

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

En Madrid, a 19 de abril 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.R.F., en representación de OHL Servicios Ingesan, S.A. (en adelante OHL) contra el decreto de adjudicación del lote 1: “Colegios de educación infantil y primaria y la escuela infantil La Paloma” del contrato de servicios denominado “Mantenimiento integral en los equipamiento adscritos al Distrito Centro (2017-2018)”, del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2016/00940, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de noviembre de 2016 se publicó en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid y el día 11 de noviembre en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en dos lotes pudiendo los licitadores presentar oferta para un solo lote y con condiciones especiales de ejecución de carácter social, según la cláusula 12 del Pliego de Prescripciones Técnicas. El valor estimado del contrato es de 2.154.606,35 euros y la duración

máxima es de veinticuatro meses, prorrogables por un periodo igual al de duración inicial del mismo.

De acuerdo con la cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), relativa a la forma y contenido de las proposiciones en su apartado C *“Dentro del sobre denominado “Criterios valorables en cifras o porcentajes”, se incluirá la proposición económica que se presentará redactada conforme al modelo fijado en el Anexo II al presente pliego, (...)”*.

En el apartado 20 de Anexo I del PCAP se dispone que se otorgarán hasta 90 puntos a los criterios valorables en cifras o porcentajes, de los cuales 10 puntos corresponden al criterio “Estabilidad en el empleo. Mejora en el sistema de remuneración y cuantía salarial” de acuerdo con el cual *“Se asignará un punto por cada trabajador adscrito al contrato de la categoría profesional requerida en el Pliego de Prescripciones Técnicas, al que se mejore su retribución salarial en un 1,5% anual o más, dentro de los dos primeros meses de ejecución del contrato, como máximo, manteniéndolo hasta su finalización. A tal fin, el licitador deberá presentar un compromiso indicando los datos de los trabajadores a los que mejorará la retribución salarial, su categoría profesional y la cuantía de la mejora”*.

En el apartado 22.2 del Anexo I PCAP se reitera en relación con el contenido del sobre correspondiente a los criterios valorables en cifras o porcentajes: *“1.- Mejora propuesta en el sistema de remuneración y cuantía salarial. A tal fin, el licitador deberá presentar un compromiso indicando los datos de los trabajadores a los que mejorará la retribución salarial, su categoría profesional y la cuantía de la mejora 2.- Mejora propuesta para ahorro energético y uso eficiente del agua. 3.- Oferta económica”*.

De acuerdo con lo anterior, en el Anexo II del PCAP, modelo de proposición económica, se recogen los tres aspectos antes indicados (mejora de remuneración, mejora para el ahorro energético y oferta económica) estableciéndose respecto de la primera de las mejoras indicadas, lo siguiente:

“DECLARA bajo su responsabilidad Y SE COMPROMETE (únicamente respecto al personal adscrito la ejecución del contrato) a las siguientes mejoras de remuneración y cuantía salarial (1).

- *Que todos los trabajadores, adscritos a la ejecución del contrato, disponen de una mejora en la retribución salarial del 1,5% anual o más, respecto al Convenio Colectivo denominado..... (2), manteniéndolo hasta su finalización.*

- *Que..... (3) trabajadores, del total de la plantilla adscrita al contrato mejoraran su retribución salarial en un 1,5% anual o más, respecto al convenio colectivo de aplicación, dentro de los dos primeros meses de ejecución del contrato, como máximo, manteniéndolo hasta su finalización.*

(1) Deberán seleccionar con una X una de las dos casillas.

(2) Denominación del Convenio Colectivo de aplicación al personal adscrito a la ejecución del contrato.

(3) Indíquese número de trabajadores que mejorarán su retribución salarial”.

Segundo.- A la licitación del lote 1 se presentaron 5 licitadoras, una de ellas la recurrente.

Realizada la oportuna tramitación, por Decreto del Concejal-Presidente del Distrito Centro, de fecha 6 de marzo 2017, se adjudicó el lote 1 a la empresa Ferroviario Servicios, S.A., lo que se notifica al resto de licitadores el día 7 del mismo mes.

Consta en el expediente que el día 7 de marzo la recurrente se había personado en el Ayuntamiento para tomar vista del expediente de licitación.

Tercero.- El día 29 de marzo de 2017, previo anuncio, el día 22 al órgano de contratación, presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que al día siguiente lo comunicó al órgano de contratación requiriéndole para que remitiera el expediente de contratación y el informe preceptivo 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 (TRLCSP), lo que verificó el 4 de abril de 2017.

En el recurso presentado se solicita la anulación de la Resolución de adjudicación por vulneración de los principios de igualdad y transparencia en la aplicación del criterio de adjudicación *“Estabilidad en el empleo. Mejora en el sistema de remuneración y cuantía salarial”* y subsidiariamente la nulidad de todo el proceso de licitación por ambigüedades en los pliegos que han de regir la licitación, así como la suspensión del procedimiento.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo señala que, una vez aceptado y consentido el PCAP, el mismo deviene firme, y esto significa que no cabe cuestionar ninguno de sus extremos, y que la valoración de la documentación requerida, y los efectos que se derivan de su no presentación o presentación inadecuada, se ha realizado por los servicios técnicos de Distrito Centro de acuerdo con los principios jurídicos en juego y, en especial, los de igualdad, transparencia y proporcionalidad, por lo que solicita la desestimación del recurso.

Cuarto.- Con fecha 5 de abril de 2017 el Tribunal acordó mantener la suspensión automática, *ex artículo 45* del TRLCSP, del expediente de contratación.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de alegaciones, el día 5 de abril sin que se haya presentado ningún escrito de alegaciones en plazo.

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.- OHL 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), al concurrir con la mercantil EME Compañía de Seguridad e Ingeniería y Mantenimiento, S.L., en la denominada *“UTE OHL-EME”*, con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas en caso de resultar adjudicatarias del contrato, ya que de estimarse el recurso pasaría a ocupar el primer lugar en el orden decreciente de las ofertas más ventajosas para la administración, por lo que debería resultar adjudicataria del proceso de licitación.

Debe advertirse de que la posibilidad de que solo una de las empresas que forman parte de una agrupación interponga el recurso especial, ha sido admitida por este Tribunal en diversas resoluciones, tales como en la Resolución número 258/2016, de 1 de diciembre, no constando oposición a la interposición, por parte de la empresa EME Compañía de Seguridad e Ingeniería y Mantenimiento, S.L.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, el mismo se dirige contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición cabe señalar que la notificación de la adjudicación tuvo lugar el 7 de marzo de 2017, por lo que el recurso interpuesto el día 29 de marzo de 2017 está en plazo.

Quinto.- El recurso contiene dos pretensiones hechas valer de forma subsidiaria, la anulación de la adjudicación efectuada, por entender que la oferta de la UTE OHL-EME no debería haber sido valorada con cero puntos en el criterio relativo a la *“estabilidad en el empleo. Mejora en el sistema de remuneración y cuantía salarial”*,

ya que señaló en su oferta que todos los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato dispondrían de dicha mejora y subsidiariamente la nulidad del procedimiento por oscuridad en los pliegos.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones, debemos recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, *“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 cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna”*. De igual modo en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer que *“el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes”*.

Cabe indicar en primer lugar que el PCAP no fue recurrido de manera que, en principio, la recurrente debe estar y pasar por el contenido del mismo, siendo preciso por tanto examinar aquél a efectos de concluir si el órgano de contratación se ha separado o no de lo establecido en el PCAP contraviniendo el contenido de aquel.

En cuanto a la valoración efectuada, señala la recurrente que el modelo del Anexo II del PCAP, establece dos opciones pudiendo los licitadores seleccionar con una X una de las dos casillas, y conforme a lo cual reflejó en su proposición la opción relativa a asumir el compromiso de mejorar a todos los trabajadores vinculados a la ejecución del contrato su retribución salarial. Y ello, obviamente, comprende todas las categorías profesionales. Por tanto, tendría que haber recibido los diez puntos previstos en relación con el citado criterio de adjudicación, por lo que resultaría necesario revocar la clasificación de ofertas que ha llevado a cabo el órgano de contratación, y retrotraer las actuaciones al momento de valorar su oferta.

Advierte además que habiendo comprobado que la entidad adjudicataria ha marcado las dos casillas en su proposición esta ha recibido también cero puntos en este apartado a pesar de que la ahora recurrente sí había cumplido estrictamente con las exigencias derivadas de la documentación contractual considerando por tanto que se habría vulnerado el principio de igualdad de trato.

Por su parte el órgano de contratación ratifica el criterio del informe técnico según el cual para obtener los 10 puntos por el referido criterio es necesario que se presente junto al modelo de oferta (Anexo II) *“el compromiso indicando los datos de los trabajadores a los que mejorará la retribución salarial, su categoría profesional y la cuantía de la mejora”*, esto último es necesario, tanto si se opta por la opción a) como por la b) porque así, se ha recogido en el PCAP en su Anexo I, en sus apartados 20 (los criterios de valoración) y 22.2 (la documentación técnica a presentar en relación con los criterios de adjudicación). Conforme a ese criterio los servicios técnicos del Distrito Centro en su informe de 18 enero de 2017 y la propia mesa de contratación en sesión de 20 de enero de 2017 por unanimidad otorgaron cero puntos a todos los licitadores para el lote 1 (y uno del lote 2) y solo a una de las ofertas, la presentada por el compromiso de UTE Clece, S.A.-Clece Seguridad, S.A.- se le asignaron los 10 puntos.

Respecto a que se haya otorgado la misma puntuación a su oferta que a la de la adjudicataria -a pesar de que marcó las dos opciones del modelo- sostiene que es precisamente por estar presente en la valoración y en todo el proceso el principio de igualdad de trato por lo que el Departamento de Servicios Técnicos del Distrito Centro ha valorado con cero puntos situaciones idénticas o similares a la hora de presentar la oferta económica; ninguna acompaña el *“compromiso indicando los datos de los trabajadores a los que mejorará la retribución salarial, su categoría profesional y la cuantía de la mejora”*.

En el caso que ahora nos ocupa, comprueba el Tribunal y queda acreditado en el expediente que una vez abiertos todos los sobres C relativos a criterios

valorables en cifras y porcentajes de todos los licitadores, se ha asignado cero puntos a todos para el lote 1 (y uno del lote 2) por la misma circunstancia, a saber que no se ha indicado los datos de los trabajadores a los que mejorará la retribución salarial, su categoría profesional y la cuantía de la mejora.

Resulta por tanto indiferente si la opción manifestada en cada caso ha sido la a), es decir que se aplicará la mejora a toda la plantilla o la b), a un número determinado de trabajadores de la misma, ya que el requisito para la valoración en ambos casos y la asignación proporcional de puntos conforme al criterio establecido en el apartado 20 del Anexo I del PCAP es que *“deberá presentar un compromiso indicando los datos de los trabajadores a los que mejorará la retribución salarial, su categoría profesional y la cuantía de la mejora”*.

Cabe indicar con carácter previo, que no consta de forma expresa la necesidad de aportar dos compromisos en orden a la valoración del criterio de mejora retributiva, ahora bien a la vista del contenido del modelo de declaración del Anexo II, que no contiene el espacio para hacer constar los datos exigidos en los apartados 20 y 22.2 del Anexo I del PCAP, se hace evidente que los datos exigidos debían hacerse constar de alguna otra forma.

En este caso la recurrente ha cumplimentado el modelo facilitado por el órgano de contratación en el Anexo II del PCAP, ajustándose a su contenido, en cuanto a los criterios objetivos, decantándose por la primera de las dos opciones posibles, a saber, aumentar el salario de todos los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, de manera que en principio resulta indubitada su propuesta en tal sentido. Ahora bien, es cierto que la recurrente no aporta declaración responsable ulterior concretando la identidad, categoría profesional y cuantía del aumento, como exige el apartado 22.2 del Anexo I PCAP, pero no lo es menos que ni la identificación, ni la categoría profesional del personal son valorables, por lo que la falta de indicación de tales elementos constituye una formalidad que podrá tener su incidencia en el control de la ejecución del contrato pero que no afecta a la valoración de los criterios objetivos de adjudicación.

Cabe plantearse la incidencia de la falta de indicación del número de trabajadores afectados en tanto en cuanto, la asignación de puntuación se hace a razón de 1 por trabajador. Pero en este caso cabe señalar que la respuesta es unívoca en este sentido puesto que consta en el plan operativo del servicio de la recurrente, tal y como se indica en el informe de valoración que el organigrama del personal adscrito es el de un *“coordinador, un encargado, y tres oficiales de 1ª, así como un auxiliar administrativo a tiempo parcial. Desde las oficinas de la delegación centro de la UTE prestarán servicio al contrato un Técnico de calidad y Medio Ambiente, un Técnico Administrativo, un técnico de PRL, un técnico de RRHH y el departamento de oficina técnica”*. De esta forma sólo con tener en cuenta el número de trabajadores ofertados en el indicado plan operativo teniendo en cuenta que la oferta del criterio controvertido se refiere a todos los trabajadores es posible saber si deben otorgársele los 10 puntos que solicita por tratarse de 10 trabajadores.

Además cabe analizar, ante la presentación del modelo de compromiso que carece de los datos exigidos, si el órgano de contratación pudo requerir al recurrente y ante el mayoritario incumplimiento de este requisito por todos los licitadores, la aclaración de su oferta conforme al reiterado criterio de los Tribunales del recurso especial. Cabe citar entre otras la Resolución de este Tribunal 188/2015, 18 de noviembre *“Como ya ha tenido ocasión de señalar en otras ocasiones, este Tribunal considera que, con carácter general cuando las ofertas económicas contengan algún tipo de error deberán ser rechazadas, correspondiendo al órgano de contratación delimitar el alcance del error, y su calificación como subsanable o no, teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores. Pero esta actuación del órgano de contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 10 de la Directiva 2004/17, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores”*.

Como ha señalado en otras ocasiones este Tribunal, en el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos o imprecisiones en la misma, estos sean subsanables o susceptibles de aclaración.

El análisis de la cuestión no estaría completo sin tener en cuenta que en la declaración responsable había que indicar no solo el número de trabajadores afectados y sus categorías lo que como acabamos de ver, se puede reconducir al PPT o a la oferta, sino también la cuantía del aumento salarial que no puede deducirse del contenido de la oferta económica, ni del PPT. Esto no obstante dado que se trata de un elemento no valorable, su aclaración, no implicaría la modificación de la oferta.

Por lo tanto debe estimarse el recurso por este motivo.

Por último, respecto de la pretensión de nulidad de la licitación por oscuridad de los pliegos que dejan a los licitadores en la más absoluta indefinición sobre los concretos aspectos a valorar, al tratarse de una pretensión subsidiaria de la principal que ha sido estimada, no procede pronunciarse sobre la misma.

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 en materia de contratación interpuesto por

don A.R.F., en representación de OHL Servicios Ingesan, S.A. contra el decreto de adjudicación del lote 1: “Colegios de educación infantil y primaria y la escuela infantil La Paloma” del contrato de servicios denominado “Mantenimiento integral en los equipamiento adscritos al distrito centro (2017-2018)”, del Ayuntamiento del Madrid, número de expediente 300/2016/00940, retrotrayendo las actuaciones a fin de que se solicite aclaración a la recurrente sobre la mejora ofertada y se proceda a su valoración.

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.- Levantar la suspensión automática cuyo mantenimiento se acordó por este Tribunal el 5 de abril de 2017.

Cuarto.- 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.