

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

En Madrid, a 25 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de OHL SERVICIOS- INESAN, S.A.U. (en adelante, OHL) contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de mayo de 2021 por el que se adjudica el contrato “Servicio Municipal de conservación, limpieza y mejora de jardines, parques públicos, zonas verdes y otras zonas ajardinadas de carácter público (fuentes públicas, areneros, etc.) y sustitución de especies vegetales contenidas en los mismos, así como reparación por valoración de obra, en el Municipio de Boadilla del Monte” número de expediente EC/01/20, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 6 de julio de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 7 de julio 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 40.701.074,34 euros y su plazo de duración será de cuatro años, con posibilidad de prórroga de un año.

A la presente licitación se presentaron doce empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 14 de mayo de 2021 se adjudica el contrato de referencia a la UTE FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U.-SOSEGEL DESARROLLO Y GESTIÓN, S.L. (en adelante (UTE FCC-SOSEGEL).

Tercero.- El 8 de junio de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de OHL en el que solicita que se declare la nulidad del procedimiento de licitación debido a la existencia de infracciones no subsanables y de vicios de nulidad de pleno derecho, subsidiariamente que se excluya a las ofertas de los licitadores UTE FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U.-SOGESSEL DESARROLLO Y GESTIÓN, S.L., INGENIERÍA Y DISEÑOS S.A.U. (INDITEC) Y CESPAS, S.A., por incumplir las bases de la licitación y subsidiariamente a lo anterior, que se ordene la retroacción de actuaciones para que el órgano de contratación motive adecuadamente sus actos.

El 11 de junio de 2021 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) en el que propone la desestimación del recurso.

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 .- 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.- Mención especial merece la legitimación en este caso al tratarse de un recurso que se interpone por un licitador que aparece clasificado en 4º lugar, alegando que la estimación del recurso determinaría bien la adjudicación del contrato o la nulidad del procedimiento de licitación y considera que las entidades clasificadas en primer, segundo y tercer lugar deben ser excluidas del procedimiento de licitación o bien obtener una puntuación menor que la otorgada, por lo que OHL, debería ser adjudicataria del contrato. Por ello, en principio procede analizar el fondo del asunto a los efectos de determinar si ostenta la legitimación activa necesaria para la

interposición del presente recurso *“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 mayo de 2021, practicada la notificación el 18 de mayo, e interpuesto el recurso el 8 de junio de 2021, 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 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.- Como cuestión previa, antes de proceder al análisis del fondo del recurso, en cuanto a la manifestación del recurrente sobre que solo ha tenido acceso parcial al expediente, el órgano de contratación señala que se citó a la entidad el día 26 de mayo de 2021 en la Sede del Ayuntamiento, atendiendo a su petición con fecha de entrada 18 de mayo de 2021, habiéndosele puesto de manifiesto la documentación no declarada confidencial.

También manifiesta el órgano de contratación que los informes emitidos para la valoración de la viabilidad de los Planes Económicos Detallados (EPD) en los términos previstos en los pliegos únicamente pueden alcanzar a determinar si la oferta presentada por el licitador puede materializarse.

En este sentido cita la Resolución 480/2018, de 18 de mayo, del TACRC *“pues una vez efectuada la apertura de ambos sobres y una vez conocida la calificación efectuada en relación con los criterios que dependen de un juicio de valor, solo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, ésta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, pues de otro modo se estaría alterando el orden del procedimiento de licitación definido legalmente en el artículo 151 del TRLCSP y en el artículo 30 del Real Decreto 817/2009 y que tiene precisamente como objeto garantizar la objetividad de la adjudicación, evitando que los juicios de valor a emitir por el órgano de contratación y sometidos a discrecionalidad técnica puedan influir en el resultado final de la licitación. Solo así es posible garantizar el principio de no discriminación y libre concurrencia”*.

Por ello, el órgano de contratación manifiesta que solo se pueden ser objeto de exclusión las ofertas cuyos PED resulten clara y objetivamente imposibles de ejecutar. Así la valoración que se realiza de las ofertas y los PED que las sustentan abarca el análisis global de las mismas, sin perjuicio de descender a su desglose, pero entendiendo que ligeras diferencias o ajustes económicos no pueden comprometer la viabilidad de la ejecución de un contrato de esta magnitud. El objetivo del análisis de la viabilidad no es la realización de una auditoría financiera en sentido estricto, sino el de valorar la adecuada elaboración de la oferta económica y su coherencia global con la oferta técnica presentada.

Considera el órgano de contratación que la diferencia de imputación o reflejo de costes entre las distintas ofertas forman parte de la lógica existencia de estrategias empresariales diversas. Negar esta posibilidad equivaldría a defender que todas las ofertas tienen que ser análogas, lo que iría contra todos los principios aplicables en la contratación administrativa.

En cuanto al fondo del recurso el recurrente alega:

1.- Que, al acceder al expediente, ha podido constatar que no existe rastro documental alguno de la tramitación exigida en la normativa vigente para aprobar la fórmula de revisión de precios recogida en los pliegos, lo que debe llevar a la nulidad del procedimiento de licitación.

Al respecto el órgano de contratación alega que esta cuestión no es susceptible de recurso en esta instancia pues debería haber sido objeto de impugnación cuando se aprobaron los pliegos.

Vistas las alegaciones de las partes, debe considerarse, en primer lugar, el carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los Pliegos dado que deben considerarse aceptados expresamente por el licitador al hacer su proposición, constituyendo la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como al licitador.

El artículo 139 de la LCSP establece *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

En este caso, resulta ilustrativa la Resolución 927/2018 del TACRC *“Asimismo, debemos partir de que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cuál era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar. Sin embargo, en la*

ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, Rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que “La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas (o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación) condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación”.

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”.

Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general”.

En el caso que nos ocupa, la recurrente no necesitaba esperar a la adjudicación del contrato para constatar la supuesta vulneración en el procedimiento de aprobación de la fórmula de revisión de precios. Sin embargo, no ha recurrido en tiempo y forma, y ha esperado a la finalización del proceso de selección contractual, fundamentando su interés legítimo en la interposición del recurso en que la estimación del mismo le llevaría a ser adjudicataria del contrato o bien la nulidad del procedimiento de licitación y la oportunidad de participar en una nueva convocatoria.

Por ello, en atención a la jurisprudencia citada esta pretensión debe ser desestimada.

2.- En segundo lugar, la recurrente realiza alegaciones en relación con el primer, segundo y tercer clasificados considerando que o bien deben ser excluidos del procedimiento de licitación o bien otorgarles una puntuación inferior.

A los efectos de ir desgranando si efectivamente la recurrente está legitimada para interponer el recurso, analizaremos en primer lugar las alegaciones realizadas en relación con el tercer clasificado, esto es CESPAS, S.A.

Manifiesta la recurrente que La Cláusula 19 del ANEXO I del PCAP, relativa a los “Criterios cuya valoración se establece de forma automática” establece entre otras varias cuestiones que:

“En el sobre de la oferta económica, los licitadores deberán incluir OBLIGATORIAMENTE un PLAN ECONÓMICO DETALLADO, en el que deberá analizarse los recursos puestos a disposición del Ayuntamiento, toda la organización propuesta por el licitador para el desarrollo del servicio, de manera que sea coherente con su propuesta técnica. Dicho plan deberá cuantificar con detalle la propuesta de forma coherente con el resto de documentación, y habrá de ser VIABLE. Por la enorme importancia que tienen los costes de personal, se analizarán aspectos tales como: categorías laborales, valoración de costes salariales, convenio de aplicación, seguridad social aplicada, vacaciones, absentismo. Se tendrá en cuenta que el porcentaje de absentismo y vacaciones para calcular el coste de mano de obra será de un 16% en total. Se analizará la coherencia de todos los demás costes de explotación, así como su congruencia con el servicio ofertado en la oferta técnica. Todos los elementos de la oferta deberán tener valoración y ajustada a precios de mercado. Para el caso de que el citado plan económico no se estime viable, la oferta no será admitida al procedimiento, previa audiencia al interesado. [...]”.

Alega la recurrente que en virtud de este análisis inicialmente, sólo su oferta se estima viable y que respecto del resto de las otras siete empresas se les solicita aclarar o ampliar algún aspecto.

Respecto a CESPAs se le requiere *“Justificación de que el acuerdo para la contratación a través de Centros Especiales de Empleo NO implica subcontratación o, en su caso, que todas las prestaciones subcontratadas no exceden del límite previsto en los Pliegos”.*

Tras la justificación, en un *“Informe Conjunto de Intervención y Responsable del Contrato”* se indica que tras el análisis de la documentación justificativa presentado se informa que presentan justificación por tanto deben ser admitidas, entre otros licitadores, CESPA, S.A. Respecto de las que no presentan justificación se exponen en el informe los motivos.

Manifiesta la recurrente que no consta cuál ha sido el análisis realizado por los servicios técnicos. Además, considera que CESPA no indica en el DEUC su intención de subcontratar y que la subcontratación a través de un centro especial de empleo vulnera las limitaciones recogidas en los pliegos pues el adjudicatario se compromete a tener dado de alta en la seguridad social y cumplir con todas las obligaciones contractuales respecto al personal adscrito a su servicio.

El órgano de contratación opone al respecto que los informes emitidos para la valoración de la viabilidad de los Planes Económicos Detallados (PED) en los términos previstos en los pliegos únicamente pueden alcanzar a determinar si la oferta presentada por el licitador puede materializarse, en esta línea la valoración que se realiza de las ofertas y los PED abarcan el análisis global de las mismas, sin perjuicio de descender a su desglose, el objetivo es valorar la adecuada elaboración de la oferta económica y su coherencia global con la oferta técnica presentada.

Añade que el hecho de ser la única oferta a la que no se le solicitaron aclaraciones no determina ningún resultado de exclusión del resto de ofertas.

En concreto por lo que respecta a lo alegado por el recurrente sobre la oferta de CESPA, el órgano de contratación opone que el apartado 26 del Anexo I del PCAP recoge expresamente la falta de obligación de consignación del importe a subcontratar y que la petición de aclaración solicitada fue contestada de forma motivada y taxativa indicando que *“(…) En atención a este acuerdo y a las dudas que pueda generar sobre*

la existencia de posibles subcontratación en el contrato, indicamos que el acuerdo no consiste en una subcontratación de personal de la Fundación Integra por parte de CESPAS, S.A., sino en un acuerdo por el cual la Fundación Integra ayuda a CESPAS, S.A. en la búsqueda de personal con necesidades de inserción social para que, posteriormente, CESPAS, S.A. proceda a la contratación del mismo y pase a formar parte de su plantilla (estructura)”.

Vistas las alegaciones de las partes y la documentación obrante en el expediente, se constata que CESPAS ofrece explicaciones alegando que no subcontrata personal, por ello procede desestimar la pretensión del recurrente.

Una vez desestimada la pretensión del recurrente sobre la nulidad del procedimiento de licitación y sobre las alegaciones del licitador clasificado en tercer lugar no procede analizar las cuestiones planteadas sobre el segundo y primer clasificado pues en el hipotético caso de que fuesen estimadas, su resultado no le generaría ningún perjuicio ni beneficio pues no resultaría adjudicatario. Por ello, este Tribunal considera que no está legitimado para interponer el presente recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 OHL SERVICIOS- INESAN, S.A.U. contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de mayo de 2021 por el que se adjudica el contrato

“Servicio Municipal de conservación, limpieza y mejora de jardines, parques públicos, zonas verdes y otras zonas ajardinadas de carácter público (fuentes públicas, areneros, etc.) y sustitución de especies vegetales contenidas en los mismos, así como reparación por valoración de obra, en el Municipio de Boadilla del Monte” número de expediente EC/01/20.

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.- 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.