

Recurso 264/2017**Resolución 262/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 1 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LEASEPLAN SERVICIOS, S.A.** contra la Resolución, de 7 de septiembre de 2017, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de vehículos en régimen de alquiler tradicional para la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía destinado a la red de Oficinas Comarcales Agrarias” (Expte. 2017/000054), convocado por la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, ente instrumental adscrito a la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 3 de junio de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio fue publicado el 29 de junio de 2017 en el Boletín Oficial del Estado núm.



154, el 9 de junio de 2017 en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 109 y el 5 de junio de 2017 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 368.000,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley (en adelante Real Decreto 817/2009) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Mediante Resolución, de 7 de septiembre de 2017, del órgano de contratación se adjudica el citado contrato a la entidad ALPHABET ESPAÑA FLEET MANAGEMENT, S.A. (en adelante ALPHABET). Dicha resolución de adjudicación fue remitida ese mismo día a todas las entidades licitadoras, indicándose en la misma que contra ella cabía, además del recurso especial en materia de contratación y del recurso contencioso-administrativo, el potestativo de reposición.

Posteriormente, el 29 de septiembre de 2017 se formaliza el contrato con la adjudicataria ALPHABET.

El 9 de octubre de 2017, tiene entrada en el Registro del órgano de contratación recurso potestativo de reposición contra la mencionada resolución de adjudicación, de 7 de septiembre de 2017, presentado por la entidad licitadora LEASEPLAN SERVICIOS, S.L..

El órgano de contratación, mediante Resolución, de 18 de octubre de 2017, declara la inadmisión del recurso de reposición interpuesto y acuerda, en primer lugar,



modificar la Resolución de adjudicación, de 7 de septiembre de 2017, en lo relativo al recurso procedente y, en segundo lugar, notificar la resolución y dar pie de recurso especial en materia de contratación a la entidad LEASEPLAN SERVICIOS, S.L.. Dicha notificación le fue remitida a la misma el 19 de octubre de 2017.

CUARTO. El 7 de noviembre de 2017, se presentó por la entidad LEASEPLAN SERVICIOS, S.L. (en adelante LEASEPLAN) en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación contra la citada Resolución de adjudicación, de 7 de septiembre de 2017, ya modificada por la de 18 de octubre de 2017. En el recurso se solicita además la suspensión del procedimiento de licitación.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 8 de noviembre de 2017, se solicita a LEASEPLAN que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la citada recurrente teniendo entrada en este Tribunal el 10 de noviembre de 2017.

SEXTO. Por la Secretaría de este Tribunal, el 8 de noviembre de 2017, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo, el expediente de contratación, las alegaciones en relación con la solicitud de mantenimiento de la suspensión instada por la recurrente y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, dándose cumplimiento a lo solicitado el 10 de noviembre de 2017.

SÉPTIMO. Con fecha 16 de noviembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado para ello.

OCTAVO. Mediante Resolución, de 20 de noviembre de 2017, este Tribunal acuerda mantener la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato



citada en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 de TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

El objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1. a) y 2. c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente*



a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”

Teniendo en cuenta que la resolución de adjudicación fue remitida a la ahora recurrente el 19 de octubre de 2017, al haberse interpuesto el recurso el 7 de noviembre de 2017 en el Registro de este Tribunal, el mismo se ha formulado dentro del plazo señalado para ello.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho.

La recurrente solicita que, previos los trámites oportunos, se estime el recurso interpuesto y se declare la nulidad o, en su caso, la anulabilidad de la resolución recurrida, con retroacción de las actuaciones para que se lleve a cabo una nueva valoración, conforme a las bases de la licitación debidamente publicadas y aprobadas, según lo expuesto en el cuerpo del recurso.

La recurrente fundamenta su alegato en una indebida aplicación por el órgano de contratación de la fórmula de valoración contenida en el criterio de adjudicación evaluable de forma automática “mejora en la tarifa por exceso de kilometraje”.

Así pues, con carácter previo al análisis de los alegatos del recurso, por razones metodológicas y con objeto de centrar los términos de la controversia, procede reproducir a continuación aquellas partes del expediente de contratación necesarias para la resolución del recurso.

Al respecto, el criterio de adjudicación evaluable de forma automática “mejora en la tarifa por exceso de kilometraje”, se recoge en el Anexo VII-A del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) con el siguiente tenor: *“Mejora en la tarifa por exceso de kilometraje: Se valorará con 5 puntos a la oferta que tenga la tarifa o € al exceso de kilometraje (lo que exceda de los 30.000 km por vehículo) que se exigen en el Pliego de*



Prescripciones Técnicas. Las demás ofertas presentadas se puntuarán en orden decreciente de forma proporcional mediante regla de tres inversa, calculando previamente una media en el caso de que el importe ofertado por exceso o defecto de kilometraje sea distinto según el tipo de vehículo.”

En el recurso, la recurrente, en síntesis, indica que la mesa de contratación ha resuelto la aplicación de la fórmula en el siguiente sentido: otorgar 5 puntos a las propuestas que han ofertado 0 euros, y para la valoración del resto de las ofertas aplicar la cuantía de 1 euro a la oferta más baja. Esta forma de proceder a su juicio, ha determinado que tanto su oferta, como la de otra empresa licitadora con tarifa 0 euros en el exceso de kilometraje, se les otorgue 5 puntos y que a la empresa adjudicataria que había ofertado una tarifa de 0,01978 euros por kilómetro de exceso haya obtenido una puntuación de 4,90718.

Sin embargo, a su juicio, aplicando la fórmula prevista en el pliego, la oferta de la adjudicataria en ese apartado debería de haber obtenido 0 puntos, por lo que habría correspondido la adjudicación a la oferta de su empresa, ocasionándole con ello un perjuicio con esta forma de proceder de la mesa de contratación.

Afirma que el resultado de la aplicación de la fórmula realizada por la mesa de contratación supone que la Administración se ha excedido al modificar y reajustar “de oficio” el criterio automático de valoración “sin ajustarse a derecho y sin encontrarse facultado para ello según las previsiones contenidas en los pliegos.

Seguidamente la recurrente después de citar determinados artículos del TRLCSP, jurisprudencia de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 482/2016, de 17 de junio, concluye que la necesidad de mantener la objetividad e imparcialidad de la mesa de contratación y, por ende, del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación, en aras de una mayor transparencia e igualdad de trato en la licitación, exige el escrupuloso respeto de los pliegos de cláusulas administrativas que constituyen la ley del contrato,



y no solo vinculará a las partes en el cumplimiento y ejecución del contrato, sino también al órgano de contratación en el desarrollo de la licitación, el cual habrá de sujetarse de forma estricta a lo establecido en aquellos. Por ello, añade, en el procedimiento de adjudicación, no podrán desvirtuarse o inaplicarse los criterios de adjudicación establecidos en el pliego, ni tampoco realizarse interpretaciones diferentes de las que resulten estrictamente de la aplicación de aquellos, y con el mismo rigor debe exigirse el escrupuloso respeto al orden de los distintos trámites del procedimiento, en particular por lo que respecta a los trámites de valoración de los criterios de adjudicación, cuyo orden no podrá ser alterado, sin incurrir en causa de nulidad del procedimiento.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala, en síntesis, que la cuestión objeto de controversia es si ha sido conforme a derecho la aplicación por parte de la mesa de la fórmula matemática prevista en el pliego. En este sentido, indica que la entidad recurrente realiza una interpretación interesada del criterio de adjudicación con el fin de alterar el resultado de la licitación. A su juicio, no se infiere de la literalidad del PCAP que la aplicación de la fórmula establecida haya de hacerse como aquella afirma, pues la aplicación de cualquier fórmula para que sea correcta siempre tiene que conllevar a un mismo resultado: que la oferta económica más baja obtenga la máxima puntuación, distribuyéndose los puntos de las restantes ofertas dentro del rango que la propia fórmula establezca.

Indica el órgano de contratación que para la valoración relativa al apartado sobre la mejora en la tarifa por exceso o defecto de kilometraje, y para que sea viable la aplicación de la fórmula, se ha puntuado la oferta, considerando por cuantía de 1 euro la más baja y el resto de forma proporcional en base a este criterio; de esta forma se evita el valor nulo en el cálculo y permite otorgar la puntuación correspondiente al resto de proveedores.

Concluye el órgano de contratación que de admitirse el argumento de la recurrente, si alguno de las entidades licitadoras hubieran ofertado otra cantidad distinta de o pero mayor a la ofertada por la empresa adjudicataria, implicaría darle la misma



puntuación (es decir 0 puntos) a dos importes diferentes, lo cual va en contra de los principios de igualdad y no discriminación aplicables a las empresas licitadoras y candidatas y del principio de transparencia.

SEXTO. Vistas la alegaciones de las partes, procede analizar el fondo de la controversia. Al respecto, la cuestión a dilucidar es si ha sido o no correcta la actuación de la mesa de contratación, al aplicar la fórmula matemática prevista en el criterio de adjudicación evaluable de forma automática “mejora en la tarifa por exceso de kilometraje”, recogida en el Anexo VII-A del PCAP.

Como se ha expuesto en el fundamento anterior, el citado Anexo VII-A del PCAP describe la forma de valorar dicho criterio. Su tenor es el siguiente: *“Mejora en la tarifa por exceso de kilometraje: Se valorará con 5 puntos a la oferta que tenga la tarifa o € al exceso de kilometraje (lo que exceda de los 30.000 km por vehículo) que se exigen en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Las demás ofertas presentadas se puntuarán en orden decreciente de forma proporcional mediante regla de tres inversa (...).”*

En cuanto a la naturaleza jurídica de los pliegos que rigen el procedimiento de licitación, este Tribunal ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 77/2015, de 24 de febrero, 120/2015, de 25 de marzo, 75/2016, de 6 de abril, 221/2016, de 16 de septiembre y 45/2017, de 2 de marzo, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes.

En este sentido, cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras, 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 las licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su reciente Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *“Por otro lado, si la EUIPO (entidad contratante) no se hubiera*



atenido 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 (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)”.

En el supuesto examinado la fórmula elegida para valorar el criterio de adjudicación evaluable de forma automática “mejora en la tarifa por exceso de kilometraje”, implica atribuir la máxima puntuación (5 puntos) a la proposición que oferte cero euros (sin necesidad de aplicar fórmula alguna), puntuándose las demás ofertas en orden decreciente de forma proporcional mediante regla de tres inversa. Lo anterior supone que si alguna entidad licitadora oferta 0 euros, como de hecho ha ocurrido, además de obtener la máxima puntuación en ese criterio, determina que a aquellas otras empresas que no hayan ofertado 0 euros se le atribuyan 0 puntos, como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de 0 euros.

Sin embargo, no por ello la fórmula, tal como se recoge en el PCAP, se convierte en inviable como pretende el órgano de contratación, únicamente conduce a puntuar de forma proporcional con cero puntos todas aquellas proposiciones que no oferten cero euros respecto a la mejora en la tarifa por exceso de kilometraje.

En efecto, el hecho de que la valoración del criterio automático de mejora en la tarifa por exceso de kilometraje dé lugar a que las proposiciones que no hayan ofertado 0 euros se puntúen con 0 puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de



proporcionalidad, pero que lo vincula, autolimitándolo en el ejercicio de su facultad de apreciación, impidiéndole apartarse de las condiciones que el mismo ha definido.

En este mismo sentido, se ha pronunciado recientemente este Tribunal ante un supuesto parecido, en la Resolución 250/2017, de 21 de noviembre, en el que al igual que en el presente supuesto, la aplicación de la fórmula establecida para la valoración de un criterio evaluable de forma automática, suponía que si alguna entidad licitadora ofertaba 0 euros, determinaba que a aquellas otras empresas que hubiesen ofertado otro importe se les atribuyeran 0 puntos.

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en supuesto similares, se ha pronunciado en el mismo sentido, así en su Resolución 2/2012, de 5 de enero, en la que disponía que *“El sistema elegido para valorar las ofertas económicas implica atribuir la máxima puntuación establecida para cada precio y/o comisión al que ofrezca el menor precio y/o la menor comisión (sin necesidad de aplicar la fórmula), atribuyéndose al resto de ofertas la puntuación resultante de aplicar la fórmula- que proporcionalmente corresponda en relación con la máxima puntuación y precio y/o comisión mínima. Es verdad que si un licitador ofrece cero para un determinado precio y/o comisión, aparte de obtener la máxima puntuación para ese concepto valorable, determinará para el resto de licitadores la atribución de cero puntos en relación con dicho concepto como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de la menor; pero ello no convierte en inaplicable la fórmula, tal como pretende el órgano de contratación. Simplemente, conduce a puntuar (proporcionalmente) con cero puntos todas las ofertas que difieran de la que incorpora el valor cero con respecto al precio y/o comisión de que se trate.”*

También, el citado Tribunal en ese sentido, ha dispuesto en la Resolución 482/2016, de 17 de junio, que *“El hecho de que la valoración en el subapartado impugnado dé lugar a que las restantes ofertas se puntúen con prácticamente 0 puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. No*



obstante, los pliegos no fueron discutidos por ninguno de los licitadores, que aceptaron expresamente su validez y por tanto no puede dar lugar en ningún caso a la modificación de la fórmula.”

No puede, por tanto, admitirse la actuación de la mesa de contratación al aplicar la fórmula de valoración del criterio evaluable de forma automática de mejora en la tarifa por exceso de kilometraje, pues la ficción jurídica que hace de sustituir el valor 0 de dos de las ofertas por el valor 1 para, según su juicio, evitar el valor nulo en el cálculo de la puntuación del resto de entidades licitadoras -en este caso la adjudicataria-, o bien supone un incumplimiento claro y manifiesto de lo dispuesto en el PCAP o bien una modificación de la proposición de las licitadoras que ofertaron cero euros a la hora de aplicar la fórmula, cuestiones ambas que infringen el ordenamiento jurídico contractual y, en particular, los principios de seguridad jurídica, de no discriminación e igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 150 del TRLCSP, los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas permiten al órgano de contratación llegar a un resultado automático, mediante la aplicación de la misma fórmula a todas las ofertas presentadas, de tal suerte que no queda margen de discrecionalidad alguna ni posibilidad de valorarlas subjetivamente.

En definitiva, la mesa y, por ende, el órgano de contratación debieron aplicar la fórmula para la valoración del criterio evaluable de forma automática de mejora en la tarifa por exceso de kilometraje, de la forma establecida en los pliegos a todas las entidades licitadoras, y ello aun cuando supusiese que si alguna entidad licitadora ofertaba cero euros, además de obtener la máxima puntuación en ese criterio, determinaría que a aquellas otras empresas que no hayan ofertado cero euros se le atribuyese cero puntos, pues como se ha expuesto lo pliegos son la ley del contrato y vinculan no solo a las entidades licitadoras sino también a los poderes adjudicadores que están obligados a respetarlos.



A mayor abundamiento, ha de ponerse de manifiesto que la fórmula de valoración del citado criterio evaluable de forma automática de mejora en la tarifa por exceso de kilometraje, estaba prevista en los pliegos de forma clara y concreta, de tal forma que tanto el órgano de contratación como cualquier entidad licitadora, razonablemente informados y normalmente diligentes, deberían haber comprendido las consecuencias de la aplicación de dicha fórmula, pues la misma resulta apreciable tras su mera lectura, sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas.

En consecuencia, en base a la consideraciones expuestas, procede estimar el recurso interpuesto.

La corrección de la infracción legal cometida ha de llevarse a cabo anulando la Resolución, de 7 de septiembre de 2017, de adjudicación del presente contrato, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado, para que se proceda a una nueva valoración del criterio evaluable de forma automática de mejora en la tarifa por exceso de kilometraje, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, conforme a lo manifiesto en el presente fundamento de derecho, con continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación del contrato.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LEASEPLAN SERVICIOS, S.A.** contra la Resolución, de 7 de septiembre de 2017, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de vehículos en régimen de alquiler tradicional para la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía destinado a la red de Oficinas Comarcales Agrarias” (Expte. 2017/000054), convocado por la Agencia de Gestión



Agraria y Pesquera de Andalucía, ente instrumental adscrito a la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal en Resolución, de 20 de noviembre de 2017.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

