

**TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

**RECURSO Nº.- 22/2019**

**RESOLUCIÓN Nº.- 23/2019**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, 1 de julio de 2019.

Visto el recurso especial en materia de contratación del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), interpuesto por R.S.D.M., en nombre y representación de la mercantil MERSANT VIGILANCIA, S.L., contra el acuerdo de la Junta del Consejo de Gobierno del Instituto Municipal de Deportes de Sevilla, de fecha 6 de junio de 2019, por el que se excluye su oferta y se adjudica el contrato de **“SERVICIO DE VIGILANCIA, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD VIAL EN LAS SEDES Y ACTIVIDADES DEL IMD, MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD Y ASESORAMIENTO SOBRE EMPLAZAMIENTO DE DISPOSITIVOS PARA LOS EJERCICIOS 2019 Y 2020”**, Expte. 2018/001708 tramitado por el Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla (en adelante IMD), este Tribunal adopta la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de enero de 2019 se remite al DOUE anuncio de licitación del contrato de **“SERVICIO DE VIGILANCIA, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD VIAL EN LAS SEDES Y ACTIVIDADES DEL IMD, MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD Y ASESORAMIENTO SOBRE EMPLAZAMIENTO DE DISPOSITIVOS PARA LOS EJERCICIOS 2019 Y 2020”**, Expte. 2018/001708, con un valor estimado de 5.316.366,02 €, tramitándose mediante procedimiento abierto, con múltiples criterios de adjudicación.

La licitación se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público, junto con los Pliegos y Anexos correspondientes, el día 31 de enero.

**SEGUNDO.-** La Mesa de contratación del IMD, con fecha 15 de marzo de 2019, adopta acuerdo de admisión de todos los licitadores concurrentes, procediendo a la apertura del Sobre número Dos, en el que se contiene la documentación acreditativa de los criterios sujetos a juicio de valor, y remitiendo ésta a los servicios técnicos correspondientes, para su análisis, valoración e informe. Consta en acta la asistencia de representantes de las empresas SECURITY WORLD, S.A., y CLECE SEGURIDAD, S.A.U. El acta de sesión se publica en la plataforma de Contratación con fecha 19 de marzo.

En la sesión celebrada el 4 de abril, la Mesa, tras la lectura y asunción del informe técnico emitido, proclama el resultado de éste, procediendo a la apertura del Sobre número Tres, en el que se contiene la documentación acreditativa de los criterios susceptible de valoración automática, y remitiendo ésta a los servicios técnicos correspondientes para su análisis, valoración e informe. Consta en el acta la asistencia a la sesión de *“Representantes de las empresas Clece Seguridad, Security-World y Mersant Vigilancia”*. El acta de sesión se publica en la plataforma de Contratación con fecha 8 de abril.

Emitido el informe, la Mesa toma conocimiento del mismo en sesión celebrada el día 12 de abril. Consta en acta la asistencia de representantes de las empresas Mersant Vigilancia, Clece Seguridad y Security World. Constatada la incursión en anormalidad de la mercantil Mersant, se procede en consecuencia, acordándose en la sesión:

**“PRIMERO.-** Requerir formalmente a la empresa para que en el plazo de 7 días hábiles justifique su oferta de 22,53 € para «rondas dinámicas y acuda» en los términos exigidos en el anexo del PCAP de este contrato. Requerimiento que se lleva a efecto y se notifica en el acto a las dos personas que en nombre de Mersant Vigilancia, S.L., participan en este acto.

**SEGUNDO.-** Posponer la clasificación y propuesta de adjudicación a la finalización del trámite del artículo 149 LCSP.”

El acta de sesión se publica en la plataforma de Contratación con fecha 16 de abril.

La Mesa se reúne nuevamente con fecha 2 de junio, tras el requerimiento, justificación, análisis y valoración técnica de la misma, estando presentes, según consta en acta, representantes de las empresas Security World y Mersant Vigilancia, concluyendo, a la vista del informe técnico, la no suficiencia de la justificación presentada por el licitador. En consecuencia, la Mesa acuerda:

**“PRIMERO.-** Proponer la exclusión de la oferta presentada por la empresa Mersant Vigilancia, S.L., no haber sido suficientemente justificados los valores anormales que se incluyen en la misma.

**SEGUNDO.-** Clasificar las ofertas admitidas por orden decreciente, con el siguiente resultado:

- 1.- UTE SECURITY WORLD, S.A. – INGLOBA, S.A. – BSS, S.L.: 93,70 puntos
- 2.- CLECE SEGURIDAD, S.A.: 93,54 puntos
- 3.- GSI PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD Y SISTEMAS, S.A.: 82,75 puntos

**TERCERO.-** Proponer la adjudicación del contrato a favor de la UTE SECURITY WORLD, S.A. – INGLOBA, S.A. – BSS, S.L. en la cantidad de 2.631.802,73 € (IVA EXCLUIDO), Importe 21% IVA 552.678,58 €, TOTAL IVA INCLUIDO 3.184.481,31 €.”

El acta de sesión se publica en la plataforma de Contratación con fecha 9 de junio, en esa misma fecha se publica el Informe Técnico sobre justificación de anormalidad.

El Consejo de Gobierno del IMD, en sesión celebrada el 6 de junio de 2019, asume la propuesta de la Mesa, adoptando los correspondientes acuerdos de exclusión, clasificación y adjudicación. El referido acuerdo se notifica al recurrente con fecha 7 de junio, constando su recepción con fecha 14 de junio. La publicación de la adjudicación en la Plataforma de Contratación se efectúa ese mismo día 14.

**TERCERO.-** Con fecha 11 de junio de 2019, la mercantil CLECE SEGURIDAD, S.A.U., interpone, en el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, registro de este Tribunal,

recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación del contrato de "SERVICIO DE VIGILANCIA, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD VIAL EN LAS SEDES Y ACTIVIDADES DEL IMD, MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD Y ASESORAMIENTO SOBRE EMPLAZAMIENTO DE DISPOSITIVOS PARA LOS EJERCICIOS 2019 Y 2020». El citado recurso, que viene a plantear, en esencia, la disconformidad del recurrente con la valoración del criterio 4.5 sujeto a juicio de valor, ha sido objeto de la Resolución 22/2019 de este Tribunal, por la que se desestima el mismo.

**CUARTO.-** Con fecha 14 de junio de 2019, la mercantil MERSANT VIGILANCIA, S.L., presenta, en el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 6 de junio de 2019, relativo al referido contrato de "SERVICIO DE VIGILANCIA, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD VIAL EN LAS SEDES Y ACTIVIDADES DEL IMD, MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD Y ASESORAMIENTO SOBRE EMPLAZAMIENTO DE DISPOSITIVOS PARA LOS EJERCICIOS 2019 Y 2020».

Recibido el escrito, este Tribunal, el mismo día 14, comunica a la unidad tramitadora del expediente, la interposición del recurso, solicitando a ésta la remisión del expediente e informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP.

La documentación remitida por parte de la citada unidad, tiene entrada en este Tribunal el 25 de junio del presente, oponiéndose al recurso formulado y manifestando el traslado de éste a los interesados el pasado día 18, a fin de que puedan efectuar alegaciones. Consta recepción por la mercantil Security World, con fecha 19 de junio.

A la fecha de la presente Resolución, no consta la presentación de alegación alguna.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla, de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En relación a la legitimidad, de conformidad con el art. 48 de la LCSP, la recurrente, se encuentra legitimada.

Por lo que respecta al ámbito objetivo del recurso, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 del TRLCSP establece que:

"1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a

los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y **servicios**, que tenga un valor estimado **superior a cien mil euros**.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...)”

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la **admisión o exclusión de ofertas**, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los **acuerdos de adjudicación**.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme a los transcritos art. 44.1, y el 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir.

En cuanto al plazo de interposición, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, concretamente, dicho plazo se computará:

c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.

Siendo varias y distintas las causas y actuaciones objeto de impugnación planteadas en el recurso, habrán de tenerse en cuenta el cumplimiento de los plazos distintos establecidos en la norma. En efecto, el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación, si bien el acto impugnado sustantivamente es la exclusión, acordada por la Mesa en sesión de 2 de mayo de 2019 si bien se alega, asimismo, el error en la

puntuación asignada, considerando que no se ajusta a lo recogido en pliegos y manifestando la existencia de errores en la transcripción de la fórmula de valoración.

Tratándose de actos de trámite cualificados, el plazo de interposición comienza a contar desde que se tenga conocimiento de la posible infracción. El artículo 19.3 del RPER señala que, si la exclusión se notifica antes de la adjudicación, el plazo para recurrir comienza a contar desde la recepción de la notificación. Si la exclusión se comunica con la adjudicación (artículo 151 LCSP), como el acto formalmente impugnado será la adjudicación, el plazo para recurrir la exclusión contará desde la notificación. Finalmente, hemos de referirnos a la previsión del artículo 19.5 del RPER. El apartado viene a consagrar a nivel reglamentario el criterio asentado por los Tribunales de recursos contractuales. En tal sentido, si el acto notificado cumple los requisitos del artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, deberá impugnarse en los plazos del artículo 44.2 del TRLCSP, y ello aun cuando el acto impugnado carezca de motivación, sin perjuicio de que el recurso pueda fundarse en esta circunstancia. En cambio, si la notificación de la exclusión o de la adjudicación contraviene lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el plazo para recurrir comienza desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.

En este sentido se pronunciaba recientemente el Tribunal de Recursos de Andalucía, Resolución 9/2019, señalando que *"no consta en el expediente de contratación que la exclusión fuera notificada fehacientemente a la recurrente, por lo que la fecha inicial para el cómputo del plazo de impugnación será aquella en que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1 c) de la LCSP "Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción" y además realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso [artículos 19.5 del RPER y 40.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas]* (...).

*No obstante lo expuesto, al no existir una notificación fehaciente del acuerdo de exclusión de la oferta de CARESTREAM -a lo que tampoco obliga nuestra legislación contractual-, dicho acuerdo no adquirió firmeza aun cuando fuese conocido por la entidad licitadora, siendo susceptible de impugnación tras su notificación con la propia resolución de adjudicación en los términos previstos en el artículo 151.2 de la LCSP."*

Esta es, en efecto, la doctrina mantenida de manera prácticamente uniforme y recogida en nuestras Resoluciones 29/2017 o las números 1 y 2 de 2018, entre otras. Como señalábamos en estas últimas:

*"1º-El acto administrativo por el que se excluye a un licitador de un procedimiento de contratación pública resulta ser un acto de trámite de naturaleza cualificada, pudiendo ser impugnado tanto de forma autónoma como en el momento de la adjudicación.*

*2º-El Organo de Contratación no está obligado a comunicar dicha exclusión con carácter previo a la adjudicación, aunque ello no obsta para que emita dicha comunicación, reseñando las causas de tal decisión y los recursos que frente a la misma caben.*

*Una prueba de la realidad jurídica de tales consideraciones la encontramos, por ejemplo, en la resolución 89/2015 de 9 de septiembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.*

*En la práctica existen dos posibilidades de recurso: frente al acto de exclusión, como acto de trámite cualificado, y frente al acto de adjudicación. Pero ambas posibilidades no son acumulativas sino de carácter subsidiario, a fin de impedir una doble acción. Esta es la postura unánime de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales (entre otras, resolución 50*

y 107/2013 del Tribunal Central de Recursos Contractuales y resoluciones 77 y 100/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

*Tal como se recoge en los acuerdos 3 y 4 de 2015 del Tribunal de Recursos de Aragón, dos son las opciones que se le presentan al órgano de contratación en un supuesto como el que se analiza. Bien notificar a todos los licitadores de manera simultánea (tanto al adjudicatario como al resto de licitadores, admitidos y excluidos) la adjudicación; bien notificar con carácter previo a la exclusión a aquellos para los que la misma pone fin al procedimiento de contratación. Este Tribunal, al igual que otros muchos, considera que si bien la comunicación de los acuerdos de exclusión no resulta obligada por el TRLCSP, son actos de trámite que impiden la continuación en el procedimiento, motivo por el que la Ley permite su impugnación separada, por lo que resulta necesario notificar y explicar los motivos de la exclusión para evitar indefensión, y que la posibilidad de recurso sea real y no meramente formal.*

*Por ello, por razones de seguridad jurídica, eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos de contratación, es aconsejable la notificación de la exclusión en el momento que se produzca sin necesidad de esperar a la adjudicación del contrato. Es por tanto, aconsejable pero no exigible legalmente pues no existe un precepto que exija esta notificación independiente, y únicamente el art. 151.4 del TRLCSP exige que la notificación de la adjudicación se practique a los licitadores afectados, debiendo contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, comunicando a los licitadores excluidos cuales son las razones por las que no se ha admitido su oferta, y porque siempre se podía interponer recurso contra la adjudicación.*

*En el caso que nos ocupa, y en consideración a la falta de notificación expresa en el momento procesal oportuno del acto de exclusión, y a que la misma se produce con motivo de la inviabilidad de la oferta, procede admitir y analizar los motivos del recurso entrando en el fondo del mismo."*

**TERCERO.-** Entrando ya en el fondo del asunto, el análisis del escrito de interposición, viene a plantear, en esencia, las siguientes cuestiones:

- 1.- La exclusión de la oferta carece de fundamento
- 2.- La clasificación realizada es errónea, ya que la puntuación otorgada no se ajusta a lo recogido en los Pliegos, entendiéndose que existe un error en la transcripción de la fórmula, no siendo coherente ésta con la literalidad contenida en el Pliego.

En consecuencia solicita la anulación del acuerdo de exclusión, la declaración de incorrección de la valoración efectuada, y la adjudicación del contrato en su favor, por entender que les hubiera correspondido obtener la máxima puntuación.

Las alusiones contenidas en el escrito en relación al criterio de adjudicación que más peso tiene, la Oferta Económica, teniendo en cuenta, además, su naturaleza de criterio de aplicación automática y las eventuales consecuencias que de su incoherencia y falta de claridad podrían deducirse, determinan la oportunidad y conveniencia de analizar en primer lugar las cuestiones relativas al mismo.

**CUARTO.-** La Cláusula 4 del Anexo al PCAP, establece los siguientes criterios de adjudicación:

4.1.- OFERTA ECONOMICA (Máximo 45 puntos).

**«4.1.- OFERTA ECONÓMICA (Máximo 45 puntos). SOBRE Nº 3.**

Se asignará un máximo de 45 puntos distribuidos según los siguientes criterios:

1.1.- Oferta que proponga una mejor baja económica (mejor precio/hora) sobre el precio unitario sin IVA del servicio en la categoría de **Servicio Vigilante Seguridad sin Arma**, se otorgará un máximo de **37,82 puntos**.

1.2.- Oferta que proponga una mejor baja económica (mejor precio/ hora) sobre el precio unitario sin IVA del servicio en la categoría de **Rondas Dinámicas y Acuda**, se otorgará un máximo de **7,18 puntos**.

**La mejor oferta obtendrán la mayor puntuación el resto de oferta se valoraran de manera proporcional con arreglo a la siguiente formula:**

**Puntuación= Puntuación máxima del criterio X El importe de la baja de la mejor oferta (A) / El importe de la baja de la oferta que se valora (B).**

$$P= Pm \times A/B$$

**Aquellas oferta que no realicen mejora sobre el importe de licitación se puntuaran con 0 puntos».**

Considera el recurrente que de la literalidad de la descripción de deriva que “ *debiendo obtener mayor valoración la mejor oferta en relación con la baja respecto del precio de licitación, la fórmula se encuentra transcrita al revés, debiendo poner en su lugar:*

*Puntuación= Puntuación máxima del criterio X El importe de la baja de la oferta que se valora (B) / El importe de la baja de la mejor oferta (A)*

$$P= Pm \times B/A$$

Señala, asimismo que “ *existe un procedimiento de rectificación de errores, iniciado a instancia de parte el pasado 30 de abril de 2019, para corregir dos errores materiales que contenían los pliegos, sin que hasta la fecha se haya tenido conocimiento de la rectificación ni de la resolución del mismo. En concreto se solicitaba la rectificación de la fórmula descrita...*”

Sobre tales consideraciones, el recurrente aclara que no solicita la nulidad de los Pliegos, sino la rectificación de los mismos y, en consecuencia, la que por él se considera correcta aplicación de la fórmula de valoración.

El centro gestor, por su parte, defiende que “ *Parece incuestionable, porque así se expresa literalmente de forma reiterada («mejor baja económica», «importe de la baja»...), que el PCAP establecía que la valoración automática se hiciera sobre la «baja económica» y no sobre el «precio ofertado. Esto es, aplicado al caso, si el precio de licitación de los dos servicios («Servicio Vigilante Seguridad sin Arma» y «Rondas Dinámicas y Acuda») es de 18,96 € y 36,55 €, respectivamente; para una oferta, como la de la recurrente, que ofrecía los precios respectivos de 16,52 € y 22,53 €, habría de introducirse como parámetros en la fórmula de aplicación no esos precios concretos, sino sus correspondientes bajas de los precios de la licitación, o sea, 2,44 € (18,96 € - 16,52 €) y 14,02 € (36,55 € - 22,53 €).*

Así mismo, añade que “ *Como dice con acierto la recurrente, en la expresión de la fórmula se ha introducido un «error material» porque el dividendo debió ser el divisor, y viceversa. El error es claramente material, pues de la lectura del anexo del PCAP, y sin ninguna disquisición jurídica, se deduce inobjetablemente que la voluntad de la Administración era la de valorar la «baja económica», y que se erró simplemente en la colocación de los operadores de la división, por lo que procede su corrección en los términos previstos en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, como nos recuerda la propia recurrente con la cita de la Resolución nº 189/2012 del TACRC.*”

No obstante, a renglón seguido, manifiesta que “ *En el informe técnico de 8 de abril de 2019 se aplicó incorrectamente la fórmula del pliego, pues utilizó el «precio ofrecido» y no «la baja económica».*”

En efecto, a la vista del Pliego y de las manifestaciones efectuadas por las partes, hemos de concluir:

- 1.- La descripción literal del criterio utiliza ambas terminologías, “oferta” y “baja económica”.
- 2.- La fórmula transcrita es una fórmula de proporcionalidad **inversa**, que otorga más puntos a la **oferta** de menor cuantía.-  $P = P_m \times A/B$ .
- 3.- La descripción de las variables que integran la fórmula matemática transcrita, no alude a la oferta, sino al “**importe de la baja de la mejor oferta**”, siendo en tales casos una fórmula de proporcionalidad **directa** la aplicable, determinando la atribución de más puntos a la **bajada** más alta.

**QUINTO.-** Como es sabido, y es doctrina consolidada de este Tribunal, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación. En este sentido se manifiestan tanto la normativa, como la jurisprudencia y la doctrina de los órganos de resolución de recursos en materia contractual.

Los pliegos deben considerarse como la ley del contrato, a la que han de ajustarse no sólo los licitadores al formular sus proposiciones, sino también los órganos de contratación al seleccionar las ofertas económicamente más ventajosas. De manera muy especial además, el principio de transparencia exige que los criterios de selección de las proposiciones sean conocidos por los licitadores desde antes de presentarlas. De acuerdo con ello, el artículo 145.5 de la LCSP dispone que “*Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación*”, de lo que hay que concluir que no pueden utilizarse en la valoración de las ofertas criterios o fórmulas distintas de las que figuren en los pliegos.

De acuerdo con una reiteradísima jurisprudencia –SSTS de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 y de 13 de mayo de 1982-, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades y en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil (C.C.) sobre interpretación de los contratos, cuyo artículo 1288 preceptúa que “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”».

El artículo 1.281 del C.C. establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982). La Sentencia de la Sección 4ª, 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. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”. (En este sentido, resoluciones 13/15, o 153/2013 del Tribunal Central)

Como señalaba en su Acuerdo 60/18, el Tribunal de Aragón, “*cabe recordar lo que viene manteniendo el TACRC desde su citada Resolución 906/2014: «(...) Lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el Pliego la fórmula elegida, que ésta atribuya una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara y que se guarde la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias. Fuera de estos principios elementales, el órgano de contratación cuenta con un margen de libertad para decantarse por una u otra fórmula, para optar por una regla de absoluta proporcionalidad o, por el contrario, introducir modulaciones en ella que no sean arbitrarias ni carentes de lógica o, en fin, distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica. A fin de cuentas, si la entidad adjudicadora puede elegir la ponderación atribuida a cada criterio de adjudicación (cfr.: artículo 150.4 TRLCSP y Sentencia del TJCE, Sala Sexta, 4 de diciembre de 2003 –asunto C-448/01–), no parece posible negarle la libertad de elegir la fórmula de distribución de los puntos».*”

La actual Ley de Contratos, se refiere a los criterios de adjudicación y su aplicación en los art. 145 y 146, determinando en el 145.5 que los mismos **se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio** que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación.

En efecto, y como reiteradamente viene señalando tanto la jurisprudencia como la doctrina de los órganos encargados de la resolución de recursos, toda regla de adjudicación y ponderación debe ser publicada y conocida con carácter previo por los licitadores, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la admisión de concreción de subcriterios y de ponderación, contenida en entre otras, en las Sentencias de 24 de noviembre de 2005 (asunto C-331/04–ATI EAC y Viaggi di Maio), y de 20 de diciembre de 2017, (asunto C-677/15–EUIPO), y ello por imperativo de los principios de igualdad de trato y no discriminación –que van unidos inexorablemente a su corolario, el de transparencia–, que han de regir toda licitación pública y cuyo fin último es garantizar que no existe ningún riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador.

En concreto, la STJUE de 14 de septiembre 2017, asunto Casertana Consttuzioni Srl y Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, (C-223/16), ha afirmado que: «34. Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de

condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 61 y jurisprudencia citada, y sentencia de 4 mayo de 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, apartado 36)».

El principio de igualdad de trato implica, por tanto, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera (STJUE de 16 de septiembre de 2013). Por ello, como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis), una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Y ello porque se quiebra el fundamento del principio de transparencia, que obedece a la finalidad de que los licitadores puedan tener una correcta estrategia a la hora de presentar sus ofertas ( Aragón, Acuerdo 18/2016).

En la misma línea, las ST 228/2016, TSJ MADRID, STS de 16 de febrero de 2010, reiterando lo declarado en la STS de 17 de octubre de 2007, destacan igualmente que entre los principios esenciales que rigen la contratación, está el de igualdad de acceso y, por tanto, el procedimiento de contratación tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de licitación: el principio de publicidad, el principio de la libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades, destacando que el principio de igualdad de trato en materia de contratación administrativa comporta una obligación de transparencia tal, que exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores o criterios que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (véase STJUE de 24 de enero de 2008, cuestión prejudicial planteada por Grecia, Emm. G. Lianakis AE, C-532/06).

También el Tribunal Central de Recursos Contractuales, Resolución nº 983/2015, Resolución nº 207/2013, en el caso de insuficiente concreción en los pliegos de los criterios a aplicar y en la no fijación de reglas de ponderación, que originan arbitrariedad, señalaba que *“ Ante supuestos similares, en numerosas resoluciones de este Tribunal se ha declarado la improcedencia de la aplicación de ese tipo de cláusulas. Como referencia, en la Resolución 69/2012, de 21 de marzo, con apoyo doctrinal, entre otras, en la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, se concluía que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho “... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta”. Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente las mejoras a considerar y las pautas para su valoración, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1. Como también señalábamos en nuestra resolución 65/2013, de 6 de febrero, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. “*

En el mismo sentido, se manifiesta el Tribunal de Aragón, Acuerdo 60/18 antes citado,

Andalucía, Resolución 9/2019, manifestando que la oscuridad o ambigüedad de los pliegos no puede perjudicar a los licitadores, debiendo evitarse exclusiones indeseadas con base en unos pliegos que adolecen de claridad y precisión y han podido llevar a la confusión padecida, Resolución 128/2015, de 7 de abril, que anuló el acuerdo de exclusión de una oferta señalando que «(...) las cláusulas de los pliegos deben ser claras y precisas y no deben generar confusión a los licitadores a la hora de formular sus ofertas, conculcando el principio de concurrencia consagrado en similares términos en el artículo 1 del anterior TRLCSP y de la actual Ley de Contratos.

Consideramos, en consecuencia, que si el órgano de contratación pretendía que el parámetro a tener en cuenta para la valoración debía ser el importe de la baja, debió indicarlo claramente en el Pliego, de manera que no ofreciera lugar a dudas. Al no haberlo hecho así, una redacción confusa u oscura no puede perjudicar a los licitadores, máxime tratándose de un criterio automático, aplicable mediante fórmula, el cual, en esencia, no debe admitir interpretación alguna.

En efecto, el resultado de una fórmula matemática no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema.” En supuestos similares, en los que se ha apreciado incoherencia, ambigüedad o falta de claridad a la hora de aplicar criterios automáticos, la doctrina seguida por los tribunales ha sido la de declarar la nulidad del criterio en cuestión, en aras a los principios de igualdad, transparencia y seguridad jurídica.

A título ejemplificativo, pueden traerse a colación las Resoluciones del Órgano Administrativo de Resolución de Recursos de Euskadi, Resolución 70/2014, “... la fórmula consignada en el PCAP no se halla inequívocamente expresada en términos matemáticos, siendo claro que no se ha cumplido el requisito legal para considerar que estamos ante un criterio no sujeto a discrecionalidad, pues la interpretación del texto no es unívoca y habilita al órgano de contratación a utilizar varias expresiones matemáticas basadas en la descripción, ambigua y poco exacta, que se realiza en el PCAP.

*La introducción de un margen de apreciación (el que permite elegir una u otra fórmula) en un criterio definido como no sujeto a juicio de valor conlleva la nulidad del criterio por infracción del principio de igualdad, ya que se abre la posibilidad de un trato discriminatorio (artículos 62.1 a) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y 32 a) del TRLCSP”, o la número 65/2014, que destaca que tratándose de criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos “ Su característica principal es la ausencia total de apreciación subjetiva en su aplicación a la valoración de las ofertas; dicho de otro modo, la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula matemática (...) Consecuentemente, no cabe otra posibilidad, en el caso analizado, que la pura y simple aplicación en sus propios términos de la fórmula establecida en los Pliegos. (...) se trata de una cuestión que, por los motivos expuestos, no está sujeta a interpretación. En el mismo sentido, en su Resolución 138/2015 recuerda su doctrina sobre este tipo de criterios ( Resoluciones 65/2014, 70/2014, 97/2014, 39/2015 y 76/2015, estableciendo que su característica principal es la ausencia total en ellos de discrecionalidad o aplicación subjetiva, sin que quepa interpretación alguna sobre su alcance, sino solo la pura y simple aplicación de la fórmula expresada en los pliegos, sin que quepa discrecionalidad alguna en la aplicación de los criterios automáticos, “ por lo que no es válido, como pretende el poder adjudicador, que la opción de aplicación de la fórmula elegida al recurrente es la más correcta, pues no existe tal capacidad de elección”*

En el supuesto que venimos examinando y, conjugando los criterios interpretativos expuestos, existe por una parte oscuridad o cuanto menos ambigüedad en las cláusulas del pliego a las que se ha venido haciendo referencia, se da la circunstancia de que la ambigüedad de las cláusulas, ocasionada por la redacción del Pliego aprobada por el órgano de contratación del Ayuntamiento, no puede resolverse mediante una interpretación literal de las mismas y, por tanto, requiere una interpretación que, en primer término y paradójicamente, corresponde efectuar al mismo órgano de contratación del Ayuntamiento, para lo que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta debe tener en cuenta lo que en relación con la interpretación de los contratos establece el Código Civil, en sus artículos 1281 y siguientes. A modo de resumen, destacan dos principios básicos para interpretarlas dudas surgidas:

- a) La prevalencia de la intención de los contratantes, apreciada por sus actos coetáneos o posteriores.
- b) El respeto a los intereses recíprocos de las partes, sin que la interpretación de las cláusulas confusas favorezca a quien originó la confusión –el Ayuntamiento– en detrimento de la otra parte.

A la vista de lo expuesto y teniendo en cuenta la dicción literal de la descripción del criterio y la fórmula consignada en el Pliego, hemos, efectivamente de concluir que existe discordancia, sin que quepa interpretación, pues otra cosa ocasionaría situaciones de indefensión a los licitadores que deben conocer desde el inicio, cómo va a ser valorada su oferta, en aplicación del principio de transparencia. Si bien es cierto que el órgano de contratación manifiesta en su informe que “Parece incuestionable, porque así se expresa literalmente de forma reiterada («mejor baja económica», «importe de la baja»...), que el PCAP establecía que la valoración automática se hiciera sobre la «baja económica» y no sobre el «precio ofertado», no lo es menos que los propios técnicos municipales han aplicado una fórmula que tiene en cuenta no la baja, sino la oferta, de lo que podemos concluir que si lo consignado en Pliegos ha generado indeterminación para la propia Administración autora del Pliego, no puede esperarse que no la origine en los eventuales licitadores ajenos a ésta.

**SEXTO.-** Por lo que respecta a las consecuencias que todo ello genera, no pueden ser otras que la anulación criterio, como de los fundamentos que anteceden puede derivarse, y en consecuencia del procedimiento de contratación.

En efecto, en aplicación de la doctrina de la STJUE de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG, –que se refiere a la hipótesis de que la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato– procede declarar la anulación de todo el procedimiento conforme a la argumentación contenida en dicha Sentencia:

«[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión».

En esta línea, resulta especialmente ilustrativo el Informe de la JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, Informe 10/17, de 13 de julio, que concluye expresamente como sigue:

- La cláusula sobre la que versa la consulta debe considerarse oscura, habiendo generado una patente inseguridad jurídica en los licitadores y una disparidad de interpretaciones por su parte.
- Tal circunstancia supone una infracción del principio de transparencia. Tal infracción no puede ser resuelta mediante la mera inaplicación parcial del pliego de cláusulas administrativas particulares.
- La consecuencia que se extrae de tal infracción es la necesidad de retrotraer las actuaciones para proceder a una nueva redacción de los pliegos.

En definitiva, la anulación del criterio de adjudicación examinado obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación, que deberá respetar la doctrina fijada en la presente Resolución, a fin de garantizar la debida transparencia y respeto de la igualdad de trato de toda contratación pública. Ello determina que devenga innecesario el análisis del resto de motivos, pues se deriva la nulidad de la licitación

A la vista de lo que antecede y, conforme a los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación,, presentado por don interpuesto por R.S.D.M., en nombre y representación de la mercantil MERSANT VIGILANCIA, S.L., contra el acuerdo de la Junta del Consejo de Gobierno del Instituto Municipal de Deportes de Sevilla, de fecha 6 de junio de 2019, por el que se excluye su oferta y se adjudica el contrato de **“SERVICIO DE VIGILANCIA, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD VIAL EN LAS SEDES Y ACTIVIDADES DEL IMD, MANTENIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD Y ASESORAMIENTO SOBRE EMPLAZAMIENTO DE DISPOSITIVOS PARA LOS EJERCICIOS 2019 Y 2020”**, Expte. 2018/001708 tramitado por el Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla, declarar la invalidez del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos que rigen la licitación.

**SEGUNDO.-** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES