

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

En Madrid, a 26 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña I.A.M., en nombre y representación de VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA S.L., contra la Resolución de la Concejal Delegada de Asuntos Sociales de 27 de octubre de 2015, por la que se adjudica el lote 1 “Servicio de ayuda a domicilio”, del contrato “Servicio de atención domiciliaria del Ayuntamiento de Boadilla del Monte”, número de expediente: EC/25/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 de agosto de 2015, se publicó en el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, calificado como administrativo especial, dividido en dos lotes y con un valor estimado de 245.192,31 euros, IVA excluido.

Segundo.- Interesa destacar a efectos del presente recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) por el que se ha de regir el contrato establece como objeto del mismo la “Atención domiciliaria del Ayuntamiento de Boardilla del Monte” y especifica que los servicios a desarrollar son: Lote 1 “Servicio

de Ayuda a domicilio” y Lote 2 “Servicio de Comida a domicilio” y en la cláusula primera del Pliego de Condiciones Técnicas (PPT) se especifica que ambos lotes están concebidos como servicios integrales, polivalentes y comunitarios, de atención a personas, familias o unidades de convivencia en situaciones o riesgo de exclusión social.

En cuanto a los criterios de adjudicación, dentro de los sometidos a juicio de valor se contemplan:

1. Proyecto Técnico del Servicio, puntuación máxima 30 puntos.
2. Mejoras Técnicas del Servicio, puntuación máxima 10 puntos.

Dentro de este último apartado se establece:

“Se valoraran aquellas mejoras propuestas por el licitador, sin coste alguno para el Ayuntamiento, y que complementen la prestación del servicio:

- *Mejorando los servicios ofrecidos, de modo que redunden en la calidad de vida y autonomía personal de la persona usuaria.*
- *Ofreciendo de forma individual o grupal formación, asesoramiento, apoyo psico-afectivo y atención a los cuidadores informales.*
- *Realizando compromisos de colaboración con proyectos a desarrollar por los servicios sociales municipales, con el objeto de establecer sinergias de colaboración socio-sanitaria, fomentar las buenas prácticas de intervención socio-sanitaria, organizar exposiciones, muestras, jornadas, fiestas, etc., relacionados con el bienestar social y el voluntariado.*

La valoración se realizará con el siguiente baremo:

| <i>Calificación</i> | <i>Puntuación</i> |
|------------------------|-------------------|
| • <i>Inadecuada</i> | <i>0 puntos</i> |
| • <i>Insuficiente</i> | <i>3 puntos</i> |
| • <i>Satisfactoria</i> | <i>5 puntos</i> |
| • <i>Buena</i> | <i>7 puntos</i> |
| • <i>Excelente</i> | <i>10 puntos”</i> |

A la licitación convocada respecto del lote1, fueron admitidas cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

Una vez tramitado el expediente de licitación, se adjudicó el lote 1 del contrato a Ferrovial Servicios S.A, mediante Resolución de la Concejal Delegada de Asuntos Sociales de 27 de octubre de 2015, quedando Valoriza Servicios a la Dependencia, S.L (en adelante Valoriza) en segundo lugar en la clasificación. La Resolución se notificó a la recurrente el 28 de octubre de 2015.

Tercero.- Con fecha 13 de noviembre de 2015, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), Valoriza presenta recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que ese mismo día requirió al órgano de contratación el envío del expediente administrativo y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, que tuvieron entrada en el Tribunal el 18 de noviembre de 2015.

En el recurso solicita, después de hacer valer la admisibilidad del mismo, que se anule la adjudicación efectuada al no haberse valorado adecuadamente las mejoras presentadas por la recurrente en su oferta, de acuerdo con los criterios establecidos y con el baremo de valoración, que consta en el Pliego.

Por su parte el órgano de contratación en su informe, después de sostener que no cabe recurso contra la adjudicación de este contrato por estar calificado como administrativo especial, señala que *“consta en el expediente informe elaborado por la Asistente Técnico de Servicios Sociales, suscrito en fecha 29 de septiembre de 2.015, a requerimiento de los miembros de la Mesa de Contratación, sobre los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, en los términos previstos en la cláusula 15 de los pliegos de condiciones técnicas, conforme al cual es objeto de valoración el proyecto técnico del servicio, valorándose la descripción de los procedimientos para la gestión y prestación del servicio, y la descripción de*

los procedimientos para asegurar la mayor calidad socio-asistencial prestada por el personal auxiliar a las personas usuarias, así como las mejoras técnicas del servicio.

De conformidad con lo reflejado en el informe de valoración de la Asistente Técnico de Servicios Sociales, la misma, se ha realizada analizando las propuestas técnicas presentadas y estableciendo sobre ellas una media comparativa. En cuanto a las mejoras, de conformidad con lo previsto en los pliegos de condiciones técnicas en su apartado 2 de la cláusula 15, se valorarán aquellas mejoras propuestas por el licitador, sin coste alguno para el Ayuntamiento, y que complementen la prestación del servicio, mejorando los servicios ofrecidos”.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a la adjudicataria trámite de alegaciones el 19 de noviembre de 2015, no habiendo presentado ningún escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Debe examinarse, en primer lugar, la procedencia de recurso especial en materia de contratación en relación con el presente contrato, ya que el órgano de contratación mantiene que el contrato que ahora se recurre tiene la calificación de administrativo especial y que, en consecuencia, no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP. Ello comportaría, asimismo, la falta de competencia de este Tribunal para resolverlo.

Es cierto que el contrato a que se refieren las actuaciones impugnadas ha sido calificado en el PCAP como contrato administrativo especial, sin embargo, la previa calificación en el pliego de un contrato no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en el TRLCSP y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales regulados en el mismo.

Sentado lo anterior, debemos entrar en el análisis de si las características que

configuran las prestaciones del contrato objeto del presente recurso, permiten mantener la calificación atribuida por el pliego como contrato administrativo especial o si, por el contrario, ha de considerarse incluido en alguno de los tipos definidos por la ley reguladora de los contratos públicos en nuestro ordenamiento jurídico. Conviene asimismo tener en cuenta que la entrada en vigor de la TRLCSP ha alterado el ámbito de utilización de este tipo de contratos que se ha visto “*enormemente minimizada y posiblemente reducida a los casos en que una ley así lo establezca*”, como señala el Informe 9/2009, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

De acuerdo con el artículo 19.b del TRLCSP “*Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.*”

Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición al resto de contratos que podríamos denominar típicos (contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios), sin que sea la intensidad del interés público presente en la actividad objeto del contrato, como se afirma en la respuesta al contenido del informe de intervención de 7 de agosto de 2014, el elemento determinante de dicha calificación.

En el caso que nos ocupa, la prestación objeto del contrato, en principio, bien podría ser configurada a través del contrato administrativo especial, como a través de un contrato de servicios definido en el artículo 10 del TRLCSP como “(...) *aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un*

suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”.

El elemento caracterizador de la definición, hay que encontrarlo en la referencia que hace el segundo inciso a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II del TRLCSP y por el contrario, donde exista tal relación jurídica no subsumible en ninguna de las actividades del Anexo II, podríamos estar en presencia de un contrato administrativo especial.

En este caso el indicado Anexo II contempla con el número 25 los servicios sociales y de salud, con la única exclusión de los contratos de servicios sociales administrativos y los programas de acción municipal, excepciones que no encajan con el contrato que ahora nos ocupa.

De acuerdo con ello y con todo lo anterior, este Tribunal considera que el contrato debió ser calificado como de servicios, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.c) del TRLCSP.

En todo caso, debe ponerse de manifiesto habida cuenta de lo alegado por el órgano de contratación, que el hecho de que la recurrente haya concurrido a la licitación, -vinculada obviamente por los pliegos -, carece de eficacia alguna respecto de la calificación jurídica del contrato, puesto que como ya decíamos en la Resolución 203/2014, de 26 de noviembre, *“La circunstancia de que, para evitar la pérdida del efecto útil del recurso, y que a través de la clasificación incorrecta de un contrato se pueda obviar el control por parte de los órganos encargados del recurso especial, estos órganos revisen en sus resoluciones dicha calificación, no afecta a*

todo el régimen jurídico del contrato, sino que solo tiene eficacia de cara a la apreciación como cuestión de orden público de la propia competencia del Tribunal, (...), como así se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones (vid. Resoluciones 48/2014, de 19 de marzo y 60/2014 de 2 de abril), así como en la Memoria de este Tribunal correspondiente al año 2013 publicada en su página web”.

De esta forma queda claro que se trata de una cuestión de orden público apreciable de oficio por el propio Tribunal sin necesidad de ser invocada, por lo que ninguna eficacia respecto de su apreciación puede tener que el recurrente haya licitado aceptando el PCAP en todos sus términos.

Segundo.- Valoriza Servicios a la dependencia, S.L., ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), clasificada en segundo lugar, por lo que la estimación del recurso la colocaría en situación de poder ser adjudicataria.

Asimismo resulta acreditada la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Así la notificación a la recurrente de la adjudicación del contrato se produjo el 28 de octubre de 2015, habiéndose interpuesto el recurso el día 13 de noviembre, dentro del plazo establecido.

Cuarto.- 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.

Quinto.- El recurso se fundamenta en la errónea valoración de las mejoras ofertadas por la recurrente respecto a la valoración que ha recibido la adjudicataria por ese mismo concepto.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, cuando señala que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

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, serán determinados por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento descriptivo. El apartado 4 de este artículo dispone que cuando se tome en consideración más de un criterio deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos.

Por ello debemos analizar la aplicación de las mejoras valorables como criterio de adjudicación, que deberían permitir la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, garantizando en todo caso, la igualdad de trato.

En este caso, consta en el expediente que la oferta de Valoriza contempla las siguientes mejoras:

- Mejoras en servicios ofrecidos que incluye: ayudas técnicas, tiempo de inicio del servicio, visitas de seguimiento, teléfono de atención, web informativa, correo de que, carpeta de bienvenida y colaboración en reciclajes.

- Formación, asesoramiento y apoyo psicosocial afectivo a cuidadores (taller de cuidar al cuidador, taller de hábitos de vida saludable, taller de educación emocional, taller de relajación para personas cuidadoras y taller de prevención de riesgos en el hogar).

- Compromisos de colaboración con proyectos de servicios sociales (coordinación con servicios sanitarios, con servicios asistenciales, "Programa conozco y participo en mi entorno).

Consta además el informe técnico elaborado tras el análisis de las ofertas presentadas al lote 1, en el que respecto de la oferta de Valoriza, en el apartado Mejoras, se hace constar lo siguiente:

"Propuestas concretas: -Ayudas técnicas: Con un importe máximo de 3000€/anuales. Fuera del hogar (sillas de ruedas, andadores de exterior), dentro del hogar (grúas de movilización, sillas para el baño, tablas de transferencias). - Tiempo de inicio del Servicio: compromiso de inicio inferior a 3 días desde recibir la orden y 12 horas para casos de urgencia.-Visitas de Seguimiento: periodicidad mínima trimestral por parte del Coordinador del Servicio. - Teléfono nº 900 de Atención Gratuita: atendido 24 horas al día los 365 días al año por personal especializado para resolver cualquier incidencia del Servicio. - Web informativa y Fanpage del Servicio: creación de página web del Servicio con información sobre las prestaciones, en qué consiste, derechos, deberes, etc., junto a una fanpage de facebook con contenidos de interés para los usuarios. - Carpeta de bienvenida al usuario: en la visita inicial se entregará y esta incluirá información: datos de contacto de la empresa, manual de buenas prácticas, guía de teléfonos de interés y emergencia, imán recordatorio para nevera con el número 900. - Colaboración en el reciclaje: tanto de residuos que se generan en el hogar como de los medicamentos. Se encargará el auxiliar que realice el Servicio".

En el cuadro explicativo se les otorga una puntuación en este apartado de 7 puntos.

Resulta evidente que los dos últimos apartados del capítulo de mejoras incluidos en la oferta de Valoriza no han sido tenidos en consideración, sin que se motive esta circunstancia y no aparecen valorados.

El órgano de contratación en su informe, tampoco se refiere concretamente a las mejoras de la recurrente, limitándose a señalar que se hizo pública la puntuación obtenida, no constando alegación ninguna por parte de la representante de la empresa.

En consecuencia, a la vista de todo ello, procedería estimar el recurso, anulando la adjudicación y retrotraer el procedimiento al momento de la valoración, para que se realizase de nuevo, teniendo en cuenta todas las mejoras ofertadas por la recurrente o en su caso, se motivase por qué no se consideran puntuables algunas de ellas.

No obstante, al haberse realizado la apertura de las proposiciones económicas, tal retroacción no es ya posible, pues supondría alterar el orden de apertura establecido por el artículo 150 del TRLCSP, que persigue garantizar la imparcialidad y objetividad en la aplicación de los criterios cuya cuantificación depende un juicio de valor, como en este caso son las mejoras previstas en el Pliego.

Cabe señalar que a pesar del baremo previsto para la valoración de las mejoras, no se trata aquí de un criterio automático que no precise de cierta de discrecionalidad en su apreciación, las propuestas debían valorarse según el criterio técnico motivado, al que antes nos hemos referido y por tanto no es posible la retroacción del procedimiento para subsanar la omisión producida, debiendo

anularse la adjudicación y el procedimiento, que deberá reiniciarse de nuevo si, a juicio del Ayuntamiento, se mantiene la necesidad de la contratación.

Como han de elaborarse nuevos Pliegos, deberá tenerse en cuenta lo señalado por el Tribunal en diversas Resoluciones, baste citar la Resolución 61/2015 de 23 de abril, en cuanto a los requisitos que deben cumplir las mejoras: *“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”.

Las mejoras incluidas en el Pliego en su redacción actual, no precisan los aspectos concretos sobre los que deben presentarse, siendo genérica su redacción, ni se fijan los requisitos mínimos y modalidades de presentación, ni se establece la ponderación detallada 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 reúnen los requisitos antes citados para considerarlas admisibles.

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 especial, interpuesto por doña I.A.M., en nombre y representación de VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA S.L., contra la Resolución de la Concejal Delegada de Asuntos Sociales de 27 de octubre de 2015, por la que se adjudica el lote 1 “Servicio de ayuda a domicilio”, del contrato “Servicio de atención domiciliaria del Ayuntamiento de Boadilla del Monte”, anulando la adjudicación realizada y el procedimiento de licitación que deberá reiniciarse de nuevo si persisten las causas para ello.

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.