



Recurso nº 289/2021 C.A. de Illes Balears 17/2021

Resolución nº 643/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 28 de mayo de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.M.B., en nombre y representación de BRILLOSA, S.L., contra la adjudicación de la licitación convocada por la Empresa Municipal de Transports Urbans de Palma de Mallorca, S.A. para contratar los "*Servicios de limpieza y repostado de vehículos y otros servicios auxiliares para la EMT-PALMA*", expediente 2/20; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por acuerdo del Consejo de Administración de la Empresa Municipal de Transports Urbans de Palma de Mallorca, S.A. (en lo sucesivo EMT-PALMA) de 8 de mayo de 2020 se acordó el inicio del expediente de contratación de los "*Servicios de limpieza y repostado de vehículos y otros servicios auxiliares para la EMT-PALMA*".

Segundo. La licitación fue publicada el 16 de junio de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 19 de junio de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Tercero. Reunido el 28 de julio de 2020 el Consejo de Administración, y a la vista de la valoración de las ofertas realizadas por la mesa de contratación, acordó proponer la adjudicación del contrato referenciado en los ordinales anteriores a la empresa BRILLOSA, S.L., requiriéndola para que aportara la documentación prevista en la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Cuarto. El 13 de agosto de 2020 BRILLOSA, S.L. presentó escrito aclarando que los porcentajes de descuento incluidos en su oferta eran del 40 % para lo que restaba de 2020 y 5,90 % para el ejercicio 2021 y siguientes. Oferta que basaba en el criterio que la propia EMT-PALMA había expresado en respuesta a la pregunta que había formulado BRILLOSA, S.L. el 17 de julio de 2020.



Quinto. A la vista del escrito referido en el ordinal anterior la mesa de contratación acordó el 8 de octubre de 2020 revisar la valoración de las ofertas por considerarlo erróneo al no haber aplicado el criterio hermenéutico dado en la respuesta a la consulta de BRILLOSA, S.L. y que entendía vinculante conforme al artículo 138.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

A resultas de esta rectificación la oferta con mayor puntuación resultó INTERSERVE FACILITIES SERVICES, S.L., proponiéndola el Consejo de Administración como adjudicataria y así acordándose por resolución del director – gerente de 2 de febrero de 2021.

Sexto. Contra la resolución del director – gerente de la EMT-PALMA de 2 de febrero de 2021 BRILLOSA, S.L. interpuso recurso especial mediante escrito recibido en el registro de este Tribunal el 5 de marzo de 2021.

Séptimo. Dado traslado del recurso a EMT-PALMA presentó informe interesando su desestimación.

Octavo. En fecha 16 de marzo de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 24 de marzo de 2021 se presentan alegaciones por la entidad INTERSERVE FACILITIES SERVICES, S.A.

Noveno. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 23 de marzo de 2021 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio



de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo. El presente contrato es susceptible de este recuso especial conforme al artículo 44.1.a) de la LCSP al tratarse de un contrato de servicios con un valor superior a 100.000,00 euros (3.600.000,00 €) licitado por un poder adjudicador como es la Empresa Municipal de Transports Urbans de Palma de Mallorca, S.A.

El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación, acto susceptible de recurso por mor del artículo 44.2.c) de la LCSP.

Tercero. Debe reconocerse legitimación BRILLOSA, S.L. para recurrir la adjudicación por ser su oferta la segunda con mejor puntuación.

Cuarto. El presente recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto. Como resulta de los antecedentes tercero, cuarto y quinto de la presente resolución la EMT-PALMA en un primer momento propuso como adjudicataria a la ahora recurrente BRILLOSA, S.L. y, posteriormente y de oficio, entendió que había habido un error en el modo de valorar las ofertas, procediendo a su corrección, a resultas de lo cual se propuso y así se acordó la adjudicación del contrato en favor de INTERSERVE FACILITIES SERVICES, S.A. (en lo sucesivo INTERSERVE).

Con carácter previo a analizar el fondo de la controversia entendemos precisa una sucinta mención a la validez del proceder de la EMT-PALMA por quien se revocó y sustituyó la inicial propuesta de adjudicación al entender que incurría en un error en la aplicación de los criterios de valoración previstos en los pliegos. Este proceder fue ya convalidado por este Tribunal en nuestra Resolución nº 1015/2020, de 28 de septiembre, en la que dijimos:

“La valoración de las ofertas de los licitadores tiene lugar con carácter previo a la propuesta de adjudicación. La actuación del órgano asesor, que, en mérito a unas alegaciones de un competidor, revisa su propuesta de adjudicación (una vez y presentada la documentación a que se refiere el art. 150.2 por el propuesto adjudicatario) no es sino un trámite del 13 procedimiento. En consecuencia, aun



cuando tal rectificación exceda de la de un mero error material o de hecho, en tanto que corrige un error en la valoración, por entender que no se ha realizado según los criterios que rigen la selección de la mejor oferta establecidos en los pliegos, resulta admisible. Y ello por el trascendental dato de que tal nueva valoración (o nueva propuesta) no es en sí misma, y a la luz del art. 44 LCSP, un acto impugnabile. Por tanto, no pudiendo fiscalizar este Tribunal el contenido de una propuesta, es dable al órgano de contratación su rectificación tendente a la adecuación de la misma al ordenamiento contractual, cuyos pliegos son, como es sabido, “lex contractus”.

Por consiguiente, ninguna irregularidad resulta de que EMT-PALMA modificara su primigenia propuesta de adjudicación y aunque dicha rectificación excediera del mero error material.

Sexto. Como primer motivo de su recurso protesta BRILLOSA que la EMT-PALMA ha valorado las ofertas, concretamente el porcentaje de descuento de mano de obra ofertado, de un modo contrario al previsto en los pliegos y en la aclaración dada por el órgano de contratación a la consulta presentada por BRILLOSA el 17 de junio de 2020.

El órgano de contratación, por su parte, niega que el criterio hermenéutico seguido se separe tanto de los pliegos como de la respuesta dada a la consulta presentada por BRILLOSA, defendiendo un criterio valorativo en el que se atiende a la circunstancia de que algunos porcentajes se aplican a un periodo de un año de duración mientras que otros se refieren a periodos inferiores, por lo que, sostiene, únicamente tomando en consideración ambas circunstancias puede obtenerse la oferta económicamente más favorable.

Por su parte, INTERSERVE señala que el órgano de contratación se sujetó a lo previsto en los pliegos al computar en el cálculo del descuento medio el porcentaje a descontar durante el año 2023 dada la redacción del PCAP que distingue entre descuentos para los años 2020 y 2021 pero habla de descuento “a partir del año 2022”. Redacción de la que INTERSERVE infiere la procedencia de considerar también los descuentos correspondientes a las anualidades ulteriores a la del 2022.



Séptimo. Dados los términos en que se plantea la controversia hemos de comenzar analizando la obligatoriedad de las respuestas dadas por el órgano de contratación a las consultas planteadas por los interesados, cuestión abordada por el artículo 138.3 de la LCSP según el cual:

“En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación”.

Del tenor literal del citado precepto resulta que las respuestas dadas por el órgano de contratación no son automáticamente vinculantes, sino que para que tal eficacia se produzca es preciso la simultánea concurrencia de dos requisitos: (i) que los pliegos expresamente atribuyan a tales respuestas carácter vinculante y (ii) que las respuestas se hayan publicado en el perfil del contratante de modo que sean accesibles por todos los interesados en condiciones de igualdad. Dicha ausencia de inmediata vinculación viene siendo afirmada por este Tribunal mediante resoluciones como la reciente Resolución nº 108/2021, de 5 de febrero, en que dijimos:

“En principio, por tanto, las respuestas dadas no son vinculantes, salvo que los pliegos de cláusulas administrativas particulares indiquen lo contrario”.

Pues bien, en el presente caso puesto que ni el PCAP establece que las respuestas dadas a las consultas sean vinculantes ni se nos ha acreditado la publicación de la respuesta en el perfil del contratante de la EMT-PALMA no concurren los requisitos previstos en el artículo 138.3 de la LCSP para considerar aquella respuesta como vinculante. En tal sentido es de reseñar que BRILLOSA se limita a indicar que su consulta fue realizada a través de la Plataforma de Contratación Electrónica pero no afirma, ni acredita, que la respuesta recibida se publicara en dicho portal.

Octavo. La controversia objeto del presente procedimiento se refiere a la aplicación de la cláusula A del cuadro criterios de adjudicación del contrato del PCAP por la que se



atribuyen 60 puntos en función del porcentaje de descuento de mano de obra ofertado, criterio concretado por la inmediata cláusula B del siguiente modo:

“Se considera un precio base de referencia de la mano de obra para todo tipo de personal diurno de 17 €/h, a partir del cual se ofrecen porcentajes de descuentos adicionales para los diferentes años del contrato de acuerdo con la tabla siguiente. Se descartarán las ofertas con descuentos crecientes en el tiempo. La media de descuentos de los diferentes años es la cifra de descuento medio a valorar por la fórmula anterior Descuento ofertado sobre el precio base máximo diurno por todo tipo de personal de 17 €/h (%)

Para el año 2020:

Para el año 2021:

A partir del año 2022:

Media de descuentos mano de obra.”

Completaba esta previsión el anexo I en el que se contenía un modelo de proposición económica en el que se incluía el siguiente cuadro:

<i>Para el primer año</i>	
<i>Para el segundo año</i>	
<i>A partir del tercer año</i>	
<i>Media de descuento de mano de obra</i>	

Al amparo de estas cláusulas la Mesa de Contratación en su reunión de 8 de octubre de 2020 indicó lo siguiente:

“(…) se procede a realizar nueva valoración para todas las ofertas recibidas bajo el criterio de % de descuento ofertado para lo que resta del año 2020, % de descuento para el año 2021, para el 2022, para el obtener el descuento medio de los tres valores.



Se adjunta anexo la valoración realizada”.

Por su parte en el anexo se dispone:

	31/12/2020	31/12/2021	31/12/2022	07/10/2023				
08/10/2020	84	365	365	281		Puntuación sobre C		
	AÑO NATURAL 1	AÑO NATURAL 2	AÑO NATURAL 3	AÑO NATURAL 4	1095	60,00	sobre B	Total
ACCIONA	10,31%	5,79%	1,01%	1,01%	3,32%	23,05	24,6	47,65
BRILLOSA	40%	5,90%	5,90%	5,90%	8,52%	59,18	28,6	87,78
INTERSERVE	11,06%	8,72%	8,27%	8,27%	8,63%	60,00	30,2	90,2

Partiendo de esta valoración BRILLOSA protesta que en el cálculo del descuento se haya considerado el descuento que correspondería al año 2023 o año natural 4. Alegación a la que la EMT-PALMA responde que el contrato tiene una duración de dos años, a contar desde su formalización, ampliables por dos prórrogas de un año de duración cada una de ellas. Y, en consecuencia, procede a incluir íntegramente el periodo de prórroga en el cómputo del descuento medio.

En el análisis de esta cuestión debemos comenzar señalando lo anómalo que resulta que el PCAP haya previsto que los licitadores puedan ofertar para la prórroga descuentos diferentes de los licitados para el periodo inicial toda vez que la prórroga contractual es el instrumento por el que se amplía la duración del contrato permaneciendo el resto de sus características inalteradas. Ahora bien, de la lectura de las cláusulas A y B del cuadro criterios de adjudicación del contrato resulta incontrovertido que el PCAP expresamente ha admitido que durante la prórroga puedan aplicarse descuentos diferentes de los exigibles durante la duración inicial del contrato. Y siendo unos pliegos firmes y consentidos constituyen la “*lex contractus*”, vinculando a las partes.

Expuesto lo anterior la controversia se reduce a si en el cálculo del descuento medio debe incluirse el correspondiente al cuarto año que, de haberse cumplido el calendario inicialmente previsto, se correspondería al año 2023. Sostiene la recurrente la improcedencia de incluir dicha anualidad basándose en que la respuesta recibida mencionaba los años 2020, 2021 y 2022, pero no el 2023.



No puede este Tribunal convalidar esta explicación. A nuestro entender podría defenderse que no se incluyera en el cálculo del descuento medio el periodo de prórroga sobre la base de que es una incertidumbre que el contrato vaya a ser prorrogado, pero lo que a nuestro entender no es admisible es que se incluya en el cómputo parte de la prórroga (el año 2022) y simultáneamente se excluya la otra parte (2023). Máxime cuando ni siquiera se propone que se incluya la primera prórroga de un año de duración sino únicamente los últimos 281 días de los 365 de la segunda prórroga que, conforme a las estimaciones iniciales, corresponderían al tiempo en que durante el año 2023 estaría vigente este segundo periodo de prórroga. Tal discriminación nos resulta injustificada puesto que desde el momento en el PCAP decide incluir en el cómputo del descuento medio el tiempo correspondiente a la prórroga prevista deben incluirse los dos años máximos de prórroga sin que se observe razón para incluir una parte de la prórroga y no la otra. Especialmente puesto que tal discriminación no resulta ni directa ni indirectamente de los pliegos como tampoco de la respuesta dada por el órgano de contratación a la consulta de BRILLOSA. Consulta en la que se interpelaba:

“Cuando presentemos tres porcentajes de descuento diferentes para 2020, 2021 y 2022, ¿se hará una media directa entre los tres? Es decir, si por ejemplo ponemos un 5% de dcto para lo que queda de 2020, un 3% para 2021 y un 2% para 2022, el DESCUENTO MEDIO sería de un 3,33%, es decir, $(5+3+2)/3$?”. La respuesta del órgano de contratación fue “Efectivamente. El descuento medio será la media de los tres valores presentados para los diferentes años naturales, siempre que los descuentos no sean crecientes”.

Del tenor literal de la respuesta resulta que nada se dijo sobre las anualidades a incluir en el cómputo de la media, por lo que es aplicable el criterio de este Tribunal en virtud del cual *“la respuesta a la aclaración solicitada es vinculante pero solo en los límites de lo preguntado”* (Resolución 108/2021) por lo que si en la consulta nada se dijo sobre si en el cálculo del descuento medio había de incluirse la cuarta anualidad o solamente las tres primeras ninguna vinculación produce al órgano de contratación respecto de la interpretación a dar a esta cuestión.

Por consiguiente, procede desestimar este primer motivo del recurso y confirmar la valoración dada por EMT-PALMA a las ofertas de los licitadores por entenderla conforme



con el criterio del PCAP de incluir en el cálculo del descuento medio el correspondiente a la prórroga.

Noveno. Solicita la recurrente el abono de la suma de 5.000,00 euros en que cuantifica los perjuicios que estima le ha ocasionado la EMT-PALMA con su proceder y, particularmente, por la demora en la tramitación del expediente de contratación.

Respecto de las pretensiones resarcitorias de los recurrentes establece el artículo 58.1 de la LCSP:

“El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”.

Norma completada por el artículo 33 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), en los siguientes términos:

“El Tribunal, en el caso de estimar el recurso, podrá apreciar en su resolución, a instancia del recurrente, los daños y perjuicios derivados para él de la actuación del órgano de contratación fijando al efecto la indemnización a satisfacer por ello. Entre los daños indemnizables podrán incluirse los gastos necesariamente originados por la intervención en el procedimiento de recurso incluidos los derivados de la práctica de prueba. En todo caso deberá tratarse de daños y perjuicios reales, efectivos y evaluables económicamente”.

Resulta, pues, indubitativo que la competencia de este Tribunal para reconocer indemnización alguna se restringe a los casos de resoluciones estimatorias (Resolución nº 185/2021, de 26 de febrero) por lo que no siendo tal el caso procede la automática



desestimación de esta segunda pretensión, sin que con ello se prejuzgue el resultado de una eventual reclamación a la ahora formulada, por los cauces ordinarios de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.M.B., en nombre y representación de BRILLOSA, S.L., contra la adjudicación de la licitación convocada por la Empresa Municipal de Transports Urbans de Palma de Mallorca, S.A. para contratar los “*Servicios de limpieza y repostado de vehículos y otros servicios auxiliares para la EMT-PALMA*”, expediente 2/20.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.