

Expediente: Expte. 2021/42989 (Plataforma HELP)

Resolución: 7/2021

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a nueve de julio de dos mil veintiuno

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.M.A.V. y D. M.J.R.I. en representación de las mercantiles INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A. e ITUVAL, S.L., respectivamente, para constitución en UTE INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U.-ITUVAL, S.L., contra la Resolución, de fecha 28 de mayo de 2021 de adjudicación del contrato SERVICIO CONSISTENTE EN EL PLAN DE CONSERVACIÓN INTEGRAL DE LAS PLAYAS DE MARBELLA (EXP. SE 252/20), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. -El 21 de octubre de 2020 se publicó en el Diario de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público (de aquí en adelante PCSP), sendos anuncios de licitación del contrato relativo al “Servicio consistente en el Plan de Conservación Integral de las Playas de Marbella”, mediante procedimiento abierto, tramitación ordinaria y regulación armonizada (Expte. SE 252/20). El valor estimado del referido contrato es de 4.583.882,45 euros, finalizando el plazo de presentación de oferta el día 20 de noviembre de 2020 a las 23:59 horas.

Con fechas 11 y 13 de noviembre de 2020, se publica de nuevo en el Diario de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, respectivamente, anuncio rectificando los anteriores, en el que se da nueva redacción al punto 5.2.2 del Informe de criterios de valoración, así como a la cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), otorgando un nuevo plazo de presentación de ofertas hasta el 15 de diciembre de 2020.

A dicha licitación concurren los siguientes licitadores:

1. UTE AQUATERRA SERVICIOS INFRAESTRUCTURAS, S.L. - ALVAC, S.A.
2. BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.
3. UTE BROCOLI, S.L. – SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L.
4. UTE ELSAMEX – ACP.
5. UTE INGENIERIA Y DISEÑOS TECNICOS, S.A.U. – ITUVAL, S.L.
6. LICUAS, S.A.
7. OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.
8. UTE HABITAT SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.L. – CITRICS ROQUETAS, S.L.U. (UTE PLAYAS MARBELLA).

SEGUNDO. – Con fecha 13 de enero de 2021 se reunió la Mesa de Contratación para proceder a la apertura y calificación administrativa, admitiéndose a todos los licitadores presentados.

Con fecha 18 de marzo de 2021, previa apertura del sobre B relativo a la oferta de criterios basados en juicios de valor, la Mesa de Contratación da cuenta del informe de técnico de valoración de fecha 12 de marzo de 2021, con la siguiente conclusión:

<i>EMPRESA</i>	<i>PROYECTO DEL PLAN DE GESTIÓN DE CONSERVACIÓN INTEGRAL DE LAS PLAYAS (HASTA 20 PUNTOS)</i>	<i>CONOCIMIENTO DEL MEDIO (HASTA 20 PUNTOS)</i>	<i>TOTAL</i>
<i>UTE ELSAMEX- ACP</i>	<i>10 puntos</i>	<i>5 puntos</i>	<i>15 puntos</i>
<i>OHL SERVICIOS – INGESAN, S.A.</i>	<i>12 puntos</i>	<i>5 puntos</i>	<i>17 puntos</i>
<i>LICUAS S.A.</i>	<i>16 puntos</i>	<i>12 puntos</i>	<i>28 puntos</i>
<i>UTE INDITEC-ITUVAL</i>	<i>17 puntos</i>	<i>15 puntos</i>	<i>32 puntos</i>
<i>UTE AQUATERRA-ALVAC</i>	<i>14 puntos</i>	<i>14 puntos</i>	<i>28 puntos</i>
<i>UTE SIFA ANDALUCIA-BROCOLI</i>	<i>19 puntos</i>	<i>13 puntos</i>	<i>32 puntos</i>
<i>BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L</i>	<i>18 puntos</i>	<i>19 puntos</i>	<i>37 puntos</i>
<i>UTE HABITAT-CITRICS ROQUETES</i>	<i>6 puntos</i>	<i>5 puntos</i>	<i>11 puntos</i>

Con fecha 21 de abril de 2021, previa apertura del sobre C relativo a la oferta de criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas y exclusión de la UTE ELSAMEX- ACP por incurrir en baja temeraria, la Mesa de Contratación dio cuenta del informe técnico de valoración de fecha 16 de abril de 2021, con los siguientes resultados:

10) Puntuación ordenada de los criterios objetivos o automáticos:

<i>LICITADOR</i>	<i>PUNTOS OFERTA ECONOMICA</i>	<i>PUNTOS MEJORA HORAS MAQUINARIAS</i>	<i>PUNTOS MEJORA VEHICULO ADICIONAL</i>	<i>PUNTOS PLAN DE COMUNICACIÓN</i>	<i>PUNTOS TOTALES</i>
<i>OHL SERVICIOS – INGESAN, S.A.</i>	30	20	5	5	60
<i>UTE INGENIERIA Y DISEÑOS TECNICOS, S.A.U. Y ITUVAL, S.L. (UTE INDITEC-ITUVAL)</i>	24,70	9,13	5	5	43,83
<i>UTE AQUATERRA SERVICIOS INFRAESTRUCTURAS, S.L Y ALVAC, S.A. (UTE AQUATERRA-ALVAC)</i>	16,28	2,88	5	5	29,16
<i>UTE HABITAT SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, SL Y CITRICS ROQUETES SLU (UTE HABITAT-CITRICS ROQUETES)</i>	15,41	0,16	5	5	25,57
<i>LICUÁS S.A.</i>	9,30	4,81	5	5	24,11
<i>UTE SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L., Y BROCOLI, S.L. (UTE SIFA ANDALUCIA-BROCOLI)</i>	5,52	8,41	5	5	23,93
<i>BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.</i>	2,83	5	5	0	12,83

11) Resultados de licitadores atendiendo a la suma de criterios evaluables mediante juicio de valor y criterios automáticos:

<i>LICITADOR</i>	<i>PUNTOS CRITERIOS JUICIOS DE VALOR</i>	<i>PUNTOS CRITERIOS AUTOMÁTICOS</i>	<i>TOTAL PUNTOS</i>
<i>OHL SERVICIOS – INGESAN, S.A.</i>	<i>17</i>	<i>60</i>	<i>77</i>
<i>UTE INGENIERIA Y DISEÑOS TECNICOS, S.A.U. Y ITUVAL, S.L. (UTE INDITEC-ITUVAL)</i>	<i>32</i>	<i>43,83</i>	<i>75,83</i>
<i>UTE AQUATERRA SERVICIOS INFRAESTRUCTURAS, S.L Y ALVAC, S.A. (UTE AQUATERRA- ALVAC)</i>	<i>28</i>	<i>29,16</i>	<i>57,16</i>
<i>UTE SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS DE ANDALUCÍA, S.L., Y BROCOLI, S.L. (UTE SIFA ANDALUCIA-BROCOLI)</i>	<i>32</i>	<i>23,93</i>	<i>55,93</i>
<i>LICUAS S.A.</i>	<i>28</i>	<i>24,11</i>	<i>52,11</i>
<i>BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.</i>	<i>37</i>	<i>12,83</i>	<i>49,83</i>
<i>UTE HABITAT SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, SL Y CITRICS ROQUETES SLU (UTE HABITAT-CITRICS ROQUETES)</i>	<i>11</i>	<i>25,57</i>	<i>36,57</i>

Atendiendo a dichas puntuaciones la Mesa de Contratación propuso la adjudicación del contrato a OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.

Por Decreto nº 2021/7828, de 28 de mayo de 2021, el Órgano de Contratación adjudicó el contrato a dicha mercantil, publicándose la misma el mismo día en la PCSP.

TERCERO. - El día 16 de junio de 2021, en el registro electrónico de este Tribunal las entidades recurrentes, a través de sus respectivos representantes, interpusieron recurso especial en materia de contratación contra el decreto de adjudicación relativo al contrato que figura en el encabezamiento de la presente resolución, solicitando a su vez medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación conforme a lo dispuesto por el artículo 49 de la LCSP.

CUARTO. - Con fecha 18 de junio de 2021 este Tribunal acordó, en relación al recurso especial interpuesto por UTE INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U.-ITUVAL, S.L., admitir a trámite dicho escrito, suspender la tramitación del procedimiento de conformidad con lo establecido en el art. 53 LCSP y requerir al servicio de contratación la remisión del expediente junto con el informe del órgano de contratación.

Con fecha 22 de junio de 2021 se recibe a través de la plataforma HELP el expediente de contratación junto con el informe del órgano de contratación.

QUINTO. - En base a la relación de interesados remitida por el órgano de contratación, por parte de la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado el día 24 de junio de 2021 del recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U.- ITUVAL, S.L., a los interesados en dicho procedimiento de licitación, concediéndoles, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recabado certificado del registro en relación al resultado de dicho trámite de alegaciones, emitido con fecha de 5 de julio de 2021, en el cual se indica que, dentro del plazo legalmente conferido, se ha presentado escrito de alegaciones por OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.

SEXTO.- En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en lo que no se oponga a la misma por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) aprobados por el Decreto nº 2020/12563 del órgano de contratación, de fecha 5 de octubre de 2020, y el Decreto de corrección nº 2020/14190, de fecha 5 de noviembre de 2020, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

SEGUNDO. - En cuanto a la legitimación activa para la interposición del recurso, según establece el artículo 48 de la LCSP podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

En el caso que nos ocupa, la recurrente es licitadora en el procedimiento de contratación en el que se ha dictado el Acuerdo recurrido, por lo que ostentaría un interés concreto y preciso, pues en caso de admitirse su pretensión se anularía el acto recurrido y los posteriores que traigan causa del vicio, por lo que obtendría el beneficio real y efectivo de poder ser adjudicataria del contrato, pudiendo por ello aseverar que la recurrente tiene legitimación para la interposición del recurso.

TERCERO.- Por lo que atañe a la viabilidad de impugnación del acto recurrido, indicar que en el presente caso se interpone recurso especial contra el acuerdo de adjudicación, en el procedimiento de licitación que figura en el encabezamiento de la presente resolución, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 letra c) de la LCSP.

Asimismo, se trata de un contrato cuyo valor estimado es de 4.583.882,45 euros, IVA excluido y, por consiguiente, superior a los 100.000 euros que se exigen en el art. 44 LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de servicios, por lo que el recurso resulta admisible.

CUARTO. - El escrito de interposición del recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a la publicación del Decreto de adjudicación, el cual tuvo lugar el día 28 de mayo de 2021 a través de la Plataforma de Contratos del Sector Público, por lo que atendiendo a las especialidades de la notificación en relación al recurso especial en materia de contratación contempladas en la Disposición Adicional Decimoquinta LCSP, y teniendo en cuenta que el recurso ha tenido acceso a nuestro registro con fecha 16 de junio de 2021, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles en los términos previstos en el art. 50.1.d) LCSP.

QUINTO. – Entrando a analizar el fondo del asunto, tenemos que comenzar señalando que la recurrente sustenta su recurso, de forma sintetizada y conforme a las consideraciones que seguidamente se expondrán, en que la valoración de criterios objetivos relativa al apartado 5.2.2. del informe de criterios de valoración, que se reproduce en la cláusula 35 del PCAP, realizada a la adjudicataria OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A. no es correcta y que se proceda a la retroacción de las actuaciones a fin de que se emita un nuevo informe de valoración de los criterios evaluables automáticamente según los términos expuestos en el recurso, solicitando que se declare contrario a Derecho el decreto de adjudicación y que se excluya la oferta de la adjudicataria por no ajustarse al modelo establecido en el PCAP.

Así, en el escrito de interposición del recurso especial presentado, con los apartados que se indican a continuación, se alega sobre los siguientes aspectos:

- La recurrente no ha tenido acceso a la oferta económica realizada por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. a pesar de haberla solicitado.

- Al redactar la oferta OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. altera el modo en que la misma se exigía, y en vez de indicar que número de horas extras de limpieza realizarán, en las que aportaran las dos máquinas requeridas, proceden al sumatorio de las horas que utilizaran dichas máquinas dando un resultado de 4.160.
- Además, dicha oferta no se acoge de forma estricta al PCAP, lo que debería haber producido su descalificación ex artículo 84 del Reglamento de Contratos de Administraciones Públicas al variar la proposición el modelo establecido y de forma tan sustancial que es evidente que ha generado una obvia confusión pues se le ha puntuado de forma absolutamente improcedente.
- Existe desviación en el informe de valoración de fecha 16 de abril de 2021, pues en él se recoge que OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. oferta 12.480 horas (4.160 X 3 años) extras de limpieza y mantenimiento durante los tres años del contrato otorgándosele la máxima puntuación de 20 puntos y siendo la referencia para la puntuación del resto de licitadores.
- OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. ha ofertado 2.080 horas de máquina adicional modelo 4CXT4F 109CV PREMIUN con pala frontal de rejilla y 2.080 horas de tractor remolque, lo que hace que las horas extra de limpieza sean de 2.080 horas y no el sumatorio de las máquinas, pues es lo que se valoraba en el PCAP y lo que se ha valorado al resto de licitadores. Por tanto, OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. sólo ha ofertado 6.240 (2.080 X 3) horas extras de limpieza y mantenimiento durante la vigencia del contrato y eso es lo que debió valorarse y puntuarse.
- La oferta de UTE INDITEC ITUVAL es clara, oferta 5.700 horas extra de limpieza y mantenimiento para todo el contrato; horas en las que usarán dos máquinas, por los que las horas máquina, si se sigue el mismo criterio que con OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., serían de 11.400 horas extras para todo el contrato.
- De todo lo expuesto considera la recurrente que se ha producido por el técnico municipal un claro error en la valoración realizada de la oferta de **OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.** y que lleva a computar las horas extras ofertadas de limpieza en el doble a lo realmente ofertado. Dicho error, además, conlleva un trato discriminatorio para el resto de licitadores, conculcándose los principios que rigen la contratación pública ex artículo 32 LCSP.

SEXTO. – Por su parte, frente a las alegaciones aducidas por la recurrente, el Órgano de contratación se muestra disconforme a la estimación del recurso especial interpuesto por los motivos que, sucintamente, se exponen a continuación:

- Ambas proposiciones exponen el número de hora extras para ambas máquinas adicionales, retroexcavadora y tractor. OHL oferta 4.160 horas anuales, especificando dicha imputación anual e ITUVAL-INDITEC oferta 5.700 horas para tres años del contrato, precisando en el mismo sentido su imputación temporal.
- OHL pone a disposición del contrato el número adicional de 4.160 horas anuales, pero explica la distribución de horas entre esas dos máquinas adicionales mientras que ITUVAL-INDITEC establece el total de horas para las dos máquinas puntualizando al final de este 2º apartado que el número de horas es para 3 años, entre paréntesis igualmente.
- De conformidad con lo dispuesto en el art. 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), ambas ofertas se apartan del modelo previsto en los Pliegos, pero igualmente son claras y atendiendo a su literal redacción no queda duda alguna de lo que cada una quiso decir, no hay ambigüedad alguna ni necesidad de interpretar lo especificado en aquéllas. El paréntesis añadido por la mercantil OHL no altera el sentido de su oferta como pretende la recurrente por lo que entendemos que no es causa bastante para el rechazo de la proposición.
- La asignación de horas que pretende la recurrente que se le imputen a OHL y a ella misma se aparta claramente de los modelos presentados por ambas mercantiles, no pudiendo perder de vista que las proposiciones NO pueden ser modificadas de modo sustancial después de presentadas, lo que es radicalmente contrario a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.”

SÉPTIMO. – En las alegaciones presentadas por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.U. se formula oposición al recurso presentado, por los motivos que a continuación se indican, solicitando la desestimación del mismo:

- OHL SERVICIOS INGESAN ofertó 4.160 horas ANUALES (es decir durante los tres años de contrato un total de 12.480 horas y la UTE INDITEC ITUVAL ofertó solo 5.700 horas TOTALES, por lo que resulta evidente que se ha puntuado correctamente al otorgar la máxima puntuación a OHL SERVICIOS INGESAN, aduciendo que el TACRC tiene una doctrina muy consolidada en relación a la capacidad y al ámbito de discrecionalidad técnica para realizar las valoraciones y señalando una serie de Resoluciones del referido órgano, no muy acertadas pues las mismas versan sobre discrecionalidad de la valoración en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor, y concluyendo que en el expediente no se aprecia arbitrariedad alguna en la valoración.
- La oferta de OHL SERVICIOS INGESAN se ajusta al modelo establecido en el PCAP.
- La recurrente pretende que se le aplique el mismo cálculo que a la licitadora que ha resultado adjudicataria, a pesar de que la oferta de esta última es totalmente distinta y por ello, los términos en los que ha sido presentada, no permiten la aplicación del mismo cálculo que se hace al valorar la oferta de la adjudicataria, al haber sido realizada, de una forma y en unos términos totalmente distintos.
- Si se actuara conforme se pide por la recurrente sí se estarían vulnerando los principios de la contratación pública al aplicar valoraciones y cálculos iguales a ofertas distintas, dando un nuevo contenido a los términos de la oferta, distinto al que ha sido realmente concretado en la oferta, con el único fin de conseguir una mayor valoración y la adjudicación del concurso.
- De acceder a las pretensiones de la recurrente se estaría vulnerando el Principio de igualdad de trato y no discriminación en la contratación pública, pues mediante este Principio se exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes.

OCTAVO. – Expuestas las posiciones de las partes, y existiendo controversia, procede el examen de la cuestión de fondo suscitada en el presente recurso.

El recurso se dirige, formalmente, contra el acto de adjudicación del contrato, habiendo quedado en el procedimiento, la UTE recurrente, como segunda clasificada.

No obstante, desde un punto de vista material, la recurrente UTE INDITEC ITUVAL no solo solicita en su recurso, como pretensión principal, la anulación del acto impugnado, sino también que la valoración del apartado “5.2.2. Contratación de un mayor número de máquinas y personal maquinista para la ejecución del contrato” debe realizarse teniendo en cuenta que la oferta de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. es la de poner a disposición del servicio de horas de limpieza y mantenimiento adicional 2.080 horas de la maquinaria exigida en el PCAP para ese apartado, o subsidiariamente, si se considera que debe sumarse las horas ofertadas para cada una de las máquina, dicho computo debe hacerse extensivo al resto de licitadores, y se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento administrativo correspondiente a fin de que se emita nuevo informe de valoración de los criterios evaluables automáticamente y se modifique la valoración concedida en el apartado “Contratación de un mayor número de máquinas y personal maquinista” dándose nueva valoración en los términos expuestos en el presente recurso o en los que considere el Tribunal.

Finalmente, se solicita la exclusión de la oferta de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. por no ajustarse al modelo establecidos en relación al apartado “Contratación de un mayor número de máquinas y personal maquinista”.

Basa sus pretensiones en una serie de alegatos que se han expuesto anteriormente y que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

Comencemos por señalar que la recurrente solicitó acceso a la oferta económica realizada por OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. y no le fue facilitada.

Al respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 248/2015 indica que: *“En el caso que venimos contemplando a lo largo de esta resolución, la adjudicación, único acto impugnado por todos los recurrentes, ha sido notificado cumpliendo los requisitos del artículo 151.4 TRLCSP puesto que junto a la puntuación otorgada a cada uno de los licitadores se ha acompañado el informe de valoración, como así se deduce del propio conocimiento del mismo que ponen estos de manifiesto en sus escritos de recurso. En tales circunstancias, el órgano de contratación no está obligado a facilitar el acceso al expediente, salvo que la impugnación verse sobre aspectos no notificados. En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia, la presente alegación no puede prosperar.”*

En el caso que estamos analizando, la entidad recurrente UTE INDITEC ITUVAL ha tenido posibilidad de acceso a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público de los siguientes documentos:

1. El Acta de la Mesa de Contratación 4 de apertura de criterios evaluables automáticamente, celebrada el 24/03/2021 y publicada en la PCSP el 20/04/2021, donde constan todas las ofertas de los licitadores trascritas.
2. El Acta de la Mesa de Contratación 5 de propuesta de adjudicación, celebrada el 21/04/2021 y publicada en la PCSP el 06/05/2021, donde consta nuevamente la oferta de la adjudicataria OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.
3. El informe de valoración de criterios objetivos de 16/04/2021 publicado el 22/04/2021, en el que se contiene la exposición de la puntuación dada a la oferta técnica de cada licitador. Por consiguiente, ha dispuesto de los elementos de juicio necesarios para evaluar la posibilidad de interponer un recurso y fundarlo debidamente, como da prueba la amplia y extensa argumentación de su escrito de formalización de esta impugnación.

Por lo que, a la vista de las extensas alegaciones de la recurrente expuestas en su recurso, que manifiestan claramente que tiene conocimiento de dicha oferta estando debidamente ilustrado a los efectos de defender su recurso, no resulta necesario; estando dotado de todos los elementos de juicio necesario.

NOVENO.- El principal motivo de alegación esgrimido por la reclamante se refiere a la existencia de un error ostensible y manifiesto en la valoración de la oferta de la adjudicataria OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. del apartado “5.2.2. Contratación de un mayor número de máquinas y personal maquinista para la ejecución del contrato” que actúa como límite a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en la valoración de las ofertas y en consecuencia solicita que se proceda por este Tribunal a la revisión de dicha valoración, exponiendo la recurrente UTE INDITEC ITUVAL su interpretación de cómo se ha de valorar las ofertas de los licitadores en relación a este apartado, previa declaración de nulidad del Decreto de adjudicación.

Frente a ello, el órgano de contratación así como la adjudicataria OHL SERVICIOS INGESAN, S.A se oponen por tratarse de criterios de adjudicación objetivos, que se valoran bien con fórmula o de modo automático, y por tanto no se entiende la argumentación de la reclamante respecto a los límites de la discrecionalidad, puesto que no opera ante criterios de valoración automática y por tanto no se puede admitir la retorcida interpretación que efectúa la parte recurrente sobre la oferta de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.

Para analizar dicha alegación, debemos recordar lo puesto de manifiesto en el Acuerdo 21/2020, de 6 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en relación con los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas:

“(…) no se interpreta, se calcula aplicando un algoritmo o "conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema" y 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.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011, señala que la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación: "Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)."

A diferencia de los criterios sujetos a un juicio de valor, que se caracterizan por su carácter discrecional, lo que obliga a su motivación con la finalidad de proceder a un control adecuado de los mismos en orden a evitar la arbitrariedad, los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula se caracterizan por su automatismo, razón por la que no se necesita su motivación, pues de la mera aplicación de la fórmula se obtiene el resultado de la ponderación.

Así pues, ha de afirmarse que en la valoración de tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la Mesa de Contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor.”

A ello debemos añadir, que dichos criterios automáticos no deben incorporar necesariamente la utilización de fórmulas matemáticas, sin que ello impida considerarlos criterios objetivos, puesto que en su aplicación no hay margen a la discrecionalidad o aplicación subjetiva. Así se dispone en la Resolución 175/2019, de 22 de octubre, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi: “Respecto, a la ausencia de fórmula o criterio automático para la asignación de la puntuación de este criterio que reprocha la recurrente, este OARC/KEAO ha señalado reiteradamente que el modo de determinar la puntuación en un criterio automático no necesariamente requiere de una fórmula sino que puede tener una descripción literaria, siempre que ello no implique una ambigüedad que obligue a elegir al órgano de contratación entre varios sentidos posibles, lo que introduciría un elemento subjetivo inaceptable en este tipo de criterios por desvirtuar su automatismo (ver por todas, la Resolución 64/2019). En el presente caso, se observa que nos encontramos ante un criterio automático cuya distribución de puntos se ha descrito mediante palabras con un funcionamiento binario (sí/no), de tal forma que si se presenta

una memoria informe con soluciones para cada uno de los subapartados, se obtendrán todos los puntos sin que los mismos puedan ser graduados por el órgano de contratación en función de la solución propuesta. Es decir, no existe margen de discrecionalidad para el poder adjudicador a la hora de la distribución de los puntos ni de su graduación, pues el automatismo le viene impuesto por la propia redacción del criterio, cumpliendo con la característica propia de los criterios automáticos. Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.”

Y por último el TACRC en su Resolución nº 170/2018 expresamente manifiesta que:

“Los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos, lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (...)”

Partiendo de dicha doctrina debemos analizar si efectivamente ha existido un error ostensible y manifiesto o cierta discrecionalidad en la valoración del criterio “5.2.2. Contratación de un mayor número de máquinas y personal maquinista para la ejecución del contrato” efectuada por la Técnico de valoración en su informe de 16 de abril de 2021 de la oferta presentada por la adjudicataria OHL SERVICIOS INGESAN, S.A..

La referida cláusula 5.2.2. relativa a la valoración del criterio de Contratación de un mayor número de máquinas y personal maquinista para la ejecución del contrato, contenida en el Informe de Criterios de Solvencia y Adjudicación y la cláusula 35 del PCAP, según redacción dada por Decreto del Órgano de Contratación nº 2020/14190, de 5 de noviembre, indica que:

“5.2.2 CONTRATACIÓN DE UN MAYOR NÚMERO DE MÁQUINAS Y PERSONAL MAQUINISTA PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO (HASTA 20 PTOS).

Compromiso por parte del licitador de poner a disposición del servicio de horas de limpieza y mantenimiento adicional sin coste adicional alguno mediante la aportación de otra máquina modelo 4CXT4F 109CV PREMIUM con pala frontal de rejilla para limpieza de playas así como de un tractor remolque junto con maquinistas correspondientes, en horario y jornada a elección de la Dirección técnica municipal motivada en las necesidades del Servicio.

Se otorgará 20 puntos al licitador que ofrezca el mayor número de horas de la referida maquinaria, valorándose las demás ofertas de manera proporcional. Se valorará con 0 puntos a aquéllos licitadores que no presenten oferta en el presente apartado.

Aunque la oferta de estas mejoras no suponen coste adicional para la Administración, deberán los licitadores presentar la valoración de dicho coste pues el mismo estará incluido como mejora en el precio cierto ofertado por el adjudicatario para la ejecución del contrato e integrado dentro del margen de riesgo y ventura que afronta en dicha ejecución. En el supuesto de prórroga del contrato, las mejoras ofertadas por el adjudicatario con arreglo a lo dispuesto en el presente apartado, deberán ser prestadas por el mismo en las anualidades correspondientes, en idénticos términos que para la duración inicial del contrato”.

Y en relación a la presentación de la ofertas por los licitadores para ser valorados de conformidad con lo dispuesto en la mencionada cláusula 5.2.2., la cláusula 28.3 del PCAP *Sobre número 3: Documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Oferta económica, la proposición económica se debía ajustar al siguiente modelo:*

“2°).- Que me comprometo a poner a disposición de la ejecución del contrato n° _____ horas de limpieza y mantenimiento mediante la aportación de máquina adicional modelo 4CXT4F 109CV PREMIUM con pala frontal de rejilla para limpieza de playas más tractor remolque junto con maquinista, en horario y jornada a elección de la dirección técnica municipal.”

La oferta de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. relativa al apartado 5.2.2. según consta en el expediente administrativo, ha sido la siguiente (siendo la negrita de este Tribunal):

*“2°).- Que me comprometo a **poner a disposición de la ejecución del contrato 4.160 horas anuales** (2.080 horas de máquina 4CXT4F 109 CV PREMIUM y 2.080 horas de tractor remolque) de limpieza y mantenimiento mediante la aportación de máquina adicional modelo 4CXT4F 109 CV PREMIUM con pala frontal de rejilla para limpieza de playas más tractor remolque junto con maquinista, en horario y jornada a elección de la dirección técnica municipal.”*

Y la de la recurrente UTE INDITEC ITUVAL (siendo, igualmente, la negrita de este Tribunal):

*“2°).- Que se comprometen a **poner a disposición de la ejecución del contrato n° 5.700 horas** de limpieza y mantenimiento mediante la aportación de máquina adicional modelo 4CXT4F 109CV PREMIUM con pala frontal de rejilla para limpieza de playas más tractor remolque junto con maquinista, en horario y jornada a elección de la dirección técnica municipal (3 años).”*

Es claro, obvio y patente, atendiendo a la literalidad de la oferta, que la licitadora OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., se compromete a poner a disposición de la ejecución del contrato 4.160 horas anuales, y considerando que la ejecución del contrato es de tres años -según dispone la cláusula 7 del PCAP-, realiza un compromiso total de 12.480 horas para la ejecución del contrato, tal y como se indica en el informe de valoración de la Técnico de 16 de abril de 2020,

Por otro lado, la recurrente, atendiendo igualmente a la literalidad, en su oferta sólo se compromete a poner a disposición de la ejecución del contrato 5.700 horas y lo asevera cuando al final del párrafo incluye entre paréntesis (3 años). No compartiendo este Tribunal las razones que arguye de forma ensortijada la recurrente para sostener que su oferta es clara, oferta 5.700 horas extra de limpieza y mantenimiento para todo el contrato; horas en las que usarán dos máquinas, por los que las horas máquina, si se sigue el mismo criterio que con OHL SERVICIOS INGESAN, S.A., serían de 11.400 horas extras para todo el contrato.

Por todo ello, y de conformidad con la doctrina sobre la valoración de criterios objetivos referida, y en concreto con la Resolución 170/2018 del TACRC, la Técnico en su informe de valoración de 16 de abril de 2020, ha actuado conforme indica dicho Tribunal: (...) *lo que no impide que al efectuar la valoración se puedan recoger apreciaciones que vengan a concretar en cada caso los aspectos a que se refieren los pliegos con carácter general (...)*".

Sin que exista, por tanto, infracción, error o discrecionalidad por la Técnico en la aplicación de lo dispuesto en la cláusula 35 del PCAP y en el Informe de Criterios de Solvencia y Adjudicación, según redacción dada por Decreto del Órgano de Contratación nº 2020/14190, de 5 de noviembre, para las valoraciones de las distintas licitadoras, y por ende, la puntuación otorgada a cada una es la correcta.

No existiendo, tampoco, un trato discriminatorio para el resto de los licitadores tal y como defiende la recurrente ya que las condiciones y la regulación de la valoración se establecía claramente: era necesario ofertar un **número de horas de la maquinaria indicada durante la ejecución del contrato** con sus correspondientes maquinistas.

Al respecto, procede traer a colación, en relación a la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, la Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 7 de abril de 2016 (asunto C-324/14-): *“61 Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por lo 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 de 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada).”

Por todo lo expuesto, se ha de desestimar la interpretación que realiza la recurrente en relación a la valoración de la adjudicataria OHL SERVICIOS INGESAN, S.A, y la pretendida a su oferta, considerando ajustado a derecho el informe de valoración realizado por la Técnico el 16 de abril de 2020. No ha lugar a lo demás solicitado por la recurrente en su apartado (III) del recurso.

DÉCIMO. - En relación a la exclusión de la oferta de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A solicitada por la recurrente, motivada en que no se ajusta al modelo establecido, hay que advertir, tal y como indica el Órgano de Contratación en su informe, que la oferta de la recurrente UTE INDITEC ITUVAL también se aparta del modelo previsto en los Pliegos.

Al respecto, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), dispone que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Tal y como defiende el Órgano de Contratación, ambas ofertas se apartan del modelo previsto en los Pliegos, pero igualmente son claras y atendiendo a su literal redacción no queda duda alguna de lo que cada una quiso decir, no hay ambigüedad alguna ni necesidad de interpretar lo especificado en aquéllas, como ya se ha resuelto por este Tribunal en el fundamento jurídico precedente.

Las dos ofertas han cambiado algunas palabras del modelo no alterando su sentido, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el referido art. 84, no es causa bastante para la exclusión de ninguno de los licitadores:

- OHL SERVICIOS INGESAN, S.A. ha añadido en su oferta que está presentada en horas **“anuales”**, indicando entre paréntesis el reparto de las mismas para cada una de las máquinas.
- ITUVAL-INDITEC ha añadido en su oferta **3 años entre paréntesis**.

Al respecto, la Resolución nº 535/2016 del TACRC, alegada por el Órgano de Contratación en su informe, indica que: *“Es doctrina consolidada del Tribunal (por todas, Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, o 420/2014, de 30 de mayo) la que sostiene que son dos los requisitos a los que debe ajustarse la oferta económica de los contratos: el requisito material, que exige que no se supere el límite establecido en el pliego de cláusulas de que se trate, y el requisito formal, que exige que la oferta económica se adecúe a las exigencias formales establecidas en el pliego, pero siempre siendo este aspecto formal de la oferta económica más flexible en su consideración, respecto al límite material.*

Los órganos consultivos, cuyo criterio comparte este Tribunal (por todas, Resolución 579/2014, de 24 de julio), han puesto de manifiesto en diversos informes el carácter antiformalista del artículo 84 del RGLCAP. Así lo señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 30/08, de 2 de diciembre, en el que afirma que la invocación de un error no es causa para que la Mesa de contratación deseche la oferta. Sólo podrá procederse al rechazo de la oferta cuando se compruebe que el error hace inviable la misma. También en su informe 23/08, de 29 de septiembre sobre la admisión o rechazo de proposiciones, regulado en el artículo 84 del RGLCAP, cita la doctrina consolidada del Tribunal Supremo relativa a que en los procedimientos de adjudicación se tienda a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.”

Se desprende del artículo 84 RGLCAP y de la doctrina indicada que, la introducción de palabras en el modelo de proposición no supone *ipso iure* la exclusión sin más del licitador, siempre que la declaración de voluntad del licitador quede clara y se concrete la misma.

En el caso que nos ocupa –siendo los paréntesis unos signos de puntuación que se emplean para insertar una información complementaria o aclaratoria en medio de una frase–, sin lo previsto entre paréntesis, en ambas ofertas, queda clara la voluntad de los licitadores y su compromiso en ofertar un total de horas en concreto, con una imputación temporal diferente en cada una de ellas.

Por las razones expuestas procede, de igual modo, desestimar el motivo de impugnación alegado por la recurrente de exclusión de la oferta de OHL SERVICIOS INGESAN, S.A por no ajustarse al modelo establecido.

UNDÉCIMO. - Considerando las desestimaciones realizadas por este Tribunal en los Fundamentos Jurídicos precedentes Noveno y Décimo, procede la declaración de conforme a Derecho del Decreto nº 2021/7828, de 28 de mayo de 2021, del Órgano de Contratación por el que se adjudicó el contrato SERVICIO CONSISTENTE EN EL PLAN DE CONSERVACIÓN INTEGRAL DE LAS PLAYAS DE MARBELLA (EXP. SE 252/20) a la mercantil OHL SERVICIOS INGESAN, S.A, desestimando, por tanto, lo solicitado por la recurrente ITUVAL-INDITEC.

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal en sesión celebrada en el día de la fecha,

ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación en su totalidad interpuesto D. J.M.A.V. y D. M.J.R.I. en representación de las mercantiles INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A. e ITUVAL, S.L., respectivamente, para constitución en UTE INGENIERIA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U.-ITUVAL, S.L., contra la Resolución, de fecha 28 de mayo de 2021 de adjudicación del contrato SERVICIO CONSISTENTE EN EL PLAN DE CONSERVACIÓN INTEGRAL DE LAS PLAYAS DE MARBELLA (EXP. SE 252/20).

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la LCSP.

TERCERO.- 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 58.2 de la LCSP.

CUARTO. - Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe 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.