

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente de contratación de los servicios de “Mantenimiento integral de los colegios públicos y otros centros educativos del distrito de Fuencarral-El Pardo”, expediente: 300/2020/00448, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 28 de julio de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la convocatoria de licitación pública del contrato de servicios de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, con un valor estimado de 3.952.053,36 euros. Previamente se había enviado al DOUE para su publicación.

Interesa destacar en relación con el motivo del recurso que el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) en su apartado 19, establece entre otros, los siguientes criterios de adjudicación:

“CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES.

(...)

3.- INVERSION PARA MEJORAS EN LOS SERVICIOS: Hasta 15,00 puntos.

Porcentaje del precio de licitación del contrato, que la empresa se compromete a asignar a inversión en necesidades inmediatas del Distrito relacionadas con el contrato.

Se asignará el máximo de puntos (15,00) a la oferta más alta, y 0 puntos a la más baja, realizando una proporción para las ofertas intermedias, en concepto de inversiones para mejoras que la empresa se compromete a asignar a inversión en necesidades inmediatas del Distrito relacionadas con el contrato y que no estén contemplados en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

La cantidad que se ofrezca ha de entenderse por la duración máxima del contrato (dos años), no incluyéndose en ésta ni los gastos generales, ni el beneficio industrial, ni el IVA.

Todos aquellos trabajos que se oferten deberán ser ejecutados por el licitador, tanto en el periodo inicial del contrato como en el periodo de prórroga si ésta se acordase, reduciéndose proporcionalmente en caso de prorrogas inferiores al plazo inicial.

Durante la ejecución del contrato, las inversiones de mejoras que se vayan implantando se justificarán por el Cuadro de Precios aprobados por el Ayuntamiento de Madrid para el 2016 o, en su defecto, por el cuadro de precios de la construcción Centro 2018 del Colegio Oficial de Arquitectos”.

Segundo.- Con fecha 7 de agosto de 2020, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (en adelante AMI), interponiendo recurso especial en materia de contratación contra el PCAP por considerar que el criterio de mejora denominado

inversiones en necesidades inmediatas carece de concreción y al no establecer un umbral máximo adolece de indefinición y debe anularse.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 3 de septiembre de 2020, 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 transpone 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 de AMI ya que considera que los criterios establecidos están correctamente definidos y están vinculados al objeto del contrato.

Cuarto.- El expediente se encuentra suspendido por Acuerdo del Tribunal de 3 de septiembre de 2020.

Quinto.- 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 46.4 de la LCSP y en 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 el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de AMI para la interposición del recurso, por tratarse de una asociación empresarial del sector del mantenimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial 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 indirecta, por las decisiones objeto del recurso. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 7 de agosto de 2020, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que los pliegos se han publicado en la Plataforma de Contratación el 28 de julio de 2020.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si el criterio de carácter automático relativo a la inversión en mejoras se encuentra correctamente configurado.

AMI argumenta, respecto del criterio de valoración de las inversiones que el criterio mencionado *“contraría abiertamente (a nuestro entender), el contenido del artículo 145.7 LCSP, en cuanto que exige que las mejoras estén suficientemente especificadas, y para ello deberán concretarse sus requisitos, límites, modalidades y características, además de precisar su vinculación con el objeto del contrato; lo que en el presente supuesto no se da”*.

El órgano de contratación por su parte expone que con fecha 5 de agosto publicó una aclaración informativa sobre el criterio impugnado en la que se recoge lo siguiente:

“ACLARACIONES.

A la vista del funcionamiento del contrato de servicios equivalente anterior (300/2017/00728) al del contrato en fase de licitación actual (300/2020/00448), se consideró que el apartado de mejoras en los servicios valorado en la licitación de aquel fue un aspecto que, dado su buen funcionamiento, se debía ampliar en la valoración del siguiente contrato, por lo que su puntuación subió de 5 a 15 puntos, dejando libertad para que cada licitador valorase dentro de sus posibilidades lo que podía aportar. En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP17) que había de regir el contrato mencionado con número de expediente 300/2017/00728 se indicaba lo siguiente en relación a la puntuación para las mejoras en los servicios: ‘5.-MEJORAS EN LOS SERVICIOS: Hasta 5,00 puntos.

Se otorgará un (1,00) punto por cada 3.000 euros que se destinen a mejoras materiales o trabajos especiales no contemplados en el Pliego de Prescripciones Técnicas, que se cuantificarán económicamente. Dichos trabajos especiales, susceptibles de valoración, serán trabajos de albañilería, pintura, climatización, fontanería y electricidad que excedan de los mínimos exigidos en dicho Pliego. La oferta de mejoras debe guardar relación con las prestaciones del contrato en el presente Lote y su valoración se justificará por el Cuadro de Precios aprobados por el Ayuntamiento de Madrid para el 2016 o, en su defecto, por la Base de precios de la construcción de la Comunidad de Madrid 2007/2012 y, en tercer lugar, por el cuadro de precios de la construcción Centro 2016 del Colegio Oficial de Arquitectos Técnicos de Guadalajara. Obtendrá la máxima puntuación, cinco (5,00) puntos, el licitador que se comprometa a destinar a tal fin 15.000 euros.

La cantidad que se ofrezca ha de entenderse por la duración máxima del contrato (dos años), no incluyéndose en ésta ni los gastos generales, ni el beneficio industrial, ni el IVA.

Todos aquellos trabajos que se oferten deberán ser ejecutados por el licitador tanto en el periodo inicial del contrato como en el periodo de prórroga si ésta se acordase.

Con respecto a la falta de límite al porcentaje del precio de licitación del contrato que la empresa se compromete a asignar a inversión en necesidades inmediatas del Distrito relacionadas con el contrato con número de expediente 300/2020/00448, se considera que, al igual que en la oferta económica no se indica un límite en la baja máxima en porcentaje de la oferta económica, ya que para ello se incluyen en el PCAP20 dos parámetros para identificar las ofertas que se encuentren en situación de baja anormal, tampoco es necesario considerar un límite en el porcentaje del precio de licitación del contrato para la inversión para mejoras en los servicios, suponiendo que ante la posibilidad de porcentaje irrealizable se detectaría mediante el segundo de los parámetros referidos para la detección de ofertas anormalmente bajas.

Con respecto a los requisitos, modalidades y características de las mejoras, se deducen del resto de documentación técnica obrante en el expediente, procediendo a realizar las siguientes aclaraciones de lo indicado en lo referente a las inversiones para mejoras en el servicio para su mejor entendimiento:

1. Las necesidades inmediatas del Distrito relacionadas en el contrato se refieren en todo caso al mantenimiento técnico integral, conservación y reparación de colegios y otros centros educativos adscritos al Distrito de Fuencarral-El Pardo, así como los espacios libres de parcela y unidades deportivas incluidas en ellos, según Cláusula 1 del PPT.

2. La inversión en necesidades inmediatas del Distrito relacionadas con el contrato se refiere a las inversiones de mejora de los elementos e instalaciones relacionadas en las operaciones enumeradas en las cláusulas 1.7 Operaciones generales de mantenimiento preventivo y 1.8 Mantenimiento correctivo.

3. Cualquier inversión en mejoras que se realice requerirá el correspondiente informe de los técnicos municipales, el cual deberá justificar que se trata de necesidades inmediatas del Distrito, que están relacionadas con el contrato y que se

justificarán por los cuadros de precios relacionados en el pliego o, en caso que no existiesen partidas similares a los trabajos a realizar en estas bases de precios, se confeccionando las mismas usando rendimientos de las bases de precios, P.V.P de tarifas de precios actualizadas de materiales y precio de mano de obra según convenios laborales en vigor”.

Respecto a la falta de límite del criterio, el órgano de contratación en su informe argumenta que *“En cuanto a la falta de límite de la misma, es reseñable que la asociación lo que hace es plantear una duda sobre el correcto proceder de los operadores económicos interesados en la licitación y a los que dice representar, en su escrito refiere a ‘que muchos operadores económicos pretendan proponer un número de mejoras muy elevado y/o de imposible cumplimiento, para garantizarse la máxima puntuación en cada Criterio’, ignorando que el principio de buena fe es plenamente vinculante a los operadores económicos y que el Pliego determina un buen número de mecanismos garantistas que impedirían que se diera el supuesto planteado.*

El límite, le guste a la recurrente o no, existe al señalarse como referencia el presupuesto base de licitación. No se debería entender que tal límite no es ajustado a Derecho por dos cuestiones, la primera porque la LCSP no refiere a que deba darse un concreto parámetro para establecer un límite, no indica que debe limitarse económicamente o que debe ajustarse a un rango de porcentaje, o utilizar cualquier otra magnitud que se pueda plantear. Y en segundo lugar porque corresponde al órgano de contratación la configuración de los criterios y no es un derecho de los licitadores o interesados el pretender que las cláusulas o criterios se redacten como a ellos les resulte más beneficiosos”.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de manifestar 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 de inversiones, en este caso, como por otra parte se ha hecho en las medidas de ahorro que pueden

ofertarse para conseguir los 15 puntos y ponderarse a partir de esa oferta máxima indefinida, la puntuación del resto de forma proporcional, podría darse el caso de ofertas absolutamente desproporcionadas en la oferta de inversiones, que no supongan una mejora real del contrato y además distorsionen la puntuación de las demás y repercutan en la viabilidad de las ofertas.

El apartado 20 del Anexo I establece los criterios para considerar las bajas desproporcionadas del siguiente modo:

“Dado que el contrato se adjudicará atendiendo a una pluralidad de criterios se han establecido dos parámetros para identificar las ofertas que se encuentren en situación de baja anormal.

Un primer parámetro relacionado con el precio por el cual se valorará la situación de anormalidad en términos de competencia entre las ofertas económicas presentada para lo que se ha establecido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, que se considerará como oferta con valores anormales o desproporcionados aquélla cuyo porcentaje exceda, al menos, en diez (10) unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones admitidas, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, no obstante, previos los informes técnicos del servicio correspondiente y considerando adecuada la justificación del licitador, que la oferta puede ser cumplida a satisfacción de la Administración.

Conjunto de criterios: Complementario del anterior y dado que se utilizan una pluralidad de criterios se ha establecido un parámetro que permita identificar una baja anormal considerando la puntuación obtenida, individualmente por cada licitador pero teniendo en cuenta el conjunto de criterios, de forma que se identifiquen ofertas con altas prestaciones y un precio muy bajo, así se tomarán en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de valores anormales o desproporcionados cuando conjuntamente se hayan obtenido más del 80% de los puntos en los siguientes apartados.

- *Criterio sujeto a evaluación previa: Más de 28 puntos.*
- *Criterio oferta económica: Más de 28 puntos.*
- *Resto de criterios sujetos a evaluación posterior: 24 puntos”.*

Considera el Tribunal que el parámetro establecido en segundo lugar resulta de difícil aplicación en este caso puesto que los criterios contemplados no coinciden con los del Pliego que son:

Criterios no valorables en cifras o porcentajes:

Calidad técnica 35 puntos distribuidos entre el plan operativo, 25 puntos y el plan de ahorro, 8 puntos.

Criterios valorables en cifras o porcentajes:

Oferta económica 35 puntos.

Inversiones, 15 puntos.

Ahorro energético, 15 puntos.

Por tanto, esa previsión no resulta adecuado para detectar una oferta desproporcionada en relación con el % de inversiones.

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, como se dice en la propia Resolución, 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 las inversiones en necesidades inmediatas que puedan resultar precisas, en base a la experiencia existente en la ejecución de este tipo de contrato y el estado de las instalaciones, no dejar la determinación de las mismas al albur de las ofertas de los propios licitadores.

Siguiendo el criterio expuesto, a juicio del Tribunal, en este caso la definición de la mejora en inversiones en necesidades inmediatas al no determinar concretamente el tipo de mejoras (parece además que deben ser aprobadas posteriormente lo que podría invalidar la puntuación) y no establecer una cantidad máxima admisible, supone el establecimiento de un criterio de valoración automático que no posee la concreción requerida por la LCSP y previsiblemente distorsionará las puntuaciones de los licitadores y puede poner en riesgo la correcta ejecución del contrato, sin que el supuesto de baja desproporcionada previsto en el Pliego permita solventar la falta definición del criterio, por lo que el recurso debe estimarse, anulándose el apartado 16.3 del Anexo I del PCAP.

La anulación del apartado citado supone anulación de los Pliegos y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades elaborando nuevos Pliegos de acuerdo con los fundamentos de derecho de la presente Resolución.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente de contratación de los servicios de “Mantenimiento integral de los colegios públicos y otros centros educativos del distrito de Fuencarral-El Pardo”, expediente: 300/2020/00448, anulando los Pliegos y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades elaborando nuevos Pliegos de acuerdo con los fundamentos de derecho de la presente Resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe y no procede la imposición de multa, conforme al artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por el Tribunal el 3 de septiembre de 2020.

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.