

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

En Madrid, a 13 de enero de 2022.

VISTA la reclamación interpuesta por la representación de Ferrovial Servicios, S.A. (en adelante Ferrovial) contra el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de Contratación de Metro de Madrid por el que se adjudica el Lote A del contrato “Servicio de Limpieza de los depósitos y cochera Puerta de Arganda de Metro de Madrid” número de expediente 6012100165, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 11 de junio de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 14 de junio en el DOUE y en BOCM y el 15 en el BOE, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios y dividido en dos lotes.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 26.451.942,26 euros y su plazo de duración de 48 meses.

A esta licitación se presentaron 7 empresas, entre ellas, la recurrente.

Segundo.- Realizados los trámites correspondientes del procedimiento de licitación el 18 de noviembre de 2021 la Comisión Ejecutiva de Contratación de Metro de Madrid adjudicó el Lote A a Sacyr Facilities, S.A.

Tercero.- El 14 de octubre de 2021 Ferrovial interpone recurso contra la adjudicación del lote A al considerar que su oferta no ha sido valorada correctamente y en consecuencia le correspondería la adjudicación del dicho lote.

Cuarto.- El 27 de diciembre de 2021 el órgano de contratación remite el expediente y el correspondiente informe, a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP, solicitando la inadmisión del recurso por falta de motivación, subsidiariamente la inadmisión por no haber recurrido el informe de valoración técnica en plazo y de forma subsidiaria a lo anterior la desestimación del recurso.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote A por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del Lote A, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Sacyr presenta alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y está sujeto al Real Decreto Ley 3/2020 de 4 de febrero de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (RDLCSE).

El artículo 121.1 del RDLCSE establece que a las reclamaciones que se interpongan contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119 les serán de aplicación las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE, en relación con 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para la interposición de la reclamación al haber quedado clasificada en segundo lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al que se remite el artículo 121 del RDLCSE, pudiendo interponer reclamación en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto de reclamación.

Tercero.- La reclamación se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del Lote A de un contrato de servicios sujeto al RDLCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1. *“b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos”*, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119.1 y 2.a) del RDLCSE.

Cuarto.- La reclamación se ha interpuesto en tiempo y forma al haberse presentado ante el Tribunal el 14 de diciembre de 2021, publicado el acuerdo el 22 de noviembre de 2021, dentro del plazo de 15 días hábiles, conforme a lo dispuesto en el artículo 121.del RDLCSE.

Al respecto indicar que el órgano de contratación alega extemporaneidad de las alegaciones formuladas por Ferrovial puesto que conocía el informe de valoración técnica desde el 4 de octubre sin que haya presentado reclamación en el plazo establecido.

En relación con esta cuestión este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones: *“En este caso, si entendemos que el acto recurrido es la valoración realizada de la oferta, constituye un acto de trámite, pero no decide directamente sobre la adjudicación ni impide continuar el procedimiento o produce indefensión puesto que los licitadores admitidos pueden en todo caso impugnar la adjudicación cuando se produzca, por lo que no constituye uno de los actos recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y .2.b) de la LCSP, debiendo inadmitirse el recurso”*.

En definitiva, el informe de valoración no es un acto susceptible de recurso por lo que no se puede acoger esta pretensión del órgano de contratación.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar el apartado 27 del cuadro resumen del pliego de condiciones particulares:

27. Evaluación de las ofertas	
Oferta Técnica	
Criterios cualitativos evaluables mediante juicios de valor:	
1. Memoria detallada de la prestación del servicio que desarrolle los apartados indicados en el apartado 7 del PPT	3 puntos
2. Programación mensual incluyendo todas las LOp y LG en el Depósito 7 para el LOTE A y Depósito 8 para el LOTE B de acuerdo al Plan de Mantenimiento descrito en el punto 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas	8 puntos
3. Programación trimestral incluyendo todas las LE's en el Depósito 7 para el LOTE A y en el Depósito 8 para el LOTE B de acuerdo al Plan de Mantenimiento descrito en el punto 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas	4 puntos
La valoración de estos documentos se realizará conforme al siguiente criterio:	
Valoración de cada criterio	Puntuación
La información es coherente, completa y con un nivel de detalle alto	100%
La información es coherente, completa y con un nivel de detalle medio	50%
La información es incoherente y/o incompleta y/o con un nivel de detalle bajo	0%

Alega el recurrente que en el informe de valoración técnica del órgano de contratación se señala en relación con la oferta presentada por Ferrovial:

“Programación mensual LOp’s (limpieza ordinaria programada) y LG’s (limpieza general en el Depósito 7: La puntuación obtenida es 0. La programación es incoherente al contener errores, incluye la limpieza de mesa baja bogies que no aplica al Depósito 7. En el apartado 3.3. “Limpieza Ordinaria Programada”, del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se indica en cuanto a la limpieza de “Naves-Mesa Bogies” que se realizará en aquellos Depósitos en los que exista este elemento, pudiéndose comprobar en el Anexo VIII “Inventario” del PPT, que dicho elemento no hay en el Depósito 7”.

Manifiesta el recurrente que para que la valoración de la programación mensual sea 0 requiere expresamente que la información sea incoherente y/o incompleta y/o con un nivel de detalle bajo.

Sin embargo, en el Informe de Valoración Técnica únicamente se hace mención a la incoherencia por haber incluido un elemento, la mesa baja de bogíes, que no se aplica para el Depósito 7.

Nada se dice en el Informe de Valoración acerca de que el resto de la información aportada sea incompleta o con un nivel de detalle bajo, solo se hace referencia a un aspecto, el ya mencionado, que carece de relevancia para el funcionamiento del contrato. Y decimos que carece de trascendencia para el desarrollo del contrato, por cuanto el hecho de que se haya incluido dentro de la programación mensual del Depósito 7, la limpieza de la mesa baja de bogíes, y que esta no está dentro del inventario del Depósito 7, no puede suponer, bajo ningún supuesto un detrimento en la prestación del servicio sino todo lo contrario.

Así, considera que la información aportada por Ferrovial no puede, en ningún caso, calificarse como incoherente ya que el hecho de haber planificado una operación a mayores, incluyendo un elemento de más, no afecta para nada ni perjudica ni obstaculiza al resto de la programación que sí es correcta, y que ni mucho menos resulta contradictoria con otra operación, ni puede considerarse con nivel de detalle bajo.

Estableciendo un sistema lógico de calificación entre el número de elementos a programar y el nivel de detalle, la relación de la programación sería, para el nivel de detalle alto la programación de los nueve elementos, para el nivel de programación medio si se programan seis elementos, y para un nivel de programación bajo cuando la programación fuera de tres o menos elementos.

Por ello, el recurrente alega debería obtener 8 o 4 puntos pues lo contrario sería desproporcionado. Ello implicaría que al otorgarle al menos 4 puntos resultaría adjudicataria.

Por su parte el órgano de contratación alega que respecto a la puntuación otorgada a Ferrovial Servicios, S.A.U. en el apartado correspondiente al “Programación mensual LOp’s y LG’s en el Depósito 7”, de la que discrepa, hemos de indicar que analizada su oferta, se pudo comprobar por parte del personal técnico encargado de ello, que incluía la limpieza de elementos inexistentes en el Depósito 7 (naves-mesa baja bogíes) y que, por tanto, se trataba de una oferta con errores y que no se adaptaba a la realidad de tal depósito.

De hecho, en la descripción de tal operación descrita en el apartado 3.3. del PPT, se hace referencia que la limpieza de tales elementos se llevará a cabo en “aquellos depósitos en los que exista este elemento”, constando en el Anexo VIII denominado “Inventario”, que en tal depósito no hay ninguna mesa baja.

No se trata, por tanto, de que Ferrovial Servicios, S.A.U. haya ofertado una actividad adicional a las requeridas, como parece manifestar en su escrito, sino que ha ofrecido una actividad imposible de realizar, debido a la inexistencia de los elementos objeto de limpieza en el espacio para el que se oferta, cuya inclusión en tal programa de limpieza repercute en las restantes tareas de limpieza a realizar.

Tal y como prevé el apartado 27 del Cuadro Resumen del PCP, si la información es incoherente y/o incompleta y/o con un nivel de detalle bajo, los técnicos encargados de la valoración de la oferta consideraron que la inclusión de la limpieza de elementos inexistentes en el depósito 7, resultaba incoherente con el Plan de mantenimiento descrito en el apartado 3 del PPT; por lo que a la “Programación mensual LOp’s y LG’s en el Depósito 7” ofertada, le otorgaron la puntuación prevista en el apartado 27 del Cuadro Resumen del PPT para el supuesto de que la información fuera “incoherente”, esto es, 0 puntos.

Por lo tanto, considera el órgano de contratación que para la valoración técnica de la oferta de Ferrovial Servicios, S.A.U. se ha dado estricto cumplimiento al contenido del PCP y del PPT, resultando del todo inadmisibile que Ferrovial Servicios, S.A.U. pretenda sustituirla por su propia valoración de su oferta, instando

a que sea el Tribunal el que la realice, en contra de la abundante doctrina emanada de los Tribunales Administrativos de Contratación en relación con esta materia.

Por su parte Sacyr manifiesta que la valoración de las ofertas puede considerarse respetuosa con el pliego y que una vez aceptado por los licitadores constituye *“lex inter-partes”*. Asimismo, cita la doctrina sobre la discrecionalidad técnica de la administración.

La adjudicataria realiza una comparativa de su oferta con la de Ferrovial para poner de manifiesto que su oferta sí es completa y que el error en la oferta de la recurrente conlleva la valoración de 0 puntos de acuerdo con los pliegos, al resultar incoherente e incompleta.

Vistas las alegaciones de las partes es preciso señalar que la cuestión planteada en el presente recurso versa sobre criterios cuantificables mediante de juicio de valor. Sobre la discrecionalidad técnica del órgano de contratación este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas Resoluciones, citando por todas, la 323/2019 *“que el recurso se ciñe a la discrepancia en la valoración de criterios sujetos a juicio de valor, cabe recordar, con carácter previo, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que, a su vez, recoge la jurisprudencia consolidada.*

Así, en Resoluciones como la 28/2015, de 14 de enero de 2015, se dice que: “(...) el Tribunal viene reconociendo la discrecionalidad técnica de la Administración en orden a la valoración de las ofertas, de forma que, si la actuación del órgano de contratación se ajusta a los límites de ésta, el Tribunal no podrá entrar a revisar la decisión administrativa. En relación con los límites de la discrecionalidad técnica en la Resolución 184/2014, de 7 de marzo se reproduce la doctrina siguiente: “El Tribunal entiende que el reproche planteado por la recurrente entra en el ámbito de la discrecionalidad técnica de la que goza la Administración contratante. Sobre este punto el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones. En la Resolución 128/2014, de 14 de febrero, el Tribunal volvió a reproducir la doctrina acerca de la discrecionalidad técnica de la Administración. En la apreciación

de los criterios valorables mediante fórmula este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias. En la Resolución 176/2011, de 29 de junio, se consideró que, a este tipo de criterios, les es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración. En este mismo sentido, la Resolución 189/2012 señalaba que la valoración de las ofertas de los licitadores en aquellos aspectos dependientes de juicios de valor por parte de la Mesa de contratación, constituye una manifestación particular de la denominada “discrecionalidad técnica” de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de las Mesas de contratación al valorar criterios subjetivos o dependientes de juicios de valor. Por su parte, la resolución 159/2012 señalaba que “sólo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental caber entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación -seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde-, a lo que se añade que, para apreciar la posible existencia de error en la valoración no se trata de realizar “un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos”.

Asimismo, procede traer a colación la doctrina mantenida por el TACRC, que este Tribunal comparte, referente a la presunción de acierto y veracidad de los informes técnicos. Sirva de ejemplo su Resolución 980/2019, 6 de septiembre, donde afirma “En este punto, es doctrina reiterada del Tribunal la que atribuye a los informes técnicos de la Administración una presunción de acierto y veracidad, por la cualificación técnica de quienes los emiten, que solo pueda ser desvirtuada con una

prueba suficiente de que son manifiestamente erróneos o infundados (por todas, Resoluciones 618/2016, de 29 de julio, y 152/2017, de 10 de febrero). En este sentido, este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha analizado en diversas resoluciones la discrecionalidad técnica de la Administración, señalando que --cuando la Administración encarga a un órgano “ad hoc”, formado por técnicos competentes, la valoración, estrictamente técnica, de una propuesta o de un proyecto no cabe entrar a discutir la validez, estrictamente técnica, del dictamen técnico que emitan tales expertos, sino, tan sólo, los aspectos jurídicos por los que se rige la emisión de tal dictamen, pudiendo corregirse también los meros errores materiales que puedan apreciarse en base al recto criterio de un hombre común. Otra cosa significaría atribuir al órgano encargado de enjuiciar el recurso o la reclamación de que se trate unas capacidades y conocimientos técnicos de los que, obviamente, carece y que, por lo mismo, le incapacitan para discutir, con un mínimo de autoridad, los criterios y apreciaciones, estrictamente técnicas, tenidos en cuenta por los expertos, a la hora de emitir el dictamen que se discute-- (Resolución 618/2014)”.

Tal y como se ha expuesto anteriormente consta en el informe técnico la justificación de por qué se le han otorgado puntos en el criterio objeto de controversia.

En cuanto a lo alegado por el recurrente sobre que tenía que haber obtenido 8 o 4 puntos, recordar que los pliegos no recogen tal proporcionalidad puesto que cuando la información es incoherente le corresponde en ese criterio 0 puntos. A mayor abundamiento, indicar que el órgano de contratación manifiesta que dicha inclusión errónea repercute en las restantes tareas del programa de limpieza. En este sentido, se observa en el análisis del informe técnico que igual criterio se ha seguido con otras empresas a la que se ha otorgado 0 puntos por *“Información incoherente al contener la programación errores: Incluye desengrasado suelos productivos que no aplica al depósito 7”*; *“información incoherente al contener la programación errores, incluye barrido vías estacionamiento y mantenimiento quincenal cuando la frecuencia es semanal”*.

En consecuencia, se desestima el recurso toda vez que este Tribunal no aprecia arbitrariedad o error en el juicio técnico, no pudiendo ser sustituida dicha valoración, que se presume imparcial, por la del recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLGSE en concordancia con el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 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 la reclamación interpuesta por la representación de Ferrovial Servicios, S.A. contra el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de Contratación de Metro de Madrid por el que se adjudica el Lote A del contrato “Servicio de Limpieza de los depósitos y cochera Puerta de Arganda de Metro de Madrid” número de expediente 6012100165.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática para el Lote A prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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 122.1 del RDLCSE.