

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

En Madrid, a 13 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.F.A., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir la licitación del contrato de servicios “Conservación y Mantenimiento Integral de las Vías Públicas de la Ciudad de Móstoles”, número de expediente C/50/CON/2018-025 SARA, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de julio de 2018 fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, todos evaluables mediante aplicación de fórmulas, poniéndose los pliegos a disposición de los interesados en esa misma fecha. El valor estimado del contrato es de 13.923.966,94 euros, y el plazo de duración de 4 años, prorrogable por uno más. El plazo de presentación de ofertas finalizaba el 20 de agosto de 2018.

Posteriormente el 2 de agosto de 2018 se publica en la Plataforma de contratación del Sector Público una rectificación relativa a la fecha de presentación de ofertas que se señala para el 23 de agosto de 2018.

Segundo.- En relación con el objeto del recurso debe señalarse que en el apartado 15 del PCAP se establecían los criterios de adjudicación mediante aplicación de fórmulas distinguiendo dos apartados: A.1 OFERTA ECONOMICA, (Máximo 260 puntos) y A2 MEJORAS (Máximo 928 puntos) este último con los siguiente subapartados.

A.2.1. Mejoras Propuestas por el licitador (máximo 613 puntos)

“A.2.2 Mejora/s ofertadas libremente por la empresa licitadora: máximo 250 puntos. Los puntos dependerán de la valoración de la/s mejora/s ofertada/s:

(...)

A.2.3 Criterios medioambientales: Hasta 32 puntos

A.2.4. Criterios sociales: máximo 33 puntos”.

Por último el apartado 22 del PCAP, relativo a la apertura de la documentación y las proposiciones redactado conforme a la normativa vigente contempla tres fases, una para la apertura del sobre nº 1, para calificación de la documentación, otra cuando para la valoración de ofertas deban tenerse en cuenta criterios de adjudicación cuya ponderación dependa de un juicio de valor y la última en la que tras dar a conocer la anterior valoración de esos criterios, se abrirá la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya ponderación deba hacerse mediante la aplicación de fórmulas.

Por Decreto 4093/2018, de 8 de agosto de 2018, de la Alcaldesa Presidente del Ayuntamiento Móstoles se aprueba una rectificación del PCAP del siguiente modo:

“PRIMERO: Rectificar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente de contratación para la CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO INTEGRAL DE VÍAS PÚBLICAS DE LA CIUDAD DE MÓSTOLES (Expte. C/050/CON/2018-025), en lo siguiente:

Donde dice: “Dicha proposición deberá ser redactada en castellano, o traducida oficialmente, y constará de DOS SOBRES:”

Debe decir: "Dicha proposición deberá ser redactada en castellano, o traducida oficialmente, y constará de TRES SOBRES:"

Asimismo, donde dice: "SOBRE Nº 2."

Debe decir: "SOBRE Nº 3."

Y, donde dice: "A.2.2. Mejora/s ofertada/s libremente por la empresa licitadora: máximo 250 puntos. Los puntos dependerán de la valoración de la/s mejora/s ofertada/s."

Debe decir: "SOBRE Nº 2. CRITERIOS SOMETIDOS A JUICIO DE VALOR. A.2.2. Mejora/s ofertada/s libremente por la empresa licitadora: máximo 250 puntos. Los puntos dependerán de la valoración de la/s mejora/s ofertada/s."

Se ordena publicar la rectificación del PCAP en el DOUE, en la Plataforma del Contratación del Sector Público y en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Móstoles.

Tercero.- El 9 de agosto de 2018, la representación de la CNC presentó ante el Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el PCAP por considerar que las cláusulas 14, 15 y 22 vulneran el principio de secreto de la oferta ya que en el Sobre nº 2 se deben incluir las mejoras descritas en el apartado A.2.2 de la cláusula 15 del PCAP y para su valoración debe haber un juicio de valor por parte del Ayuntamiento, contraviniendo lo establecido en el artículo 146 de la LCSP y en los artículos 25 a 30 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Solicita la anulación de las mencionadas cláusulas del PCAP y de Anexos del mismo relacionados con aquéllas por incumplir la normativa de Contratos del Sector Público para la apertura de las ofertas.

El órgano de contratación remitió el 14 de agosto de 2018 al Tribunal el expediente administrativo y el preceptivo informe, conforme establece el artículo 56.2 de la LCSP. En él se informa que advertido el error, y considerando que este era de carácter subsanable se dictó el Decreto nº 4093/2018 de 8 de agosto por el que se rectifica el PCAP, haciendo alusión a la mención de tres sobres en lugar de dos.

Considera que *“esta circunstancia no altera en modo alguno el contenido del Pliego”* e informa que el referido Decreto se ha colgado en la PLACE y en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento y que además se ha suspendido el procedimiento, mediante Decreto nº 4100/2018, de 14 de agosto, de la Alcaldesa Presidenta, en cumplimiento de Resolución 9/2018, de 30 de julio, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid por la que se prevé la suspensión de los procedimientos pendientes ante el Tribunal, durante el mes de agosto de 2018.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 los recursos.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica representante de las organizaciones del sector de la construcción *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Se acredita igualmente la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la convocatoria

impugnada fue publicada en el DOUE el 19 de julio de 2018 y los Pliegos puestos a disposición en la Plataforma de la Contratación del sector Público el mismo día e interpuesto el recurso el día 9 de agosto de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de remisión de la notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra los Pliegos de un contrato de servicios por valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 40.2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto como más arriba se ha indicado, la recurrente alega que las mejoras definidas en la cláusula 15.A.2.2 del PCAP no responden al carácter de criterios evaluables mediante cifras y porcentajes y por tanto no cabe exigir su presentación en el Sobre número 2, en los términos previstos en la cláusula 14.B del PCAP.

Procede por tanto determinar en primer lugar, cuál es la naturaleza de las mejoras reguladas en la cláusula 15.2.A.A del PCAP y si la inclusión de esa documentación junto con la restante de carácter económico que el PCAP exige se aporte en el sobre 2 determina la nulidad de esa cláusula, la 14 y la 22 y, por ende del PCAP y de toda la licitación o por el contrario, y en segundo lugar, si la rectificación de errores aprobada por el Decreto 4093/2018, de 8 de agosto, y publicado en la PLACE se ha realizado de conformidad con la LCSP y de ser así si supone la pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

Conviene advertir que los principios de transparencia, publicidad, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos consagrados en el artículo 1 de la LCSP constituyen pilares básicos de la contratación pública y su aplicación en la adjudicación de los contratos determina que esta se realice de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. A tal fin el artículo 135.1 de la LCSP dispone *“El anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, se publicará*

en el perfil de contratante. En los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el «Boletín Oficial del Estado».

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiendo los poderes adjudicadores poder demostrar la fecha de envío del anuncio de licitación.»

Siendo el poder adjudicador una administración local, de acuerdo con lo establecido en el artículo 347.3 de la LCSP ha optado por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACE) publicando el anuncio de la convocatoria así como sus rectificaciones posteriores en dicha plataforma.

Según los artículos 139.2, 145, y 146 de la LCSP las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, debiendo respetarse el orden para el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, lo que exige que los Pliegos se acomoden al orden establecido y exijan que la documentación a aportar resulte coherente con tales exigencias.

En el artículo 146.2 se establece que *“En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”.*

Como señaló este Tribunal en su Resolución 154/2014, de 17 de septiembre *“Parece clara la intención del legislador de mantener la imparcialidad de los técnicos a la hora de valoración de las ofertas, cuestión que se desarrolla por el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RDPLCSP), que establece que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de*

un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos. En este sentido el Tribunal, en diversas Resoluciones ha manifestado que de admitir las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la de carácter técnico susceptible de valoración mediante juicio de valor presentada por éstas puede ser, y de forma inevitable será, valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta, vulnerando así la garantía de los terceros, debiendo inadmitirse las proposiciones cuando se aprecie que con ella se vulneró la dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP acerca del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública”.

Conviene reiterar el carácter de *lex contractus* de los pliegos, y como es sabido, 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.

El órgano de contratación reconoce que la documentación exigida para la valoración de la mejoras del apartado 2.A.A de la cláusula 15 del PCAP, debe presentarse en un sobre independiente, y en consecuencia modificó el contenido del PCAP mediante la aprobación del mencionado Decreto 4093/2018, que establece tres sobres y denominó el “SOBRE Nº 2. CRITERIOS SOMETIDOS A JUICIO DE VALOR. A.2.2 Mejora/s ofertadas libremente por la empresa licitadora: máximo 250 puntos. Los puntos dependerán de la valoración de la/s mejora/s ofertada/s”.

Comprueba el Tribunal que aunque formalmente para la valoración se establece una fórmula matemática, el producto se obtiene de la multiplicación de una serie de factores, uno de ellos denominado “*coeficientes de idoneidad de la mejora según los servicios técnicos municipales*” que pueden tomar los siguientes valores:

“0=Nada idóneo / 0.20 / 0.40 / 0.60 / 0.80 / 1=Idóneo”. Siendo evidente que precisa la intervención de un técnico que emite un juicio de valor subjetivo.

Los motivos de recurso han sido aceptados por el órgano de contratación. Así lo ha constatado el Tribunal a la vista del recurso y del Decreto 4093/2018 de 8 de agosto, que consta en el expediente.

No obstante, no se ha satisfecho la pretensión de la recurrente puesto que se ha procedido a modificar el PCAP, en varios de sus apartados sin que se haya anulado el anterior y se haya procedido a la publicación completa del nuevo pliego lo que llevaría a la estimación del recurso.

El Decreto de modificación del PCAP, incumpliendo su propio contenido, se ha publicado en el Portal de licitación del Ayuntamiento, pero no en la PLACE en la que solo figura la rectificación de las fechas de presentación de ofertas y el PCAP en la versión anterior a la modificación.

Es de destacar que en el apartado CONDICIONES DE ADJUDICACION señala
*“Criterios de adjudicación:
Criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas”.*

Como ya señaló el Tribunal en la Resolución 31/2017 de 1 de febrero, existe la posibilidad de modificar los Pliegos si en algún momento del procedimiento se advierte que existe un error en los mismos. Ahora bien, hay que tener en cuenta que no todo error puede reconducirse a la aplicación del artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Han de tratarse de errores materiales, de hecho o aritméticos y de ahí que se incluya en la Ley la expresión rectificar y no modificar y ni siquiera corregir.

El artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas reconoce que *“Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de*

oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.”

La jurisprudencia ha interpretado el concepto de error material en el sentido de que dentro de este concepto hay que entender las simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas y transcripciones de documentos y su rectificación no varía el contenido del acto administrativo en que se produjo, de modo que éste subsista con los mismos efectos y alcance una vez que haya sido subsanado.

Conforme a lo establecido en el artículo 122.1 de la LCSP *“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.”*

Por todo ello este Tribunal considera que la modificación del PCAP en lo referente a la forma de presentación de las proposiciones y a los criterios de adjudicación del contrato, es de la suficiente entidad para que el Ayuntamiento de Móstoles por razones de seguridad jurídica, deba modificar y aprobar debidamente el PCAP con las nuevas condiciones de la licitación y llevar a cabo una nueva publicación en el DOUE y en la PLACE conforme a lo establecido en la normativa vigente.

En consecuencia, procede la estimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y el artículo 3 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 P.F.A., en nombre y representación de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la licitación del contrato de servicios “Conservación y Mantenimiento Integral de las Vías Públicas de la Ciudad de Móstoles”, número de expediente C/50/CON/2018-025 SARA, anulando los Pliegos y la licitación convocada que deberá reiniciarse, si persisten la necesidades, elaborando nuevos Pliegos que establezcan los criterios de valoración y la separación de las fases de valoración en el sentido expuesto en 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 58 de la LCSP.

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 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 59 de la LCSP.