

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

En Madrid, a 30 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.V.V., en representación de la empresa Citelum Ibérica, S.A., (Citelum), contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés de fecha 20 de noviembre de 2018 por el que se adjudica el contrato de servicios “Mantenimiento de la instalación de alumbrado público y ornamental en diversas zonas del municipio” número de expediente: 11136/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante acuerdo de fecha 6 de junio de 2017, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés, convocó procedimiento abierto con pluralidad de criterios para la adjudicación del contrato de servicios “Mantenimiento de la instalación de alumbrado público y ornamental en diversas zonas del municipio”.

La publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de fecha 18 de junio de 2017 y en el BOE de fecha 5 de julio de 2017.

El valor estimado del contrato asciende a 4.950.000 euros.

Segundo.- Al procedimiento de licitación concurren 12 licitadoras.

El apartado 9.1.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece la fórmula a emplear para la valoración de la oferta técnica y que es la siguiente:

“Criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.- (máximo 20 puntos).

ANÁLISIS DEL DESARROLLO PLANIFICADO DE LOS TRABAJOS A REALIZAR POR EL ADJUDICATARIO, presentando:

- *Rendimientos, al menos, del personal mínimo descrito (máximo 8 puntos).*
- *Descripción de la estimación de los materiales y maquinaria a emplear (máximo 12 puntos).*

De todo ello se presentara, como justificación todos los costes económicos necesarios para alcanzar los umbrales de calidad exigibles en el presente pliego. Se estudiará particularmente los costes de todos y cada uno de los servicios exigidos”.

Por su parte el PCAP en su página 58 establece los criterios evaluables de forma automática estableciendo:

“AMPLIACIÓN DE LA ZONA DE INVENTARIO.

Revisión del inventario de la zona indicada en el Anexo 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas. (5 puntos).

Compromiso por parte del licitador, de la puesta al día y/o realización de la instalación de alumbrado público en las condiciones anteriormente expuestas, de la zona indicada en el Anexo 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas en un plazo inferior a dos meses desde la firma del acta de inicio del servicio. Revisión del inventario de la zona indicada en el Anexo 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (5 puntos).

Compromiso por parte del licitador, de la puesta al día y/o realización de la instalación de alumbrado público en las condiciones anteriormente expuestas, de la zona indicada en el Anexo 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas en un plazo inferior a dos meses desde la firma del acta de inicio del servicio”.

Tercero.- Con fecha 20 de diciembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de este

Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación Citelum, en el que se solicita la exclusión de la adjudicataria por incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones, por proponer una oferta económica que no alcanza los costes derivados del contrato y por haber incluido en el sobre correspondiente a la oferta técnica méritos que se deberán evaluar de forma automática.

El 21 de diciembre se solicitó al órgano de contratación 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 (LCSP), que fue remitido el día 14 de enero de 2019.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, 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 23 de enero de 2019, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en los fundamentos de derecho.

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.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, la Orden de adjudicación, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al

tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

La recurrente ha sido excluida a la licitación, por lo tanto, se considera que está legitimada para la interposición del recurso especial en materia de contratación.

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 20 de noviembre de 2018, practicada la notificación el 28 de noviembre e interpuesto el recurso el 20 de diciembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios de valor superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.c) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto se extiende a la ausencia de rechazo de la oferta por el órgano de contratación al comprobar que la empresa adjudicataria en su oferta incluye en el sobre 2A correspondiente a la oferta técnica que sería valorada mediante juicio de valor, datos que ponen de manifiesto el cumplimiento de dos criterios puntuables de forma automática y que formarían parte de la documentación del sobre 2B.

En segundo lugar la recurrente se opone a la admisión de la oferta presentada por la adjudicataria por incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y por proponer una oferta económica que no cubre el coste del contrato.

Dado que de la estimación o desestimación de la primera pretensión puede resultar la no necesidad de continuar con el resto de las pretensiones planteadas, cabe iniciar el examen del recurso analizándola en primer lugar.

“El recurrente plantea que la oferta de la UTE SICE-GYOCIVIL (en adelante UTE) ha incluido en el sobre 2A información que pertenece al sobre 2B, concretamente el número de centro de mando sobre los que se actualizarán los inventarios, resultando que el total indicado responde a los exigidos en el PCAP y a los que se consideran mejora de la oferta.”

El órgano de contratación por su parte indica que si bien el textual de la oferta técnica presentada por el adjudicatario es: *“Para cubrir este servicio el personal necesario se estima tomando como base:*

- *Nº de puntos de luz a inventariar: 22.000 ud y nº de centros de mando: 350 unidades y considerando que los rendimientos y los días de trabajo son los siguientes (...).*

Alega que: *“los técnicos que suscriben no consideran que estos cálculos signifiquen que asumen los dos criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas del sobre 2B, en absoluto, ya que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), en sus páginas 58-59 expresa lo siguiente:*

Estudio del análisis económico y del rendimiento haciendo especial énfasis (máximo 12 puntos).

- *Personal necesario y medidas.*
- *Maquinaria para atención de las zonas.*
- *Instalaciones.*
- *Materiales a emplear.*

De todo ello se presentara, como justificación todos los costes económicos necesarios para alcanzar los umbrales de calidad exigibles en el presente pliego.

Es decir, que dentro del estudio que se valoraría con los criterios sujetos a juicio de valor y, por lo tanto, dentro del sobre 2A, se debían evaluar el total de las

instalaciones municipales, incluidas las descritas en todos los anexos (anexo 1, 2 y 4). 'De todo ello se presentará, como justificación todos los costes económicos necesarios para alcanzar los umbrales de calidad exigibles en el presente pliego', sin que ello suponga la admisión de realización de las mejoras, sino como un concepto más considerado por parte de la empresa licitadora a la hora de evaluación de la oferta."

Por todo ello considera que la argumentación de la recurrente queda neutralizada por la literalidad del apartado 9.9.1, correspondiente al Anexo 1 al PCAP, ya transcrito en los antecedentes de esta resolución.

Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 24/2014, de 5 de febrero, en que se examinan los supuestos que implican revelación del secreto de las ofertas o alteración del orden de apertura de las ofertas, y se sienta la doctrina del Tribunal al respecto, que la normativa (apartado 2 del artículo 150 TRLCSP y artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo) establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, todo ello con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio subjetivo.

El hecho de que la legislación de contratación pública establezca que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del órgano de contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor "mediatizado", o, si se prefiere, "contaminado" por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes. Por lo tanto de vulnerarse el secreto o el orden

de apertura de ofertas no cabría otra alternativa que anular el procedimiento de licitación.

Es especialmente clarificador el escrito de alegaciones presentado por la adjudicataria, donde manifiesta que los PCAP solicitan como documentación técnica un estudio de costes para la correcta ejecución del contrato en su integridad. Añade que es necesario considerar que este contrato contiene un precio alzado fijo y precios unitarios, dependiendo del mantenimiento preventivo o del correctivo. Concretando se presupuesta un precio por unidad de obra, pero ello no quiere decir que posteriormente no se facture, al igual que el resto de costes que responden a precios unitarios.

Este Tribunal comprueba que la referencia a 350 unidades de mando en la página 37 de la oferta técnica puntuable mediante juicio de valor, revela el número total de puntos a inventariar, pero no revela si este coste será facturado dentro del precio que denominan canon o mediante facturación por precio unitario.

Por todo ello debe desestimarse el recurso planteado por este motivo.

En cuanto al resto de motivos del recurso se fundamentan en el incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en los pliegos de condiciones por parte de la UTE adjudicataria.

A) Costes de materiales

La recurrente considera que el incumplimiento radica en que el pliego indica claramente, que el importe económico de la baja que el adjudicatario haya hecho al capítulo de trabajos preventivos se sumará al capítulo de trabajos correctivos, de forma que el importe de adjudicación siempre serán los 3.000.000 de euros de la licitación.

La adjudicataria manifiesta que *“hace un análisis de los trabajos planificados, realizando un estudio de rendimiento de los medios humanos destinados, así como una estimación de los materiales y maquinaria a emplear.*

En ningún caso, al presentar su oferta, ha realizado una justificación de sus costes, cuestión que realizaría en el caso de haber sido calificada la misma como incurso en temeridad. La mercantil recurrente parece confundir la adecuación de la oferta económica presentada por la UTE a los Pliegos, con un pretendido celo excesivo en el rigor de la estimación de sus costes, siendo aún más sorprendente cuando la propia recurrente ha realizado una baja superior a la de la UTE (recordemos, la baja ofertada por la UTE es del 41,01 % y la del recurrente es del 42,90 %), lo que no presupone un incumplimiento en relación a los medios humanos y materiales adscritos al contrato”.

El órgano de contratación por su parte manifiesta que: “claramente expresa que ese porcentaje del 42 se aplicará a la cantidad económica final destinada para la ejecución de los trabajos correctivos, una vez la Baja ofertada sea conocida, pues si la hubiera cuantificado en ese momento anterior, se podría haber calculado la baja económica antes de la apertura del sobre de la oferta económica, luego la oferta presentada por la UTE en ningún caso incumple el pliego como expresa la recurrente, muy al contrario lo cumple en este aspecto correctamente, sin olvidar que además, como ya se ha mencionado en este informe este es un criterio evaluable mediante juicio de valor que los Técnicos que suscriben, ya evaluaron con el rigor y la discrecionalidad que se precisa.”

El Tribunal comprueba que la argumentación del órgano de contratación es correcta de acuerdo con el PACP.

B) Cambio de lámparas.

Manifiesta la recurrente que “el flagrante incumplimiento no sólo es económico, sino que también incumple los requisitos técnicos, pues no se comprometen a realizar el cambio masivo en un máximo de 3 años sino de 5, circunstancia a todas luces inadmisibles”.

Por su parte la adjudicataria indica: *“Estos programas tendrán como objetivo que la totalidad de los puntos de luz existentes tengan sus lámparas renovadas con una frecuencia no superior a cinco años.*

Las fechas precisas de su realización serán fijadas por los Servicios Técnicos Municipales, a fin de que los trabajos exigidos por las reposiciones en grupo de lámparas se efectúen de forma coordinada entre sí y con los demás programas del servicio de conservación (limpiezas, etc.).

Si durante la vigencia de este Pliego, como consecuencia del incremento de la vida media de las lámparas, de las exigencias cualitativas de la iluminación, de la variación de los costes de las reposiciones casuales, etc., los Servicios Técnicos Municipales considerasen conveniente modificar el tiempo que debe transcurrir entre dos reposiciones sucesivas en grupo, podrá hacerlo, siendo la UTE la encargada de ajustarse a la nueva programación.”

El órgano de contratación se expresa en parecidos términos a fin de justificar la admisión de la oferta de la adjudicataria en base a este punto.

A la vista de lo alegado también en este caso la adjudicataria cumple con lo establecido en el PCAP.

C) Incumplimiento del requisito específico de contar con 3 inspectores

Indica la recurrente que *“en las págs. 53 y 54 de las CCEC se preceptúa profusamente la necesidad de contar con unos requisitos mínimos, entre otros de personal y, entre otros, de contar específicamente con 3 vigilantes o inspectores nocturnos”,* condición que no es cumplida por el adjudicatario.

Por su parte el órgano de contratación indica que: *“los inspectores de funcionamiento nocturno no cuentan ni con exclusividad ni precisan desarrollar su trabajo a jornada completa. De hecho, los horarios a cubrir según el pliego de condiciones son:*

- *Días laborables: uno de 23:00h a 7:00h (8 horas) y otro de 0:30h a 8:30h (8 horas).*
- *Días festivos: de 23:00 a 7:00h (8 horas).*

Sin duda, en los días laborables de lunes a viernes, estos trabajadores (2 operarios) desarrollan un jornada completa de 8 horas/día lo que corresponde a una jornada de 40 horas/semana”.

La adjudicataria justifica este punto que los medios detallados (13 personas) son los que exigen los Pliegos, y que la distribución propuesta en la que los inspectores podrán pertenecer tanto al retén de guardia como al turno corriente es factible.

El Tribunal considera que no se aprecia incumplimiento del Pliego en este apartado.

D) Incumplimiento del convenio colectivo aplicable.

Citelum indica que los costes de personal se han calculado bajo un convenio de empresa que por un lado solo afecta a los trabajadores sites en la Ciudad de Madrid y por otro lado mantiene unos salarios por debajo del convenio colectivo sectorial aplicable.

La adjudicataria manifiesta que *“en cuanto al incumplimiento de los salarios del Convenio Laboral, debemos comenzar por decir que los costes que se están analizando son costes para la administración y nunca costes de empresa, por los motivos antes referidos de no inclusión de gastos generales o beneficio industrial.*

En ese aspecto, y como base de cálculo para deducir de los necesarios, se ha tomado la hipótesis de que la UTE realice los trabajos con personal de la empresa SICE, aunque si fuese la UTE -una vez constituida para la ejecución de los trabajos- la que contratara directamente a los empleados del servicio, el Convenio Colectivo de aplicación, sería el de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid.

Pero además, la mercantil recurrente expone que el Convenio en el que basa la UTE sus cálculos es el convenio del centro de trabajo de la Ciudad de Madrid. Éste punto de partida no es cierto, dado que en la primera página de dicho convenio se especifica que el mismo es válido para la Comunidad de Madrid y toda su provincia -es decir, en todo el ámbito de la Comunidad de Madrid- y el centro de

trabajo que nos ocupa está en la misma, pero además, de contrario se indica que los costes de personal quedan por debajo del sueldo mínimo de convenio, y de nuevo otra falta a la verdad: y es que el convenio colectivo de SICE Madrid tiene conceptos económicos que mejoran y superan el sectorial, tales como el plus de antigüedad o las dietas. Así mismo, contempla conceptos económicos no recogidos en el sectorial, tales como la ayuda de comedor, el complemento Ad-Personam, el plus de jefe de equipo, el plus de conducción y el premio de permanencia en la empresa”.

El órgano de contratación en este motivo recuerda que la oferta presentada por la UTE no ha sido considerada en baja temeraria y por lo tanto no tiene que justificar detalladamente su viabilidad económica. Asimismo recuerda que cualquier adjudicatario deberá ejecutar el contrato con estricta sujeción a su clausulado, siendo de riesgo y ventura del empresario su suficiencia financiera.

Se ha de advertir que de los documentos que conforman la oferta no se deduce la posibilidad de incumplimiento del contrato.

En conclusión este Tribunal ha analizado cada una de los motivos de recurso expuestos por la recurrente y rebatidos por el órgano de contratación y por la adjudicataria, comprobando que la oferta de la UTE alcanza los requisitos mínimos exigidos en pliegos.

Por todo ello se desestima el recurso en base a los motivos expuestos.

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 don A.V.V., en representación de la empresa Citelum Ibérica, S.A., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés de fecha 20 de noviembre de 2018 por el que se adjudica el contrato de servicios “Mantenimiento de la instalación de alumbrado público y ornamental en diversas zonas del municipio” número de expediente: 11136/2015.

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 al órgano de contratación y a la recurrente.

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 59.1 del LCSP.