

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

En Madrid, a 19 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (en adelante, AMI) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de *“servicios de mantenimiento integral de los edificios, colegios e instalaciones deportivas adscritos al Distrito de Ciudad Lineal (con reserva del 3% de la subcontratación a favor de empresas de inserción como criterio de adjudicación-Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Contratos del Sector Público)”* número de expediente 300/2022/00064, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 13 de abril de 2022 en la Plataforma de la Contratación del Sector Público y el 15 de abril en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.827.625,58 euros y su plazo de

duración será de 2 años, con posibilidad de prórroga por otros 2 años.

Segundo.- El 13 de abril de 2022 se publicaron los pliegos que rigen la licitación del contrato de referencia.

Tercero.- El 4 de mayo de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, presentado en el órgano de contratación el anterior 3 de mayo, formulado por la representación de AMI en el que solicita la anulación del criterio de adjudicación “*B.2.4 Mejoras en la Dotación de Personal Operario*” y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 5 de mayo de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el 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 desestimación del recurso y oponiéndose a la suspensión.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 6 de mayo de 2022, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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 46.4 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 el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello al tratarse de una Asociación representativa de los intereses afectados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados el 13 de abril de 2022, e interpuesto el recurso el 3 de mayo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del recurso interesa destacar del pliego de cláusulas administrativas particulares lo siguiente:

“Anexo I

19.- Criterios de adjudicación. (Cláusula 19 y 28)

B) CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES:

2. Mejoras en los Servicios: Hasta 48 puntos.

B.2.4 Mejoras en la Dotación de Personal Operario: Incremento número mínimo de Oficiales Primera (8 efectivos) señalados en el punto 4.2.3 del PPT. Hasta 5 puntos. Se valorará la oferta de aumento del personal operario con dedicación exclusiva y

presencia permanente en los equipamientos sobre el mínimo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas La empresa que oferte el mayor incremento se puntuará con el máximo de 5 puntos. La empresa que no oferte ningún incremento sobre el mínimo señalado se puntuará con 0 puntos, prorrateándose linealmente al resto de ofertantes en función del incremento de efectivos ofertados. Las Mejoras ofertadas deberán ejecutarse durante los 24 meses de duración del contrato. En el caso de prórroga del contrato, la cantidad ofertada a ejecutar durante el período de prórroga será proporcional al tiempo de duración de la misma”.

Manifiesta el recurrente que dicha cláusula no concreta el personal, ni limita el personal a ofertarse, sino que se deja abierto e ilimitado, lo que supone la indefinición del criterio de adjudicación. Existe una ausencia constatable de umbrales máximos de saciedad fijados, lo que puede derivar en proposiciones imposibles de cumplir, irrealizables y absurdas que desvirtúen el criterio. Por ello, considera que este criterio conculca el artículo 145 de la LCSP.

En defensa de sus pretensiones cita diversas resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

Por su parte el órgano de contratación opone que en la redacción dada a la mejora impugnada opera como primer límite que la oferta económica deberá cubrir tanto la totalidad de los costes establecidos en los pliegos para la ejecución del contrato como los compromisos que asuma voluntariamente el licitador de los previsto en los criterios de adjudicación y ese precio ha de ser suficiente para asegurar el cumplimiento de las obligaciones salariales previstas en el convenio de aplicación.

A su juicio la mejora se ha determinado con precisión, tanto los puntos a otorgar, el mínimo y el máximo, como la fórmula a aplicar para su otorgamiento y añade que se ha optado por no predeterminar un umbral máximo de dotación de personal operativo para no limitar la libre competencia.

Opone el órgano de contratación que se ha establecido una limitación al prever “cortafuegos” a las ofertas definidas por la recurrente como “*absurdas, imposibles de cumplir o irrealizables*” ya que las posibles puntuaciones elevadas a obtener por ofertar el máximo a las mejoras quedarían contrarrestadas, en caso de incurrir en presunción de anormalidad, con la pérdida de la alta puntuación el que pretendía obtener en la oferta económica.

La mejora se encuentra delimitada además por los parámetros de anormalidad establecidos en el apartado 20 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que establecen lo siguiente:

“B) Cuando concurren dos, o más licitadores:

1.- Cuando la oferta económica sea inferior en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas económicas presentadas.

2.- Las que habiendo ofertado el máximo en los criterios evaluables en cifras y porcentajes números 2 y 3 de los pliegos del contrato, además, la oferta económica supere en 5 unidades a la media aritmética de las ofertas económicas de todas las proposiciones presentadas”.

A mayor abundamiento, por si ello no fuera suficiente, además entraría en juego el “*umbral de saciedad*” establecido:

“Se asignará 0 puntos a la oferta que mantenga el presupuesto base de Licitación. Asimismo, las ofertas económicas presentadas cuya oferta económica incurra en presunción de anormalidad por aplicación de los parámetros establecidos en el apartado 20 de este Anexo I y sea considerada viable y admitida a continuar en el proceso de adjudicación conforme al procedimiento establecido en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, obtendrán en este criterio una puntuación igual a la puntuación más baja otorgada en el criterio oferta económica (lo que por aplicación de la fórmula establecida se corresponderá con la puntuación recibida por la empresa que, no habiendo incurrido en presunción de anormalidad, haya obtenido la menor puntuación en este criterio)”.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación lo dispuesto en el artículo 145.7 de la LCSP *“En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato”*.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en otras Resoluciones sobre la necesidad de establecer un límite máximo en la consideración de las mejoras puntuables ya que, de no establecerse un umbral máximo en la dotación de personal operario, podría darse el caso de ofertas absolutamente desproporcionadas que no supongan una mejora real del contrato y además distorsiones la puntuación de las demás y repercutan en la viabilidad de las ofertas.

Como se expone en la Resolución 234/2020, de 10 de septiembre, de este Tribunal: *“El Tribunal en sus Resoluciones más recientes, Resolución 518/2019 de 12 de diciembre y 527/2019 de 19 de diciembre, matiza su criterio anterior y señala la distorsión que puede producir la hipotética oferta de un número desproporcionado de horas fuera de los mínimos del PPT sobre el resultado final de la clasificación de los licitadores.*

En el concreto expediente de Resolución 518/2019 de 12 de diciembre, se había producido la apertura de las proposiciones y se constató por el Tribunal lo siguiente: “Cabe observar que existe notable varianza en los valores consignados, existiendo algunos bastante disimétricos y desproporcionados en relación con las horas totales de cada grupo de categorías (limpiador y otras categorías) para los dos lotes. Las ofertas van de 290 a 3000 y de 550 a 2000. Aunque, en el caso de los limpiadores la oferta no sobrepasa normalmente licitador el 10% del número total de horas actualmente existente de cada lote, en el supuesto del cristalero/peón especialista sí puede apreciarse un número totalmente desproporcionado de horas adicionales ofertadas en relación con las actualmente existentes en algún licitador, que casi las iguala, ofertando casi el 100 por 100 de los mínimos, lo que hace muy

problemático considerar que alguna vez esas horas van a ser objeto de utilización. Independientemente de ello, con la plantilla arriba consignada y con la jornada semanal de la misma no es posible dentro de los términos legales ofertar tantas horas adicionales. A tenor del artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el número máximo de horas extraordinarias en cómputo anual para los trabajadores con jornada ordinaria es de 80 y disminuye proporcionalmente a la disminución de la jornada. Con 4 trabajadores limpia cristales/otras categorías en el lote 1 con jornadas además parciales es un brindis al sol ofertar 2000, 1500, incluso 550 horas adicionales (que son extraordinarias porque exceden de su jornada ordinaria). En el lote 2, en otras categorías (no todos limpia cristales) figuran tres personas que también es legalmente imposible, que asuman la cantidad de horas ofertadas por todos los licitadores, salvo el licitador que oferta 325”.

Por lo tanto, se concluye: “Entiende este Tribunal que en este caso concreto la asignación de puntos por ‘horas adicionales’ no es ponderada sobre el total (30 sobre 100), y no se fijan los límites cuantitativos de la misma, tanto en cuanto al número de horas adicionales posibles a ofertar sobre los mínimos del PPT, como en cuanto a la distribución de puntos por esas horas adicionales, que es directamente proporcional. Así, por ejemplo, la oferta de 3.000 horas de limpiadores en el lote 2 supone ya 15 puntos sobre 100, mientras la de 290 supone 1,45 puntos. Todo ello sin que exista garantía alguna de que esas horas adicionales ofertadas sea necesarias o se vayan a emplear”.

Resulta evidente que corresponde al órgano de contratación fijar las necesidades a satisfacer con el contrato y el modo de verificarlas (artículo 28 LCSP) y dentro de ello realizar, en el caso concreto del expediente objeto de recurso, una proyección sobre el número de operarios necesarios, en base a la experiencia existente en la ejecución de este tipo de contrato y el estado de las instalaciones, no dejando la determinación de las mismas al albur de las ofertas de los propios licitadores.

En definitiva, el criterio de valoración automático objeto de controversia no posee la concreción requerida por la LCSP y previsiblemente distorsionará las puntuaciones de los licitadores, sin que el supuesto de baja desproporcionada previsto en el pliego permita solventar la falta de definición del criterio, por lo que debe estimarse el recurso anulándose el apartado B.2.4 Mejoras en la Dotación de Personal Operario del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares.

La anulación del apartado citado supone la anulación de los pliegos y la licitación que deberá reiniciarse, si persisten las necesidades, elaborando nuevos pliegos de acuerdo con lo expuesto en la presente Resolución.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.14 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de *“servicios de mantenimiento integral de los edificios, colegios e instalaciones deportivas adscritos al Distrito de Ciudad Lineal (con reserva del 3% de la subcontratación a favor de empresas de inserción como criterio de adjudicación- Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Contratos del Sector Público)”*, número de expediente 300/2022/00064, anulado los pliegos.

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.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 6 de mayo de 2022.

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 59 de la LCSP.