

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

En Madrid, a 1 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Garbaldi S.A. contra la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid, de fecha 14 de abril de 2023, por el que se adjudica el lote 4 del contrato de “limpieza Integral de los centros de especialidades adscritos al SERMAS”, número de expediente A/SER-005581/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 6 de septiembre de 2022 y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 9 de septiembre de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 9 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 501.798.045,48 euros y su plazo de duración será de 48 meses.

A la presente licitación se presentaron, en cuanto al lote 4, cinco licitadores.

Segundo.- Tras el desarrollo del procedimiento de licitación se clasifican las ofertas del lote 4, que es el recurrido, resultando primera clasificada la UTE formada por Clece S.A. e Integra Mantenimientos Gestión Servicios Integrados CEE S.L. y en segundo lugar Optima Facility Services S.L., siendo la recurrente la clasificada en tercer lugar.

Con fecha 14 de abril de 2023 el Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid resuelve la adjudicación a favor de la UTE formada por Clece S.A. e Integra Mantenimientos Gestión Servicios Integrados CEE S.L.

El recurrente solicita la vista del expediente de licitación, que se pone a su disposición el 6 de marzo, respetando aquellas partes declaradas confidenciales por los licitadores en la presentación de su oferta.

Tercero.- El 9 de mayo de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Garbaldi S.A. en el que solicita la anulación de la adjudicación y la exclusión de las ofertas presentadas por la adjudicataria y por Optima Facility Services S.L.

El 18 de mayo de 2023 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida 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.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 25 de mayo de 2023 la UTE adjudicataria presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho de esta resolución. Por su parte Optima Facility Services S.L, pasado el plazo, no ha presentado escrito alguno.

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 el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en tercer lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (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 el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de abril de 2023, practicada la notificación el 17 de abril

de 2023 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 9 de mayo de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación 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.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se basa en demostrar que tanto la oferta de la adjudicataria como la de la segunda clasificada no cumplen los requisitos técnicos requeridos en los pliegos de condiciones.

Previamente, pone de relieve la imposibilidad de consultar las ofertas de la adjudicataria y de Optima Facility Services S.L. por haber sido declaradas confidenciales en su mayor parte. Esta falta de vista de expediente pretende que sea motivo para no haber motivado suficientemente su recurso, hecho que descartamos en cuanto a la construcción, motivación y petitorio que de él se desprende.

En cuanto a la declaración de confidencialidad de la mayor parte de la oferta técnica tenemos que recordar al recurrente que su oferta también fue declarada confidencial en similares límites, por lo que ahora no puede invocar un acto que va contra los propios efectuados, siendo esta la posición consolidada por este Tribunal en este tipo de situaciones.

Entrando ya en los motivos de recurso, en el caso de la adjudicataria y en referencia a la cláusula 1 apartado 9.1.1 del PCAP que referida a los criterios de adjudicación establece: **“Criterio: Recursos Materiales. Hasta un máximo de 12 puntos.** *“Se tendrá en cuenta la idoneidad de los recursos materiales a aportar, así como el grado de disponibilidad para cada centro, la innovación tecnológica (sistemas de desinfección UV, ozonificación, etc.), **debidamente homologados.** Asimismo, en los productos a utilizar se tendrá en cuenta: el daño medioambiental, la seguridad para trabajadores y el nivel de agresividad con los materiales a limpiar. Así, con objeto*

de poder valorar adecuadamente cada una de las ofertas, se tendrán en cuenta los siguientes subcriterios: [...]”.

Considera que, aun visto lo anterior, el órgano de contratación en su informe técnico de valoración de ofertas admite la utilización de ozono como técnica de desinfección: *“la UTE CLECE se compromete a la entrega de adecuado equipamiento para desinfección dentro de la categoría tecnológica basada en desinfección mediante ozono”.*

Informa a este Tribunal que el ozono no es un elemento homologado como desinfectante puesto que ni el Ministerio de Sanidad y en el ámbito europeo esta sustancia no está incluida en el catálogo de biocidas con suficiente seguridad para su uso contra determinados virus. Por lo que, en consecuencia, está incluyendo en su oferta un método que no se encuentra dentro de los requisitos técnicos exigidos.

A esta aseveración el órgano de contratación manifiesta que el recurrente confunde los requisitos técnicos exigidos con la aplicación de los criterios de valoración. En el aspecto denunciado se valoró con la máxima puntuación al conjunto de equipamiento y maquinaria que aportaba la UTE. Entre esa maquinaria se encuentra el TERSANO LOTUS PRO, que es un dispensador que convierte el agua en ozono acuoso estabilizado, planteándolo como una alternativa al uso de químicos en determinadas zonas. No obstante, ha sido el suministro de maquinaria basada en técnicas de peróxido de hidrógeno y similares las ofertadas y calificadas en este apartado de la propuesta.

Por su parte, el adjudicatario en su escrito de alegaciones manifiesta, como complemento a lo ya informado por el órgano de contratación, que el informe técnico de valoración de las ofertas no contiene una referencia directa a la falta de homologación del ozono como elemento desinfectante y al compromiso a la entrega de equipamiento de desinfección mediante este elemento.

Considera en definitiva que, por un lado el objeto de interponer este recurso no es otro que alargar el procedimiento para seguir prestando el servicio, en segundo lugar, confundir los conceptos de requisitos técnicos exigidos con la calificación por innovaciones tecnológicas y, en tercer lugar, apoyarse en una nota informativa del Ministerio de Sanidad para desvirtuar el tratamiento con ozono como elemento desinfectante en disolución con otros.

Vistas las posiciones de las partes, debemos inicialmente distinguir entre criterios de valoración y cumplimiento de prescripciones técnicas. En este caso comprobamos que, por un lado, se aporta maquinaria que alcanza el objetivo que se plantea, es decir la desinfección, por métodos más tradicionales, cumpliendo de esta forma con lo establecido en los pliegos de condiciones y, a más, ofrece una maquinaria capaz de convertir el agua en ozono acuoso estabilizado, producto que si bien el día de hoy no está homologado como desinfectante, suponemos que contra el coronavirus al referirse a él el recurrente en singular, sí puede ser utilizado para otras tareas a determinar por cada uno de los hospitales receptores del servicio a prestar.

Por lo tanto, no se aprecia incumplimiento alguno de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones en la propuesta de la UTE adjudicataria, desestimándose, en consecuencia, el recurso interpuesto en base a este motivo.

En relación con la oferta de Optima Facility Services S.L el recurrente manifiesta que según lo dispuesto en la cláusula 4.4 del PPTP, respecto al control del personal y limpiezas, se exige la demostración de la aplicación informática de forma on-line para valorar distintos aspectos.

A este respecto el órgano de contratación manifiesta que, efectivamente al no poder concertar una cita para realizar la demostración, se ha penalizado a esta oferta con la pérdida del 50% de los puntos que podría obtener.

Así mismo, y en la misma línea de recurso, manifiesta que tampoco cumple con lo establecido en la cláusula 1 apartado 9.2.2 por no realizar una distribución de maquinaria entre los distintos centros donde se prestará el servicio.

El órgano de contratación admite dicha falta y, en base a ello, por este criterio de adjudicación la oferta obtiene cero puntos.

Por último, considera que también ha incumplido lo dispuesto en el cláusula 4.7.1 del PPTP *“servicio de retirada de residuos”, al no disponer de “una persona fija en turno de mañana y otra en turno de tarde para la supervisión de este área, con el fin de que cuide que los vertidos a los compactadores se hacen de forma correcta en cuantía a su contenido y manipulación de estos compactadores (...).”*

El órgano de contratación en su informe amplía el contenido de la cláusula 4.7.1 del PPTP a su total textual, añadiendo: *(...) Destinara personal 24h al día 365 días, mañana y tarde, de forma que siempre habrá personal con dispositivo de búsqueda inmediato, en caso de no haber personal específico para esta tarea, que se encargue de prestar puntualmente el servicio”.*

Manifiesta el órgano de contratación que en el informe de valoración de la propuesta de Optima Facility Services S.L. se valoró más concretamente las cantidades y equipamiento que el licitador se compromete a aportar (compactadores de residuos, equipos para el transporte y traslado de los residuos) con un resultado de 1,5 frente a los 2 puntos que podía conseguir. Añadiendo: *“La empresa OPTIMA FACILITY SERVICES S.L., presentó un Plan de Gestión de Residuos correcto, con el compromiso de cubrir las necesidades que pudieran surgir las 24 horas de los 365 días, el Pliego de Prescripciones Técnicas está elaborado para muchos hospitales, muy diferentes entre ellos, la gestión de cualquiera de los servicios que integran el expediente se supedita a lo que finalmente se establezca en cada uno de los centros y por cada uno de los Servicios en los que se delegue la responsabilidad del control del servicio que preste el adjudicatario”.*

Vistas las posiciones de las partes advertimos que nuevamente la recurrente confunde el exigible cumplimiento de los requisitos técnicos con la valoración de las ofertas a través de los criterios de adjudicación. Por lo tanto, reiteramos la fundamentación efectuada en cuanto al motivo de recurso que afectaba a la adjudicataria.

Indicar, asimismo, que, siendo su posición en la clasificación de ofertas como tercera, hubiera sido suficiente analizar los motivos de recurso que afectan a la propuesta de Optima Facility Services S.L., pues de no prosperar, el mantenimiento de su actual puesto la lleva a una situación que la anulación de la adjudicación efectuada no la repercutiría beneficio alguno, no obstante, se ha optado por entrar a conocer todos los aspectos recurridos, con el fin de apreciar la temeridad y mala fe del recurso interpuesto.

Sexto.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido, el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”* o cuando, de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 031/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª), de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es*

lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.

Este Tribunal, a la vista de los antecedentes, considera que existe mala fe y temeridad, tal y como denuncia el órgano de contratación pues la interposición del recurso solo tiene como fin el retraso de la nueva adjudicación y proseguir el recurrente prestando el servicio que ahora se adjudica, por lo que se impone una multa de 3.000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Garbaldi S.A. contra la Resolución del Viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública de la Comunidad de Madrid, de fecha 14 de abril de 2023, por el que se adjudica el lote 4 del contrato de “limpieza Integral de los centros de especialidades adscritos al SERMAS”, número de expediente A/SER-005581/2022.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP, en su cuantía mínima de 3.000 euros.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática 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 59 de la LCSP.