

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

En Madrid, a 12 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don C.P.B., en nombre y representación de Team Service Facility, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arroyomolinos, de adjudicación de contrato denominado: “limpieza por lotes de las siguientes dependencias: lote 1: C. P. Legazpi y C. P. Francisco de Orellana, lote 2: Polideportivo los Mosquitos, Centro de las Artes y los aparcamientos de la c/ Carcavilla y c/ Potro”, Exp. nº. 4/14, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 15 de marzo de 2014 se publicó en el DOUE, el 14 de abril en el BOCM y el 24 de abril en el BOE, el anuncio de licitación del expediente objeto del recurso, dividido en dos lotes. El valor estimado es de 493.586,76 euros, el lote 1 y 336.925,60 euros, el lote 2.

Segundo.- El 19 de mayo se reúne la Mesa de contratación para la valoración técnica del sobre que contiene los criterios ponderables, en función de un juicio de valor y la apertura de ofertas económicas.

Tercero.- El 16 de junio de 2014 Team Service Facility, S.L., presenta recurso especial en materia de contratación. La recurrente manifiesta indefensión ante el desconocimiento de las razones concretas de la tácita exclusión de su oferta de licitación, la motivación de esta decisión y los criterios de evaluación del expediente administrativo. El recuso fue inadmitido por Resolución 107/2014, de 27 de junio, por no dirigirse contra un acto susceptible de recurso.

Cuarto.- El 25 de julio de 2014 se constituye la Mesa de contratación para proceder a la lectura del informe de valoración emitido por el Técnico municipal, resultando que, para el lote 1 la recurrente obtiene una puntuación total de 86,02 puntos y Limpieza Arroyomolinos de 84,6 puntos. En el lote 2 la recurrente obtiene una puntuación total de 97,00 puntos y Limpieza Arroyomolinos 80,74 puntos. Según consta en acta, la Secretaria suplente pone de manifiesto que, pese a que la Mesa ha considerado su proyecto como el mejor, existe una preocupación, por parte de sus miembros, de que no vaya a ser llevado a cabo a tenor de lo indicado por el técnico municipal en su informe: *“la presente oferta técnica me genera mucha desconfianza en cuanto al correcto cumplimiento de lo ofertado”*. Expone que se ha girado visita a varios de los edificios afectados por el contrato y se constata el incumplimiento grave en todos los edificios visitados. La Mesa de contratación también ha sido conocedora de diversas quejas importantes de los usuarios de los edificios, incluido la recogida de firmas que se ha llevado a cabo en uno de los colegios.

Por la secretaria de la Mesa se hacen dos consideraciones al objeto de llevar a cabo su propuesta de adjudicación:

1. La oferta económicamente más ventajosa conforme a la Directiva 2004/18 se corresponde con la mejor relación calidad precio.

2. La finalidad de la constitución y funcionalidad de la Mesa de contratación es la de garantizar que la oferta presentada por los licitadores, sea la económicamente

más ventajosa, sin olvidar que el contrato debe ser adjudicado a aquel licitador cuya oferta pueda realmente ser cumplida y no a aquellos otros que presenten ofertas de muy difícil o imposible cumplimiento. De no entenderlo así se pondría en peligro la real y correcta ejecución del contrato en los términos pactados en detrimento y perjuicio del interés público.

Se producen varias intervenciones y la Secretaria pide la votación de los miembros. El presidente vota a favor de Team Service según el informe del Técnico municipal, atendiendo a la máxima puntuación. Una vocal vota a favor de la mercantil clasificada en segundo lugar, por considerar que Team Service no es la económicamente más ventajosa y la otra vocal pide un receso de 5 minutos para hacer una llamada telefónica.

Reanudada la sesión se procede a una nueva votación en la cual todos los miembros de la Mesa votan por la segunda empresa clasificada, al considerar su propuesta, como la económicamente más ventajosa.

El 16 de septiembre la Junta de Gobierno Local acuerda clasificar las proposiciones presentadas siguiendo los criterios de adjudicación, que señala el pliego en orden descendiente:

Lote 1:

Team Service Facility, S.L. 86,02 puntos.

L. Arroyomolinos, S.L. 84,60 puntos.

Lote 2:

Team Service, S.L. 97,00 puntos.

L. Arroyomolinos, S.L. 80,74 puntos.

Siguiendo el criterio de la Mesa de contratación, la Junta de Gobierno considera que, a pesar de tener la mayor puntuación la mercantil Team Service no es la oferta económicamente más ventajosa y se requiere a L. Arroyomollinos la documentación a que se refiere el artículo 151.2 del Texto Refundido de la Ley de

Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Con fecha 24 de Septiembre de 2014, la Junta de Gobierno Local de Arroyomolinos aprueba la adjudicación a la empresa Limpieza Arroyomolinos, S.L. y se remite notificación a los interesados el día 25 de Septiembre, haciendo constar que contra la Resolución de adjudicación cabe interponer recurso potestativo de reposición.

El 7 de octubre se procede a la formalización del contrato con L. Arroyomolinos, S.L.

Quinto.- El 10 de octubre de 2014 Team Service Facility, S.L., presenta recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal. La recurrente manifiesta que la adjudicación es contraria a la ley por incumplimiento de los artículos 150, 151 y 160 del TRLCSP; falta de transparencia en la votación de la Mesas de contratación para determinar qué licitador ha de ser propuesto como adjudicatario y que el pie de recurso que se acompaña a la resolución de adjudicación, induce a confusión a los licitadores lesionando el derecho a la tutela judicial efectiva.

El recurso solicita que se declare nula la adjudicación a favor de Limpiezas Arroyomolinos, S.L., y que se retrotraigan las actuaciones hasta el momento en que:

- La Mesa proponga como adjudicatario a quién, conforme a la Ley y a los Pliegos y el informe de 25 de Junio de 2014, procede, es decir, Team Service Facility, S.L., en la medida que es la oferta que ha obtenido la mayor puntuación en la valoración de los criterios de adjudicación y, de acuerdo a la ley, resulta ser la oferta económicamente más ventajosa.

- El órgano de contratación, en virtud de dicha proposición, adjudique el expediente 4/2014 a quién, conforme a la Ley, los Pliegos y el informe de 25 de Junio de 2014, procede, es decir, Team Service Facility, S.L., en la medida que es la

oferta que ha obtenido la mayor puntuación en la valoración de los criterios de adjudicación y, de acuerdo a la ley, resulta ser la oferta económicamente más ventajosa.

Sexto.- Con fecha 15 de octubre el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP. No obstante, al tener conocimiento de la formalización del contrato y que la prestación del servicio afecta a colegios, centro cultural y otras dependencias del Ayuntamiento, el 17 de octubre acordó dejar sin efecto dicha suspensión.

Séptimo.- El 20 de octubre de 2014, se remite una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

El informe mantiene que la contratación objeto del recurso trae causa de la próxima finalización del expte. 44/09 y que la actual prestadora del servicio es Team Service. Afirma que la prestación del servicio se ha realizado con incumplimientos de lo contratado y que la relación de personal facilitada por Team Service no se ajusta a la realidad, lo que ha perjudicado al resto de licitadores que no han podido calcular adecuadamente los costes del contrato. Constata también que no se ha producido apercibimiento ni imposición de penalidades por la defectuosa prestación del expte. 44/09, por desconocimiento anterior de los incumplimientos y recuerda que el ordenamiento jurídico dispone de diversos mecanismos protectores de la contratación pública como el control de legalidad de la jurisdicción contenciosa, la responsabilidad penal, disciplinaria, contable y, de forma derivada, la acción de regreso por responsabilidad patrimonial.

En cuanto a las funciones de la Mesa de contratación mantiene que ha de seleccionar la mejor oferta y la selección no puede ser un acto mecánico de otorgamiento de puntuación. La Mesa, señala, es un instrumento de control del gasto público y de la legalidad, teniendo la función de proteger el interés público y por eso, las consecuencias inherentes a éste pueden determinar una reacción

administrativa tan pronto como sea detectada una irregularidad, sin necesidad de esperar a que se consume y en este caso ha dirigido su actuación valorando los riesgos para el interés público de una prestación deficiente o una resolución anticipada del contrato, si una oferta se considera técnicamente inviable.

Mantiene la posibilidad de la Mesa de solicitar cuantos informes estime oportuno y que la visita de inspección que realizó la Técnico de contratación junto al Técnico responsable del contrato, no la realiza como Secretaria de la Mesa, sino como funcionaria del Ayuntamiento, cuando se entiende que la defensa que el responsable del contrato y el Concejal de Servicios, Presidente de la Mesa hacen de la correcta realización del servicio por Team Service, no se corresponde con lo expuesto por la Concejala de Cultura y vocal de la Mesa y con lo que, en días posteriores, la Concejalía de Deportes transmite.

Añade el informe que, en la actualidad, el Ayuntamiento de Arroyomolinos se encuentra recogiendo todos los datos necesarios para baremar el grado de incumplimiento del proyecto y del servicio que Team Service ha llevado a cabo para tomar las acciones legales oportunas contra la mercantil y el responsable del contrato y, de igual forma, deberá considerarse la devolución de la garantía definitiva.

Octavo.- Por la Secretaría del Tribunal se da 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 han recibido alegaciones de Arroyomolinos, SL que expone que no existe identidad en cuanto a las condiciones de antigüedad y horas de trabajo del personal a subrogar facilitado para licitar y la documentación aportada por Team Service una vez producida la nueva adjudicación al actual adjudicatario.

Considera que no se vulnera el principio de igualdad de los licitadores por el

hecho de que se hayan girado visitas de inspección, pues el hecho de que se soliciten aclaraciones sobre el contenido de las ofertas presentadas, es una exigencia que deriva de los principios de buena administración y proporcionalidad, que son aplicables a todos los procedimientos de contratación.

En cuanto a la posibilidad de pedir informes en base al artículo 160 del TRLCSP, recuerda que la presentación de un proyecto técnico de limpieza, es uno de los criterios de adjudicación o es de éste del que la Mesa de contratación desea despejar la incógnita de su cumplimiento.

Sobre la falta de competencia para realizar visitas de inspección, señala que las figuras de Secretaria de la Mesa de contratación y la Técnico que redactó el PCAP, coincide en la misma funcionaria y que los órganos de contratación pueden iniciar el procedimiento para la declaración de prohibición de contratar, en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto, con ocasión de la tramitación de un expediente administrativo.

Respecto de la falta de sanción a la recurrente por los incumplimientos en la prestación del servicio que tenía contratado, manifiesta que el conocimiento del incumplimiento durante los cuatro años por la concejalía de Servicios, no fue trasladado al Departamento de Contratación y existe contradicción, por parte del responsable del contrato, que según consta en el acta de la Mesa de 30 de mayo, declara que las limpiezas se están llevando correctamente cuando días después firma dos actas de inspección dejando constancia del incumplimiento. Y que se ha procedido a solicitar que se inicien los trámites oportunos para derivar responsabilidades.

En cuanto a la adjudicación a la oferta más ventajosa, considera que se trata de un concepto jurídico indeterminado que proporciona un margen de discrecionalidad, obligando con ello a que la motivación deba ser tan rigurosa cuanto mayores sean el grado de afección de los derechos de los interesados, el peligro de arbitrariedad y la decisión de la Mesa de contratación de que la oferta de Team

Service no es la económicamente más ventajosa, aduce buenas razones a favor de la misma, razones de interés general coherentes con los criterios de adjudicación que se habían fijado con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Team Service Facility, S.L., para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, ya que se trata de una empresa licitadora al contrato, clasificada en primer lugar.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo del artículo 44.2.a) del TRLCSP ya que el Acuerdo de adjudicación es de 24 de septiembre y la notificación del 25 de septiembre, interponiendo el recurso el 10 de octubre, dentro del plazo establecido.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios incluido en la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En primer lugar el recurso alega que la adjudicación es contraria a la Ley, pues no se ha producido la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, según los criterios de adjudicación, sino en base a consideraciones subjetivas venidas de la ejecución de un contrato anterior y que se ha producido la reevaluación de la oferta técnica una vez abiertos todos los sobres.

El artículo 150.1 TRLCSP dispone: *“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como (...).”*

El artículo 151.1 del TRLCSP dispone: *“1. El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente. Para realizar dicha clasificación atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes.”*

En tercer lugar, el artículo 160 del TRLCSP, en relación al procedimiento abierto, dispone: *“1. El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado a los que hace referencia el artículo 150.2 en los casos previstos en el mismo, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquél a efectos de formular la propuesta. La apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas. En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.*

Cuando para la valoración de las proposiciones han de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego.

2. La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.”

El TRLCSP impone que, la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, ha de atender exclusivamente, a los criterios de adjudicación señalados previamente. La determinación de la oferta económicamente más ventajosa, solo ha de basarse en los criterios de adjudicación y no en el grado de ejecución del contrato anterior ya que, resulta obvio, que se trata de dos expedientes completamente independientes.

La oferta de Team Service Facility, S.L., es la que obtiene mayor puntuación, en los dos lotes, en la valoración de los criterios, tanto los valorables en cifras o porcentajes como los ponderables en función de un juicio de valor.

En virtud de los arts. 150.1, 151.1 y 160 del TRLCSP precitados lo que exige la ley, es que el procedimiento para la valoración de las proposiciones, su clasificación y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se ha de basar en los criterios de adjudicación señalados en el pliego, o en el anuncio, sin perjuicio de que para dicha valoración, se puedan solicitar cuantos informes técnicos se consideren necesarios sobre el contenido de las proposiciones y sin que esos informes puedan tener por referencia el cumplimiento de otros contratos.

Pueden ser adjudicatarias de los contratos del sector público las personas naturales o jurídicas que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia o, en los casos en que así lo exija la Ley, se encuentren debidamente clasificadas. Por tanto toda empresa que cumpla dichos requisitos será admitida al procedimiento de licitación como ha ocurrido en el presente caso y podrá ser la adjudicataria, si obtiene la mejor clasificación ordenada, en función de los criterios de adjudicación. El seguimiento de la ejecución de otro contrato anterior, aunque tenga el mismo campo de aplicación, es una tarea que ha

de incumbir al responsable designado y los mecanismos de corrección de su cumplimiento son los previstos en el PCAP y en el TRLCSP pero, en todo caso, se refieren a un expediente distinto que salvo declaración de prohibición, no puede afectar a la admisión ni a la adjudicación de otro expediente.

Pese a ello, el acta de la Mesa de contratación de 25 de julio, considera más ventajosa la oferta de la segunda clasificada y la Junta de Gobierno Local el 16 de septiembre propone la adjudicación a la segunda, en el orden de clasificación que ella misma acuerda. La propuesta de adjudicación no se basó en los criterios de adjudicación del expediente 4/2014, sino en el grado de satisfacción por el cumplimiento de un anterior contrato, el 44/09.

El artículo 22.1 del RD 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su apartado g) regula las funciones de la Mesa de contratación en relación a las propuesta de adjudicación: *“(...) propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional a favor del licitador que hubiese presentado la proposición que contuviese la oferta económicamente más ventajosa según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación (...)*. Ciertamente la Mesa ha de analizar las ofertas y no limitarse a ser un buzón de proposiciones y valoraciones, pero todo ello ha de ir referido a la valoración de las ofertas, en base a los criterios previamente establecidos. Para considerar una oferta técnicamente inviable ha de basarse en los datos incoherentes, contradictorios o insuficientes de la propia oferta o en el procedimiento contradictorio del artículo 152 del TRLCSP para la apreciación de las ofertas anormales o desproporcionadas. La presentación de una oferta supone la aceptación incondicionada de los Pliegos que rigen la licitación y no cabe el rechazo de la proposición, salvo en los supuestos anteriores.

El artículo 160 no da cobertura a la solicitud de informes sobre la ejecución de un expediente distinto e independiente al que se está valorando, ni de cuestiones diferentes a las relativas a los criterios de adjudicación. Si bien las actas, ponían en duda la ejecución del contrato 44/09, ello no tuvo consecuencias en la aplicación de

mecanismos correctivos como la imposición de penalidades o la resolución del contrato y tampoco tuvo reflejo alguno en el informe técnico de valoración de los criterios valorables, mediante juicio de valor de 25 de junio. Si se evidenciaron incumplimientos graves del contrato 44/09 se pudo poner en marcha los mecanismos correctivos previstos en el PCAP y en el TRLCSP, con la posible declaración de prohibición para contratar de la incumplidora, pero ninguna consecuencia se puede anudar respecto de un procedimiento distinto donde la empresa ha sido admitida y su oferta considerada la económicamente más ventajosa.

Tampoco cabe presumir, en base a un posible incumplimiento, que en otro o en otros contratos se va a producir también una mala ejecución, pues supondría extender los efectos de un contrato a otros donde no se ha probado. Será competencia del responsable del contrato el adecuado seguimiento del nuevo contrato y la adopción de las medidas correctivas precisas, en su caso.

Por otra parte no se puede aceptar que se ha producido, como afirma la recurrente, reevaluación de las ofertas o una nueva valoración. El criterio de la Mesa de contratación de considerar que la oferta que ha obtenido la mayor puntuación no es la más ventajosa económicamente no supone modificación del informe ni de la puntuación, por tanto no es sostenible el argumento de que se ha procedido a la valoración de los criterios subjetivos una vez conocida la totalidad de las ofertas y fuera del momento procedimental oportuno, lo que conllevaría a la nulidad del procedimiento.

Sexto.- En segundo lugar se alega falta de transparencia en la votación de la Mesa de contratación para determinar qué licitador ha de ser propuesto como adjudicatario.

Ninguna virtualidad puede tener esta alegación, pues consta en acta el sentido del voto individual de cada uno de los miembros de la Mesa a la cual ha tenido acceso la recurrente y le ha permitido su invocación en el recurso. La

circunstancia de solicitar y proceder a un receso tampoco es contrario al procedimiento, ni vulnera el principio de transparencia. Asimismo es admisible el cambio de voto de uno de los miembros, consecuencia de la deliberación que se produce en el órgano colegiado, pues precisamente el sentido de la deliberación, es la exposición de las distintas opiniones reflexionando sobre las mismas y la posibilidad de convencimiento de una posición a adoptar en el momento de ejercer el voto, independientemente de lo acertado de tal decisión. El debate tiene precisamente como finalidad adoptar un acuerdo por todos los miembros con el conocimiento previo de cada una de las razones de su posición, ante el acto a decidir y la posibilidad de convicción al resto de miembros del órgano colegiado inicialmente discrepantes.

Séptimo.- Finalmente se alega por la recurrente que el pie de recurso que acompaña a la resolución de adjudicación induce a confusión a los licitadores pues no recoge la posibilidad de interposición del recurso especial en materia de contratación sino de recurso de reposición.

Tal como se ha expuesto en el fundamento de derecho cuarto de esta Resolución, se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. Por ello la adjudicación es un acto susceptible del recurso especial en materia de contratación.

Ciertamente la notificación es defectuosa, sin embargo ninguna confusión ha producido a la recurrente pues ha interpuesto el recurso adecuado dentro del plazo previsto en la Ley. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal ya se pronunció sobre la procedencia del recurso en la Resolución 107/2014, que fue notificada tanto al órgano de contratación como a la recurrente. Debe tenerse en cuenta también el conocimiento del expediente que demuestra la interposición de un recurso ampliamente fundado y con numerosos anexos de documentación del expediente administrativo. En consecuencia el acceso al expediente y la interposición del recurso enerva cualquier alegación de indefensión.

Octavo.- En consecuencia, de acuerdo con la fundamentación anterior, procedería la estimación del recurso y la consiguiente anulación de la adjudicación recaída y de los actos posteriores, debiendo retrotraer las actuaciones al momento en que se cometió la infracción para proponer la adjudicación a la oferta más ventajosa, de acuerdo con los criterios de adjudicación que figuran en el PCAP, procediendo a la liquidación del contrato formalizado.

Dicha consecuencia sería la adecuada, sin tener en cuenta otros elementos hechos valer, tanto por el órgano de contratación, en su informe al recurso como por la actual adjudicataria, en su escrito de alegaciones. En ambos documentos se pone de manifiesto lo erróneo o la falsedad de la información proporcionada por Team Service, como prestadora del servicio, lo cual ha inducido al resto de licitadores a presentar una oferta económica teniendo en cuenta unos costes, en función de la necesidad de subrogación de un personal que no es el realmente contratado, lo cual supone que su oferta no sea tan competitiva como la de la anterior prestadora del contrato que conoce los costes reales de la prestación del servicio.

Así, Limpiezas Arroyomolinos, S.L. pone de manifiesto las siguientes discordancias:

A. Respecto a las horas por las que se le debería contratar:

En el Pliego figuraba determinado personal que presta sus servicios cuyo contrato sería de ciertas horas semanales, cuando en su contrato figuraba que estaba dado de alta por un número inferior de horas.

B. Respecto a la antigüedad:

En el pliego figuraba en el personal que presta sus servicios con fecha de antigüedad anterior, no correspondiéndose con la que figura en su contrato que es posterior.

Limpiezas Arroyomolinos insta al Tribunal a que adopte las medidas oportunas y no quede impune el hecho de inflar los costes de personal deliberadamente con el único fin de garantizarse la adjudicación de la licitación, dado que el resto de licitadores tiene prácticamente imposible poder mejorar la oferta de Team Service, dado que desconocen la jornada y antigüedad real del personal.

El Tribunal dio traslado a Team Service del escrito y del informe del órgano de contratación a fin de que pudiera presentar escrito de alegaciones, en relación a dichos hechos, dado que la veracidad de los mismos pudiera suponer la nulidad de pleno derecho del procedimiento de licitación.

Team Service ha presentado escrito en el que manifiesta su disconformidad con la manifestación de falta de uso de la maquinaria de limpieza y aporta facturas y contratos de leasing del aspirador de polvo líquido, barredora fregadora e hidrolimpiadora, cuestiones que no son objeto del presente recurso.

Asimismo Team Service se muestra disconforme con la manifestación de haber gozado de información privilegiada en la licitación. Señala que todos y cada uno de los licitadores lo han hecho en igualdad de condiciones ya que todos eran conocedores de las horas que debían prestarse, en cada uno de los lotes objeto del contrato, como de la dotación del personal necesario que debía asignarse a cada instalación que integra los lotes. Conforme a lo señalado en el PPT, Team Service ha asignado en su oferta a cada una de las instalaciones idéntica dotación horaria a la señalada en el apartado 6 del citado PPT.

En relación a la información relativa a los trabajadores Team Service dice, en el escrito de alegaciones, que se limitó a remitir al órgano de contratación los datos recogidos en el PCAP que reguló la licitación del expte. 44/09 y, en relación a la antigüedad de los trabajadores, a subrogar que ha respetado escrupulosamente los datos que constaban en el PPT del contrato 44/09, los cuales habían sido facilitados por las empresas que prestaron el servicio antes que Team Service y que esta

mercantil carece de potestad para contradecir dicha información y, por ello, ha considerado veraz la que le fue facilitada inicialmente, con motivo de su subrogación. Manifiesta que se ha valido del personal necesario para la perfecta prestación del servicio incluyendo el personal especialista preciso y asumiendo, en todo momento, las obligaciones laborales derivadas de la subrogación del expte. 44/09. Ello supone que las horas de diferencia por trabajador puestas como no ejecutadas por el órgano de contratación y Limpiezas Arroyomolinos, sí que se han ejecutado, en la medida en que se ha valido de personal adicional propio, sin coste adicional para el Ayuntamiento, para cumplir con la dotación horaria del contrato 44/09 y adjunta la relación de los trabajadores que han prestado sus servicios en el Ayuntamiento de Arroyomolinos. Según afirma, de ello tenía conocimiento el Ayuntamiento, dando su consentimiento en todo momento. Por ello, sumando las horas que figuran en los pliegos con las horas ejecutadas por personal propio, da como resultado el cómputo global de horas que figura en el apartado 6 del PPT del expte. 4/2014. También asegura haber cumplido la dotación horaria derivada de la mejora ofertada.

Como ya hemos manifestado el objeto del recurso, en este momento, se centra en el contrato 4/2014 y la suficiencia de la información facilitada a los licitadores para la presentación de su oferta al mismo y no en el adecuado cumplimiento del contrato ya extinguido 44/09.

Según el apartado 5 del PPT “personal” el contratista empleará *“el personal necesario cuantitativa y cualitativamente que asegure: a) una plantilla estable suficiente para cubrir la totalidad de los servicios con arreglo a los planes de trabajo establecidos para todos y cada uno de los centros objeto de la presente contrata (...). En el anexo I de este pliego se detalla la relación nominal de los trabajadores clasificados por categoría, tipo de contrato y antigüedad que prestan sus servicios en la actualidad”*. El apartado 6 “horarios y necesidades” señala que la prestación del servicio de limpieza del lote 1 será de 10.665 horas anuales a razón de la distribución mensual que indica y no se hace referencia al lote 2.

El artículo 120 del TRLCSP, titulado *“Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”*, establece:

“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”.

La finalidad de tal precepto radica en que los licitadores cuenten con todos los datos necesarios para realizar una adecuada y completa evaluación de los costes de las prestaciones objeto del contrato, de tal forma que dispongan de los factores a tener en cuenta para presentar sus proposiciones ajustadas a la realidad de las características y circunstancias específicas del contrato a adjudicar. A este respecto, el citado artículo 120 preceptúa que el órgano de contratación ha de proporcionar tal información en el momento de poner a disposición de los licitadores el pliego o la documentación complementaria al mismo, información que, en ese momento, el órgano de contratación habrá de obtener de la empresa que hasta entonces ha venido ejecutando el contrato de que se trate.

En este sentido puede citarse el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002, -aplicable asimismo a la LCSP-, que concreta esta obligación, señalando *“La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley. (...)”.*

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 5/2012, de 15 de junio, sobre incidencias en la aplicación del artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público, concluye la conveniencia de modificar los pliegos tipo, para incluir una cláusula que permitirá al órgano de contratación, mediante la exigencia del cumplimiento de la obligación contractual esencial que se establece conocer, antes de la finalización del contrato, si el contratista se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, para actuar en consecuencia respecto a lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP.

No obstante, si con posterioridad a la inicial comunicación de tal información, y antes de que se formalice y perfeccione el contrato, el adjudicatario tiene conocimiento de que las condiciones de los contratos de los trabajadores en cuyas relaciones laborales se ha de subrogar, no son las que se infieren de la información inicialmente proporcionada, o se han visto modificadas por circunstancias conocidas posteriormente, y así lo acredita ante el órgano de contratación, el conocimiento de esas distintas circunstancias, que inciden directamente en las condiciones con que se ha ejecutar el contrato adjudicado y, en los costes que el adjudicatario tuvo en cuenta para concretar su oferta económica, constituye causa suficiente de que éste decida no formalizar el contrato.

En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en la Resolución 82/2011, de 2 de diciembre, que acuerda estimar el recurso anulando la resolución de adjudicación dictada y procediendo la convocatoria de una nueva licitación, al afirmar que *“cabe considerar que el órgano de contratación ha cumplido, al menos formalmente, con la obligación de información relativa a los trabajadores afectados, pero puede afirmarse que dicha información aportada junto con los pliegos, no se correspondía con la realidad que necesariamente debería tenerse en cuenta, tanto para la previa aprobación del gasto, como para la realización de la oferta por los licitadores, en los términos indicados por el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002, de 23 octubre, antes citado, cuando señala que “el*

conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan en los términos establecidos en el artículo 79.1 de la Ley, el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición. La ausencia de tal dato llevaría a una situación de ignorancia de aquellas obligaciones que debe asumir viciando su posición ante el contrato”.

Es decir, que además de en su vertiente formal, la obligación de información tiene una vertiente material relativa al contenido y suficiencia de dicha información, de manera que debe facilitarse a los contratistas todos aquellos datos relativos a la situación laboral del personal a subrogar que puedan ser determinantes de la oferta a realizar, entre ellos de forma especialmente significativa, los relativos a retribuciones y jornada laboral.”

Es decir, la licitación es un procedimiento de concurrencia competitiva y los licitadores han de estar en posición de igualdad, tanto en el momento de preparar sus ofertas, como en el momento de su valoración.

Tal como hemos expuesto en el fundamento de derecho anterior y tal como argumenta también la recurrente, el artículo 150.2 del TRLCSP establece, que para la valoración de las proposiciones y determinar la oferta económicamente más ventajosa, deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, que serán determinados por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento descriptivo.

Por ello debemos analizar si la información proporcionada, en cuanto al personal a subrogar, admite una valoración de los criterios de adjudicación en condiciones de igualdad de trato, que permita la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa o, por el contrario, si la puesta de manifiesto de tal disconformidad entre lo informado a los licitadores y las condiciones reales de los

contratos a subrogar, ha impedido seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. La respuesta solo puede ser negativa, se produce desigualdad en el momento en que los empresarios no cuentan con la misma información precisa y cierta que les permita licitar calculando los costes de la prestación y haga que unas ofertas sean comparables con otras. Si la comparación no es posible debido a la ausencia de la misma información, esto hace que la valoración se realice en condiciones de desigualdad, lo que constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho, que debe conducir a la nulidad de todo el procedimiento.

Si bien es cierto que el número de horas a prestar en el lote 1 según el PPT es de 120 horas semanales en el CP Legazpi y de 125 horas semanales en el CP Francisco de Orellana, ello no quiere decir que con esa información todos los licitadores puedan presentar en igualdad su oferta, porque todos conocen las necesidades de personal para realizar la prestación. Para ello deben conocer los datos de los contratos de los trabajadores a subrogar, en cuanto a número de horas para saber si les sobran o faltan trabajadores u horas de trabajo que, en su caso, han de recolocar y también conocer la antigüedad y tipo de contrato para tener conocimiento de los costes laborales que han de asumir. No es suficiente conocer el número de horas a prestar, sino también si se harán con el actual personal, con nuevas contrataciones y cuáles van a ser los costes en cada caso, según la dirección o política de recursos humanos de cada licitador.

La documentación a facilitar es la realmente existente en el momento de la licitación, no siendo suficiente el argumento de que se ha facilitado la misma relación que se le dio al actual prestador del servicio cuando él se subrogó, pues las condiciones han podido cambiar durante la ejecución del contrato y la nueva subrogación opera sobre los contratos vigentes. Tampoco se niega por Team Service la discordancia entre los datos facilitados y los que figuran en los contratos de los trabajadores, solo intenta explicar que lo hace en base a los datos facilitados para la subrogación de un contrato ya extinguido.

Por tanto, procediendo la anulación de la adjudicación recaída en Limpiezas Arroyomolinos, SL, por no haber sido la oferta mejor clasificada, de acuerdo con los criterios de adjudicación, procedería una nueva propuesta de adjudicación a favor de la oferta más ventajosa, pero estando pendiente de la nueva adjudicación, se pone de manifiesto una circunstancia que indica que la valoración de todas las ofertas se ha producido en condiciones de desigualdad, al evidenciar que la información sobre los trabajadores a subrogar no es correcta. No existe por tanto una oferta económicamente más ventajosa sobre la que pueda recaer la nueva adjudicación, lo que conduce a la nulidad de todo el procedimiento.

La consecuencia de la estimación de las alegaciones del recurso no puede ser la aceptación de la pretensión de que la recurrente sea propuesta como nueva adjudicataria, sino la anulación de la adjudicación. Tampoco debería recaer la adjudicación en la oferta clasificada segunda en el orden de clasificación como pretende Limpiezas Arroyomolinos, SL, manteniendo la validez del procedimiento tramitado, pues su oferta se ha formulado con unos sobrecostes irreales que en un primer momento hacen que sea menos competitiva que la de la actual adjudicataria y ahora, de resultar ella la adjudicataria, que su oferta ha tenido en cuenta unos gastos de personal más altos con motivo de las antigüedades y jornadas de trabajo que venían reflejadas en la documentación entregada junto a los pliegos, lo que vulneraría, además del principio de igualdad, el principio de eficiente utilización de los fondos públicos recogido en el artículo 1 del TRLCSP.

Este Tribunal considera que se ha producido una vulneración del principio de igualdad generadora de indefensión para los licitadores, en tanto en cuanto éstos, a la vista de los pliegos, no podían conocer de antemano los costes para la formulación de sus ofertas. El indicado principio de igualdad 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), circunstancia que, como más arriba se ha puesto de relieve, no concurre en el presente caso.

En consecuencia, declarada la nulidad de la adjudicación a Limpiezas Arroyomolinos, SL, cabe retrotraer las actuaciones al momento en que la infracción se cometió para adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa y, no siendo posible determinar ésta por haberse vulnerado el principio de igualdad para la presentación de proposiciones y su posterior valoración, se debe declarar la nulidad del procedimiento.

Noveno.- El órgano de contratación, a pesar de la calificación del contrato como de servicios sujeto a regulación armonizada, no cumplió con el plazo suspensivo de la formalización del contrato a que se refiere el artículo 156.3 del TRLCSP. La situación actual del expediente supone que el mismo se encuentra formalizado y en ejecución, habiendo levantado el Tribunal la suspensión, a petición del órgano gestor, a fin de permitir la continuación de la prestación del servicio a los usuarios, dado que, como se motiva en el Acuerdo, ya no había ningún procedimiento de adjudicación que suspender, ni se podía evitar la formalización que ya se había producido a la fecha de interposición del recurso.

Procede por tanto analizar las consecuencias de la anulación del acto de adjudicación y de todo el procedimiento de licitación.

El objetivo del recurso especial en materia de contratación es precisamente evitar que con la perfección del contrato se puedan consolidar situaciones de invalidez e impedir que la resolución del recurso carezca de virtualidad práctica. Ya en el artículo 2.3 de la Directiva 89/665/CE (redacción actual dada por la Directiva 2007/66/CE), se dispone la suspensión del procedimiento como garantía de que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato cuando el recurso se plantee contra la decisión de adjudicación de un contrato *“Cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el*

poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso”.

La nulidad de la adjudicación se transmite a los actos posteriores y como es lógico al contrato perfeccionado. En aplicación del artículo 35.1 del TRLCSP el contrato indebidamente formalizado debe entrar en fase de liquidación, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don C.P.B., en nombre y representación de Team Service Facility, S.L, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arroyomolinos de adjudicación de contrato denominado: “limpieza por lotes de las siguientes dependencias: lote 1: C. P. Legazpi y C. P. Francisco de Orellana, lote 2: Polideportivo los Mosquitos, Centro de las Artes y los aparcamientos de la c/ Carcavilla y c/ Potro”, Exp. nº. 4/14, anulando la adjudicación recaída y los actos posteriores, incluso el contrato formalizado, que deberá entrar en fase de liquidación, declarando la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación que deberá iniciarse de nuevo.

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.