

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 23 de abril de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don M.B.B., en nombre y representación de DORNIER, S.A, contra la adjudicación del contrato denominado “Inmovilización y retirada de vehículos de la vía pública y su depósito en el depósito municipal de Alcobendas y San Sebastián de los Reyes, así como la gestión del servicio de estacionamiento regulado de Alcobendas”, nº exp. 2076/201, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el DOUE el 3 de julio y en el BOE, del 9 de julio de 2015, se procedió a la convocatoria del procedimiento abierto para la contratación del servicio de Inmovilización y retirada de vehículos de la vía pública y su depósito en el depósito municipal en los municipios de Alcobendas y San Sebastián de los Reyes, así como la gestión del servicio de estacionamiento regulado de Alcobendas, a adjudicar con pluralidad de criterios.

Segundo.- La cláusula 16 del Pliego Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) establece:

“16.1 Criterios que requieren un juicio de valor.

16.1.2. Mejoras (valorables mediante juicio de valor): Se puntuarán hasta 20 puntos.”

“En este apartado se valorarán las mejoras, sin coste para el Ayuntamiento, que propongan los licitantes.

Las mejoras consistirán en:

Mejoras relacionadas con el servicio, vinculadas directamente al objeto del contrato, con independencia de su valor económico no previstas en los dos apartados anteriores que suponga un plus debidamente justificado y razonado para el desempeño del servicio. En el informe de valoración de la mejora quedará acreditado por qué la misma debe ser valorada con la puntuación otorgada en relación con las restantes mejoras ofrecidas.

Serán las siguientes:

- Relación de campañas de publicidad*
- Realización de encuestas de satisfacción*
- Realización y organización de Jornadas, conferencias, seminarios*
- Servicios adicionales de mejora en el disfrute del servicio por el ciudadano.*

TODAS LAS MEJORAS DE ESTE APARTADO DEBERAN SER VALORADAS ECONÓMICAMENTE A PRECIOS REALES POR EL OFERTANTE JUNTO A LA DESCRIPCIÓN DE LAS MISMAS. En caso contrario la mejora se tendrá por no puesta.

Las mejoras se aplicarán a ambos Ayuntamientos.”

A la licitación fueron admitidas tres empresas, resultando clasificada en primer lugar la UTE Valoriza Servicios Medioambientales y Valoriza Agua, S.L., en segundo lugar la recurrente.

El 10 de marzo de 2015, la Junta de Gobierno Local acordó adjudicar el contrato a la UTE Valoriza Servicios Medioambientales y Valoriza Agua, S.L., en adelante UTE Valoriza.

La adjudicación fue notificada a la recurrente por correo con fecha 18 de marzo de 2015.

Tercero.- El 7 de abril de 2015 se presentó escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Dornier, S.A. en el Registro General del Ayuntamiento de Alcobendas y tuvo entrada en el Tribunal el día 10 de abril. El recurso había sido anunciado al órgano de contratación el día 7 de abril.

El recurso considera que debe declararse nulo el acuerdo de adjudicación a la UTE Valoriza, en primer lugar por ser nula de pleno derecho la cláusula de PCAP, relativa a las mejoras lo que motivaría la anulación del Pliego y subsidiariamente, de no apreciarse lo anterior, por no ajustarse la oferta técnica presentada por la adjudicataria a los requisitos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y por la existencia de errores en la valoración contenida en el informe técnico.

Cuarto.- El 15 de abril el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

Quinto.- Con fecha 15 de abril, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de los representantes de las empresas que concurren como UTE Valoriza en el que sostienen en primer lugar la extemporaneidad del recurso, en segundo lugar, la falta de legitimación del recurrente puesto que la anulación del procedimiento no le depararía beneficio alguno así como imposibilidad de recurrir de forma indirecta los Pliegos, en tercer lugar la legalidad de la cláusula de mejoras impugnada y por último la adecuación de su oferta a las prescripciones del PPT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- La recurrente se encuentra legitimada para interponer recurso especial al tratarse de personas jurídicas *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*. (Artículo 42 del TRLCSP).

Respecto de la pretensión principal de anulación del procedimiento, el interés de la recurrente estriba en que la anulación solicitada, podría llevar a una nueva licitación, que al tratarse de un servicio de interés para dos municipios es previsible, que le daría oportunidad de concurrir y en su caso ser adjudicataria.

En cuanto a la pretensión subsidiaria de exclusión de la empresa adjudicataria, la estimación de la misma, al estar clasificada en segundo lugar, la situaría en posición de ser adjudicataria del contrato.

Por lo tanto, queda acreditada su legitimación para interponer el recurso.

Se acredita asimismo la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Especial mención merece el plazo de interposición del recurso ya que tanto el informe del órgano de contratación como la adjudicataria sostienen la extemporaneidad del mismo, al haberse interpuesto, a su juicio, una vez transcurrido los quince días hábiles que impone el artículo 44.2 del TRLCSP.

El Acuerdo de la Junta de Gobierno impugnado fue adoptado el 10 de marzo de 2015, dicho acuerdo se notificó por correo ordinario, con fecha 18 de marzo, tal y como consta en el expediente administrativo. Al tratarse de la impugnación del acto de adjudicación, según el artículo 44.2 el plazo se cuenta desde el día siguiente a aquél en el que se remita la notificación de dicho acto. Por lo tanto a partir del día 19 de marzo.

La recurrente presentó el escrito de recurso ante el Registro General del Ayuntamiento de Alcobendas el día 7 de abril, tal y como consta en el justificante de presentación de ORVE (Oficina de Registro Virtual de Entidades Locales), y por lo tanto dentro de plazo. El escrito iba dirigido “al Ayuntamiento de Alcobendas para ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”, sin embargo el Registro lo envió únicamente al Tribunal, obviando que iba dirigido también al Ayuntamiento, es decir al órgano de contratación, por eso la fecha que debe considerarse es la de presentación en el registro, si bien tuvo entrada en el Tribunal el 10 de abril.

Por todas esas circunstancias el recurso especial se interpuso dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el art. 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios, con un valor estimado de 6.760.167,72 euros, de categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, sometido a regulación armonizada. En consecuencia, el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso este se centra en la aplicación de la cláusula 16.1.2 del PCAP, cuya ilegalidad implicaría la anulación de los Pliegos, y subsidiariamente se alega el incumplimiento de determinadas condiciones establecidas en el PPT por la oferta de la adjudicataria y la errónea valoración de la misma en el informe correspondiente.

Alega la recurrente, que a la vista de la cláusula del Pliego relativa a las mejoras, que *“esta parte no puede entender realmente cuál ha sido la forma de puntuación asignada por la Administración a las mejoras descritas, en la cláusula se establece una puntuación de hasta 20 puntos, sin embargo, con posterioridad se establecen cuatro tipos de mejoras sin que se establezca como se van a puntuar las mismas, este hecho genera que las partes no puedan concurrir en igualdad de condiciones a la licitación ya que no se conoce como se van a puntuar realmente las mejoras ni se menciona si alguna tiene preponderancia sobre el resto.*

A mayor abundamiento, vemos que en la citada cláusula se dice que la valoración de las mejoras del servicio se hará con independencia de su valor económico para posteriormente establecer en letras mayúsculas que las mejoras deberán ser valoradas económicamente a precios reales por el ofertante. Como vemos, parece que la forma de valorar las mejoras no va a depender de un componente económico (tal y como debería ser ya que nos encontramos con mejoras que se encuentran sometidas a un juicio de valor), sin embargo en el Informe de valoración de los aspectos de juicio de valor de 29 de diciembre de 2014”.

Esto a su juicio motiva la nulidad de tal cláusula y de todo el procedimiento y en apoyo de su tesis diversas Resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales y jurisprudencia de los Tribunales de Justicia.

Por su parte, el órgano de contratación sostiene que nos encontramos ante una impugnación indirecta del PCAP, posibilidad limitada por la jurisprudencia a aquellos casos en que exista nulidad de pleno derecho, supuesto que no se da en este caso,

destacando además que la recurrente obtuvo, en aplicación de la cláusula impugnada, la mejor valoración en el informe técnico emitido.

Cabe recordar, que como ha indicado este Tribunal en varias ocasiones, entre otras en las Resoluciones 43/2011, de 28 de julio, 57/2013 de 17 de abril, 92/2013, de 26 de junio, y la 55/2015 de 15 de abril, las mejoras deben ser objeto de definición de los pliegos, en aras de los principios que deben regir la contratación pública. El artículo 147 del TRLCSP establece que *“Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad”*. En tal caso, según el apartado 2 del citado artículo, deberá indicarse en el anuncio de licitación sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

El artículo 24 de la Directiva 2004/18/CE, de 3 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios establece, refiriéndose a requisitos para valorar variantes o mejoras, lo siguiente:

“3. Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deben cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación.

4. Solo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos”.

Considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en su informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, relativo a la inclusión en los pliegos criterios de adjudicación consistentes en valoración de mejoras, que son admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden

relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga.

Estos requisitos exigidos por la Ley para la valoración de variantes o mejoras, derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en situación de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar.

En este sentido puede traerse a colación la Resolución 370/2014, del Tribunal Central de Recursos Contractuales, de 9 de mayo de 2014, *“En este sentido, el Tribunal sostiene un criterio consolidado a lo largo de sus resoluciones, sirviendo como ejemplo las Resoluciones 514/2013, de 14 de noviembre, 207/2013, de 5 de junio, 302/2011, 14 de diciembre, 189/2011, de 20 de julio. Como se expone en la resolución de este Tribunal 180/2013, de 23 de mayo de 2013, dictada en el recurso 187/2013, y las que en ella se citan, resolución 155/2011 (reiterada por otras muchas, como la 69/2012 o la 203/2012), el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha analizado la obligación de que el pliego de cláusulas detalle las condiciones y requisitos de presentación de las mejoras, en aras del principio de igualdad de los licitadores (sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH). También para la valoración de las ofertas, que incluye la de las mejoras, su concreción es un requisito esencial, pues como ha recordado la sentencia TJUE de 28 de noviembre de 2008, el órgano de valoración no puede establecer a posteriori coeficientes de ponderación, subcriterios o reglas no reflejados en el pliego”*.

El principio de igualdad, rector de la licitación pública, y su vertiente del principio de transparencia, implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, asunto C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111).

En el caso objeto del recurso, las mejoras están incluidas en el PCAP y se refieren al objeto del contrato, pero lo hacen de una manera genérica y en cierto modo confusa puesto que en un primer momento se indica *“con independencia de su valor económico”* para luego decir que deben ser valoradas económicamente a precios reales y en caso contrario no se tendrán en cuenta. Además no resultan precisados los aspectos concretos sobre los que deben presentarse, ni se fijan los requisitos mínimos y modalidades de presentación, ni se establece la ponderación que se otorgará a cada uno de los apartados y los parámetros a considerar para la asignación de los puntos previstos, extremos que exige el artículo 147.2 del TRLCSP, dejando un margen de discrecionalidad excesivo al órgano de contratación, por lo que no reúne los requisitos antes citados para considerarla admisible.

Esta discrecionalidad es reconocida por el propio órgano de contratación, puesto que el informe del Área, explica que *“al no existir de manera previa un reparto de puntos para cada una de ellas, se efectuó la valoración considerando el interés y utilidad de las mejoras atendiendo a la fase de valoración mediante juicio de valor, y sin que requiriera el pliego la definición de fórmula para la valoración de las mismas a diferencia de aquellas recogidas en el apartado de valoración mediante fórmula”*.

Hay que tener en cuenta que la explicación sobre la ponderación o el reparto de puntos aplicables a las mejoras establecidas, debe hacerse en los Pliegos, es decir, antes de la presentación de las proposiciones, porque ese conocimiento es el que permitirá a las empresas realizar sus ofertas con pleno conocimiento de los criterios que posteriormente se aplicaran en el reparto de la puntuación. Las explicaciones posteriores, una vez presentadas las ofertas y valoradas, por muy razonables y detalladas que sean no evitan en modo alguno la arbitrariedad prohibida por la norma a la hora de valorar las mejoras.

Es cierto, como indica el órgano de contratación en su informe y alega también la adjudicataria, que el pliego no fue objeto de recurso, ni en relación con esta ni con ninguna otra cuestión, y que ha sido solo a la vista del resultado de la valoración, que

se cuestiona de forma indirecta la validez del todo el procedimiento de licitación y que el órgano de contratación ofrece una justificación de la valoración efectuada de cada una de las mejoras propuestas por la adjudicataria y de su valoración, siendo superior la puntuación de la recurrente en este apartado. Pero también lo es, que con carácter general los órganos encargados de la resolución del recurso especial (Vid TCRC 370/2014 o Resolución TCRC 302/2011, 14 de diciembre) vienen considerando 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”*.

Como también señalábamos en nuestra Resolución 55/2015, de 15 de abril, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. Además, como ha declarado el TJUE (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) *“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... 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”*

Por lo tanto, procede estimar el recurso por este motivo y declarando la nulidad de la cláusula 1.1.2 del PCAP y la anulación del procedimiento de licitación que deberá reanudarse desde su acuerdo inicial, si el órgano de contratación lo considera necesario. En la elaboración del nuevo Pliego se tendrán en cuenta las consideraciones expuestas.

No procede entrar al análisis del resto de motivos del recurso puesto que estimado el primero de ellos se anula el proceso de licitación.

Sexto.- Como consideración de carácter general y teniendo en cuenta que se debe proceder a la elaboración de unos nuevos Pliegos, conviene recordar, como siempre indica este Tribunal, que los Pliegos, de acuerdo con lo establecido por el art.115.2 del TRLCSP, configuran la ley del contrato y que vinculan tanto a los licitadores como al órgano de contratación.

En cuanto al Pliego de Prescripciones Técnicas, tiene igualmente carácter vinculante (Acuerdo 27/11, TARC de Aragón) y las ofertas presentadas deben cumplir todas y cada una de las prescripciones en él contenidas para ser admitidas a la licitación. El incumplimiento de una o varias de ellas, tiene como consecuencia la exclusión de la oferta y no la asignación de una puntuación menor en la aplicación de los criterios de adjudicación. Resulta evidente que el incumplimiento de algunas prescripciones, como la de contar con determinado personal o la de prestar servicio durante determinadas horas o en determinados espacios, redundaría necesariamente en la oferta económica a presentar, que podrá ser inferior a las del resto de licitadores que han cumplido todas y cada una de las prescripciones.

Por ello, el principio de concurrencia en igualdad de condiciones exige el cumplimiento estricto de las prescripciones del PPT, tanto en la oferta presentada como en la posterior ejecución del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso interpuesto don M.B.B., en nombre y representación de DORNIER, S.A, contra la adjudicación del contrato denominado “Inmovilización y retirada de vehículos de la vía pública y su depósito en el depósito municipal de Alcobendas y San Sebastián de los Reyes, así como la gestión del servicio de estacionamiento regulado de Alcobendas”, nº exp. 2076/201, anulando la adjudicación, la cláusula 1.1.2 del PCAP y todo el procedimiento, que deberá reiniciarse, caso de considerarse necesario, elaborándose nuevos Pliegos que incluyan las consideraciones contenidas en el Fundamento Quinto de la presente Resolución.

Segundo.- 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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.