjudicación no tendrá eficacia jurídica y no podrá procederse a la formalización del contrato.

El Acuerdo 2/2015, de 8 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recuerda al respecto que “el artículo 37 TRLCSP establece dos supuestos distintos en relación al incumplimiento del deber de no formalización, atendiendo al dato de que se hubiera interpuesto o no recurso especial. Así, de no existir recurso especial al momento de la formalización, obviamente no se impide el control de la adjudicación, si bien este incumplimiento no implica de forma automática la existencia de cuestión de nulidad, pues para ello el artículo 37 TRLCSP exige que concurren los dos siguientes requisitos:

»1º) Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el recurso regulado en los artículos 40 y siguientes TRLCSP y,

»2º) Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.

»(...). Cuestión distinta sería de darse el supuesto de formalización indebida cuando ya se ha interpuesto el recurso especial sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación, en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido. En este caso, para garantizar el efecto útil del recurso especial y evitar actuaciones en fraude a su operatividad, la declaración de nulidad del contrato indebidamente formalizado deviene ineludible; aunque el TRLCSP prevé que tal nulidad puede conllevar únicamente la imposición de sanciones alternativas, sin que estas infracciones graves del Derecho de la Unión Europea tengan necesariamente que afectar al contrato perfeccionado”.

El presente caso se incluye en la primera hipótesis, la del artículo 37.1.b) del TRLCSP, por cuanto al tiempo de la formalización del contrato el 11 de enero de 2016, no se había interpuesto aún el recurso especial, lo que tuvo lugar el 26 de enero siguiente. No obstante, como se acaba de argumentar en el fundamento jurídico tercero, al no existir infracción procedimental, no procede declarar la existencia de nulidad del contrato por indebida formalización sin respeto del plazo de espera del artículo 156.3 del TRLCSP.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 47 TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

III ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Ferroser Infraestructuras, S.A. contra la Resolución nº2016/11, de 7 de enero, del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda por la que se adjudica el contrato de servicios de mantenimiento de alumbrado público, semáforos y señalización vial, fuentes

ornamentales y cúpula de la Plaza de Toros del Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).