

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

En Madrid, a 9 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.A.D.C., en representación de la empresa ADD4U Soluciones para Gestión, S.L., contra los Pliegos de Condiciones que rigen la licitación del contrato de “Servicios para la implantación de sistemas de administración electrónica y su mantenimiento en el Ayuntamiento de Collado-Villalba número de expediente 83/CON/18 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE de fecha 27 de noviembre y en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22 de noviembre de 2018, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 247.933,89 euros. La duración del contrato es de cuatro años.

Segundo.- Interesa destacar a efectos de la resolución del presente recurso las siguientes cláusulas de los pliegos de condiciones:

Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece: *“El objeto del presente contrato es la adquisición del software y servicios necesarios para la implantación y puesta en marcha de un sistema que permita al Ayuntamiento de Collado Villalba la tramitación electrónica de gestión de procedimientos y que estos sean accesibles a los ciudadanos por medios electrónicos”.*

La cláusula 4 y 5 del mismo PCAP indica: *“4.- PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN, Y TIPO DE LICITACIÓN*

4.1. Presupuesto base de licitación:

Partida presupuestaria Importe anual 120 9292 20600

Importe total IVA incluido 75.000,00 anual 300.000,00 total.

4.2. TIPO DE LICITACIÓN

A la baja sobre:

- El presupuesto base de licitación*
- Los precios unitarios*

5.- VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO PRESUPUESTO DE LICITACIÓN:

300.000,00 euros IVA incluido.

IMPORTE DE LAS MODIFICACIONES PREVISTAS: ninguna

TOTAL DEL VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO: 247.933,884 euros IVA excluido”.

Así mismo interesa destacar las siguientes cláusulas el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares: *“7.- CLASIFICACIÓN Sí - No*

- GRUPO: _____*
- SUBGRUPO: _____*
- CATEGORÍA: _____*

9.1. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN:

- Coste del ciclo de vida:

- Único (Precio): _____

-Varios: Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se atenderá a varios criterios de adjudicación que se puntuarán con arreglo a la siguiente ponderación:

-Cuantificables mediante juicio de valor

Procedimientos reglados exigidos por la Entidad Hasta 30 puntos

Se realizará una demostración presencial de los 5 procedimientos reglados exigidos

en el presente pliego (epígrafe 3.4.6.3.), convocándose a los licitadores por el órgano de contratación para la realización de la misma en la sede de la Corporación Municipal con la puesta en marcha de los medios materiales y humanos propios de los licitadores. Evaluándose la misma por una Comisión de dirección del proyecto mediante juicio de valor hasta un máximo de 30 puntos.

PARA PODER CONTINUAR CON LA LICITACIÓN SERÁ IMPRESCINDIBLE QUE EL LICITADOR OBTENGA AL MENOS UNA PUNTUACIÓN CORRESPONDIENTE AL 50% EN ESTE APARTADO, ES DECIR, AL MENOS 15 PUNTOS. AQUELLOS LICITADORES QUE NO OBTUVIERAN ESTA PUNTUACIÓN MÍNIMA SERÁN EXCLUIDOS DE LA LICITACIÓN.

21.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN:

DE TIPO MEDIOAMBIENTAL: _____

DE TIPO SOCIAL O RELATIVAS AL EMPLEO: _____

COMPROBACIÓN DE LOS PAGOS A SUBCONTRATISTAS O SUMINISTRADORES:

- Condiciones: _____”.

Por último hay que destacar la Cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas: “*Condiciones generales.*

(...).

A través de este servicio se custodiará toda la información y producción documental generada por esta Administración, siendo por lo tanto un requisito ineludible el cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad en su CATEGORÍA MEDIA, ofreciendo las máximas garantías disponibilidad, trazabilidad, integridad, autenticidad y confidencialidad de la información almacenada. De conformidad con lo dispuesto en el apartado VII de la Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, todos los licitadores deberán haber obtenido, de la solución que presenten en su oferta, la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad en su CATEGORIA MEDIA.

La solución propuesta deberá contar con sistemas de protección específicos para hacer frente a ataques de denegación de servicio y sistema de detección y prevención de intrusiones.

Para poder comprobar que se cumplen estos requisitos mínimos, será necesario que el licitador incorpore en su oferta las siguientes evidencias:

EVIDENCIAS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS MINIMOS EN MATERIA DE ADECUACIÓN AL ESQUEMA NACIONAL DE SEGURIDAD	
Evidencia	Descripción
ENS-01	Certificado de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad en su categoría ALTA para la plataforma de administración electrónica.
Documentación que acredite que la solución Sistema.	Sistema "Anti-DDoS" para hacer frente a ataques de dispone del sistema denegación de servicio.
Documentación que acredite que la solución Sistema.	Sistema de detección y prevención de intrusiones.
Certificación TIER III	Dado que la plataforma de administración electrónica se prestará en formato de servicio a través de Internet (SaaS), el adjudicatario deberá garantizar que las instalaciones desde las que se vaya a prestar este servicio estén ubicadas en territorio de la Unión Europea y que ofrezcan las mayores garantías de disponibilidad y de protección de la información, por lo que será necesario cumplir con las normas de certificación Tier III del Uptime Institute.

Tercero.- Con fecha 29 de noviembre de 2018, se rectificó el PPT en cuanto a la corrección de un error de transcripción consistente en la determinación del grado de cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad y en la adecuación a norma del momento de obligatoriedad de la operatividad de los procedimientos administrativos mediante medios electrónicos.

El plazo de presentación de ofertas finalizó el 21 de diciembre de 2018.

Cuarto.- El 14 de diciembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ADD4U Soluciones para la Gestión, S.L. en el que solicita la anulación de los Pliegos de Condiciones en base a los siguientes fundamentos:

- Incorrecta determinación del precio.

Consultas de mercado sin sujeción al procedimiento establecido en el artículo 115 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).

- Rectificación de pliegos en aspectos sustanciales sin iniciar nuevamente el plazo de presentación de proposiciones
- Inexistente determinación del grupo, subgrupo y categoría en precisas para la aportación de la clasificación económica como forma de acreditación de la solvencia.
- Inadecuación de la determinación de criterio de valoración sujeto a juicio de valor.
- Ausencia de condiciones especiales de ejecución de tipo de innovación, social o medioambiental.

El 20 de diciembre el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de LCSP.

Opone al recurso la sujeción de los Pliegos de Condiciones a los postulados de la LCSP en todos sus aspectos con los fundamentos que analizaremos posteriormente.

Quinto.- Con fecha 21 de diciembre este Tribunal acordó la adopción de medidas cautelares con el fin de preservar el secreto de las ofertas ante una posible estimación del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 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 persona jurídica potencial licitador, *“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 los pliegos de condiciones fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 22 de noviembre de 2018 e interpuesto el recurso el 14 de diciembre de 2018, 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 de condiciones que rigen la licitación 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.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra diversos aspectos de los pliegos de condiciones que se tratan de forma separada para mejor claridad expositiva.

1.- Violación del principio de igualdad de trato y transparencia en la preparación de la licitación y ausencia del desglose del precio de contrato.

Alega la recurrente la ausencia de una consulta preliminar del mercado a la hora de fijar el presupuesto base de licitación, así como la ausencia de consultas a ella, que además es la anterior adjudicataria del servicio que se licita.

Opone asimismo que el precio del contrato no se ha fijado de conformidad con las normas contenidas en el artículo 100.2 de la LCSP, en atención a la correcta determinación de los costes directos e indirectos que conformarán el presupuesto de licitación.

Manifiesta el órgano de contratación que *“ha efectuado consultas con cinco empresas especializadas, no acudiendo a la recurrente, por conocer sus tarifas, al haber sido adjudicataria de un servicio similar, que no idéntico al ahora licitado”*. Añadiendo *“que no se ha establecido ningún tipo de desglose en los pliegos puesto que lo que se está adquiriendo es el suministro de una herramienta informática, donde se incluyen los gastos de implantación y formación de los usuarios y posteriormente el mantenimiento de dicho producto durante la vigencia del contrato”*.

Se ha de advertir que la manifestación del órgano de contratación alcanza a la calificación del contrato. En efecto, este ha sido calificado como un contrato de servicios, pero su objeto es la adquisición del uso de una herramienta informática, durante cuatro años, con los trabajos de implantación y formación del personal. En este caso sin duda nos encontramos ante un contrato de suministro, de conformidad con el artículo 16.3.b) de la LCSP pues lo que se va a adquirir no es un programa hecho a medida, sino el uso de una aplicación estándar que se amoldará a las condiciones propias del Ayuntamiento de Collado Villalba. Su precio anual, idéntico para cada ejercicio demuestra este planteamiento.

Dicho lo cual, este Tribunal entiende que este contrato deberá de calificarse como mixto, atendiendo por un lado a la cesión del uso del programa informático y por otro lado a la formación al personal municipal, que indudablemente será un contrato de servicios, tratándose en todo caso como contrato de suministro al ser su importancia dentro del total y su coste mucho más elevado que la parte correspondiente al servicio.

Alberga este motivo de recurso dos cuestiones distintas y a la vez coincidentes por un lado el desglose correcto del presupuesto base de licitación y por otro lado el correcto establecimiento del precio en relación con el mercado.

Señala el artículo 100 en su apartado 2 de la LCSP que *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas*

particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.”

En cuanto al valor estimado, establece el artículo 101.2 de la LCSP que: *“En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”.*

Finalmente, señala el artículo 102.3 de la LCSP que *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”.*

Este Tribunal reconoce que es causa de desconcierto el uso de diferentes conceptos económicos por la ley según se trate del presupuesto base de licitación o del valor estimado y especialmente en relación a la ausencia de definición de los conceptos introducidos para efectuar esos cálculos.

Se advierte que los conceptos de gastos generales y beneficio industrial aparecen recogidos en cuanto a la determinación del valor estimado y sin embargo no constan en cuanto a la determinación del presupuesto base de licitación y su desglose según la redacción del artículo 100.2.

Se considera que el artículo 101.2 si enumera los conceptos económicos que forman el valor estimado del contrato, entendiéndose en consecuencia aplicables al 100.2, por lo que puede afirmarse que los gastos directos serán los propios de la ejecución del contrato y costes indirectos los relativos al beneficio industrial y los gastos generales, toda vez que su existencia y su cuantía variará en función de cada empresa y para cada caso concreto.

Así los gastos propios de la ejecución de los servicios o de las obras son fácilmente determinables y cuantificables. Siendo además intención de la LCSP que en especial para los contratos donde los costes de mano de obra sean mayoritarios, un especial tratamiento, conocimiento y respeto hacia dichos costes. Se trae a colación la Resolución 632/2018, de 29 de junio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales establece que: *“A la vista de los artículos anteriores y los términos de su redacción, es evidente que se produce una mayor vinculación de la contratación pública a la normativa laboral. Vinculación que cobra un mayor protagonismo cuando se trate de contratos, como los de servicios, donde los costes de personal pueden suponer la partida principal del gasto en el presupuesto base de licitación.*

Interesa destacar que los costes directos determinarán por sí mismo el presupuesto de licitación de forma precisa, por lo que la oferta a la baja que proponga el licitador afectará sobre todo a los costes por gastos generales y beneficio industrial.

Llegados a este punto conviene determinar los porcentajes aplicables a los conceptos de gastos generales y beneficio industrial.

En relación al porcentaje a aplicar por gastos generales y beneficio industrial en el caso de los contratos de obras el desglose de precios se efectúa en el presupuesto del proyecto de obras, recogiendo así mismo los conceptos y porcentajes de los gastos generales y beneficio industrial en el artículo 131 apartado 2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCP) con un 13% para los primeros y un 6% para los segundos.

En el caso de contratos de servicios y suministro es evidente que para la determinación de los gastos generales y beneficio industrial se podrá acudir como referencia a la normativa expresa de los contratos de obras.

Mención especial merece el contrato de suministros, donde no existe un coste de personal directamente vinculado al objeto del contrato y donde los costes directos e indirectos son difícilmente determinables. Indeterminación que se hace más evidente en los múltiples casos en que el licitador no es el productor sino un distribuidor.

Se advierte que en el caso de los suministros no existe razón de protección de derechos sociales que justifiquen el desglose de costes directos e indirectos, es más, la distinción podría atentar con el principio de secreto mercantil, por lo que se considera que en el caso de los suministros el desglose del precio no ha de ser obligatorio para el órgano de contratación, quien podrá optar por su desglose o por su tratamiento unificado.

Por todo ello se desestima el recurso en base al no desglose del precio en costes directos e indirectos.

En referencia a la determinación correcta del presupuesto, el principal problema que ha de abordarse es el método para la determinación del coste de la ejecución del contrato. En economías de libre mercado como las de la UE no existen, como norma general, precios de mercados fijos y establecidos, existen ofertas generales de productos, bienes y servicios.

Se trae a colación la Recomendación 2/1997, de 6 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid señalaba que *“hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que, a la hora de determinar el precio de los contratos, se procure que éste sea adecuado al mercado”*, e igualmente incide el Informe 19/1997, de 16 de diciembre, que señala

que la *“primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”*.

Se considera determinante el cómo abordar el conocimiento de mercado, en los contratos de suministros que es el caso que nos ocupa.

En puridad podríamos inferir que no nos deben servir como dato los catálogos o tarifas oficiales, por dos motivos:

- Los catálogos, listados de tarifas, almanaques de proveedores, etc... están sometidos a la oferta y demanda
- El empleo de un solo catálogo o presupuesto en el expediente de licitación (aunque sean varios, siempre supondrán una parte del total de oferta posible) podemos entender que no cumple estrictamente los principios de la LCSP, en concreto el principio de transparencia, en relación con la igualdad cuyo objeto es evitar favoritismos y arbitrariedades por parte de la entidad adjudicadora.

A tales efectos la LCSP prevé en su artículo 115 la consulta preliminar del mercado, tal y como alega el recurrente. Es indudable que el principio de transparencia se proyecta sobre las consultas preliminares del mercado como mecanismo a través de cuyo resultado se promueve la claridad, precisión y univocidad de las determinaciones de la futura licitación, pero es indudable asimismo que las CPM tienen un alcance mayor que la mera determinación del precio de contrato y son un instrumento válido para licitaciones complejas y cuantiosas, deviniendo inoperante para contrataciones pequeñas o medianas como es el caso que nos ocupa.

Este Tribunal considera que la LCSP persigue que el precio del contrato sea suficiente en primer lugar para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales que dimanen de su ejecución y en segundo para que el contrato en su unidad no sea antieconómico, llevando a las empresas adjudicatarias a escenarios financieros negativos.

En el caso de los suministros, la determinación del precio carece de forma directa de necesidad de esta protección, por lo que es viable acudir a formas menos rigurosas que las consultas preliminares del mercado para el correcto establecimiento del presupuesto base de licitación.

Determinación que se alcanzará mediante un estudio económico basado en múltiples opciones, pudiendo destacar entre ellas la posible experiencia previa o el resultado en otros órganos de contratación similares o la comparativa de presupuestos suficientes solicitados a empresas del sector, debiendo quedar, eso sí, perfectamente acreditado en la memoria técnica que forma parte del expediente de contratación, las acciones efectuadas a fin de establecer el precio correcto.

El Ayuntamiento de Collado Villalba manifiesta que ha optado por la consulta de tarifas a empresas del sector, más el conocimiento de las de la recurrente por haber sido adjudicataria de un contrato similar al ahora licitado, fórmula esta que se considera suficiente, aunque su resultado no figure en la memoria técnica a la licitación, por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

2.- Irregular corrección de errores en los PCAP.

Manifiesta la recurrente que con fecha 29 de noviembre se procedió a la rectificación de los PPT de forma directa y sin sujeción a procedimiento alguno, alterando las obligaciones de la empresa y de la infraestructura.

Opone el órgano de contratación que *“se trata de una corrección no sustancial, puesto que a lo largo del pliego en varias ocasiones respecto al cumplimiento del esquema nacional de seguridad la categoría exigible es la MEDIA, salvo en el único párrafo al que se refiere el recurrente donde por error de transcripción constata categoría ALTA”*.

Como es sabido el artículo 124 de la LCSP establece que los PPT solo podrán ser modificados, con posterioridad a su aprobación, por error material de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción

de las actuaciones.

Interesa determinar el alcance del concepto error material de hecho mediante la definición de su objeto. Este Tribunal ha manifestado en multitud de resoluciones su doctrina en cuanto a la consideración de un error como material de hecho, valga por todas la Resolución nº 95/2016, de 18 de Mayo de 2016 que indica: *“Un error de hecho es aquel que no implique una interpretación de las normas legales o reglamentarias aplicables en el supuesto de que se trate, como ha establecido la jurisprudencia tal y como entre otras señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2014, RJ, 5065, indicando las circunstancias que deben concurrir en el error para su consideración como material o de hecho, consistentes en:*

1) *Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos.*

2) *Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en que se advierte.*

3) *Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables.*

4) *Que no se proceda de oficio a la revisión de actos firmes y consentidos.*

5) *Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto.*

6) *Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión.*

Además cabe traer a colación la jurisprudencia de la Unión Europea recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, que tiene por objeto una cuestión prejudicial en el Asunto EVN AG/Wienstrom GmbH, referida a la inalterabilidad de los criterios de adjudicación en los procedimientos de licitación, cuando señala: *“Se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los*

posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (véase, en este sentido, la sentencia Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 9) Cualquier alteración de los requisitos, exigencias u obligaciones previstas en los documentos por los que debe regirse la contratación, durante el procedimiento de licitación (que inicia la convocatoria), debe producirse en los términos legalmente establecidos”.

Examinada la corrección efectuada resulta que la mención de la categoría MEDIA se efectúa en la misma página antes del error hasta en dos ocasiones, tal y como puede verificarse en la transcripción de la cláusula 2 del PPT que consta en los antecedentes de hecho de esta resolución, siendo referida como Alta en un cuadro descriptivo. Por lo tanto, puede sin lugar a dudas entender qué en referencia al resto de la cláusula, se ha de considerar como un error de transcripción y por tanto material de hecho, siendo válida su corrección sin más trámite a la luz del artículo 109 de la Ley 39/2015 y del artículo 124 de la LCSP.

Por todo ello procede desestimar el recurso en base a este motivo.

3.- Ausencia de mención a la clasificación económica como forma de acreditación de la solvencia.

Manifiesta la recurrente que no consta en el PCAP la acreditación de la solvencia mediante la aportación de clasificación económica de la empresa, vulnerando así el principio de concurrencia.

Opone el órgano de contratación que *“en el PCAP constan detalladamente los requisitos mínimos de solvencia y documentación acreditativa que deben ostentar los licitadores, no siendo precisa la clasificación al tratarse de un contrato de servicios”.*

Se ha de destacar que el artículo 77.1.b) de la LCSP establece que el anuncio de licitación y en los pliegos del contrato se establecerán los criterios y requisitos

mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica y profesional tanto en los términos establecidos en el artículo 87 y 90 de la Ley como en términos de grupo o subgrupo de clasificación y de categoría mínima. Por lo tanto obliga al órgano de contratación a determinar el grupo, subgrupo y categoría de clasificación de la empresa a efectos de probar su solvencia, siendo potestad del licitador aportar dicha clasificación o la documentación específica que se solicite en los propios pliegos.

La doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación es unánime al apreciar limitación de la concurrencia si no se define o admite la clasificación económica de la empresa como forma de acreditar la solvencia en contratos de servicios. Valgan por todas la resolución de este Tribunal 183/2014, 22 de octubre y la resolución 588/2017, de 30 de junio del TACRC.

Por todo ello se estima el recurso en base a este motivo. No obstante ante una contratación de suministros como lo que nos ocupa no es posible la acreditación de la solvencia mediante clasificación económica.

4.- Arbitrariedad de los criterios de valoración

El recurrente considera que la descripción del criterio de valoración que figura en la cláusula 9.1 del PCAP, carece de una redacción objetiva y clara, considerándola arbitraria.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta literalmente en su informe al recurso: *“Si el licitador demuestra física y técnicamente que su producto es capaz de realizar dichos procedimientos específicamente detallados en el pliego, obtendrá la mayor puntuación, a sensu contrario obtendrá puntuación 0. Por este motivo, se considera que se encuentran detallados y descritos los procedimientos exigibles mediante diagramas de flujo y simplemente el licitador tiene que tener la capacidad suficiente para mostrar a esta Administración que dichos procedimientos son factibles y ejecutables, no sosteniéndose las premisas expuestas por el recurrente.”*

De la lectura de los PCAP, el recurso y el informe de órgano de contratación se desprenden dos cuestiones distintas.

Por un lado, la indefinición que el PCAP sostiene sobre la forma de evaluar el criterio de adjudicación que nos ocupa y por otro la interpretación que se efectúe en el informe que por una parte confunde la valoración de un criterio con el cumplimiento de las condiciones mínimas exigidas en los PPT y por otra manifiesta una formulación de las premisas para la valoración del criterio que en ningún caso están recogidas en el PCAP ni en el PPT.

En referencia a la primera como es sabido los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación. De esta forma el incumplimiento de las prescripciones técnicas por parte de la proposición de un licitador conllevará su exclusión. Por su parte el cumplimiento de las condiciones, no podrán ser motivo de puntuación, pues no es posible puntuar el mérito o condición exigido para licitar.

En relación al segundo punto relativo a la determinación de los criterios de valoración, debemos indicar que el artículo 145 de la LCSP obliga a que los criterios de adjudicación cumplan, entre otros, los siguientes requisitos:

“b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respecto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y objetividad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.”

La contundencia de la redacción de este precepto responde a la Jurisprudencia y doctrina que sobre la esta materia se han pronunciado tanto los tribunales nacionales como europeos, Juntas Consultivas de Contratación y Tribunales Administrativos.

Interesa destacar a este respecto el Informe 7/2002, de 12 de julio, de la Comisión Permanente, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, que manifiesta: *“Que el órgano de contratación no haga público en el pliego de cláusulas administrativas qué aspectos o consideraciones seguirá para la concesión de la puntuación a las ofertas de los licitadores supone una infracción jurídica grave que afecta al principio de objetividad que debe regir la actuación de las administraciones públicas. Cuando el pliego no establece la ponderación calificativa que se seguirá en la aplicación de los criterios de adjudicación, comporta que sea la mesa de contratación quien debe hacer y acordar esta ponderación, la cual no han conocido los licitadores. Las empresas licitadoras formularán sus propuestas sin conocer qué aspectos serán premiados o, al contrario, considerados merecedores de inferior valoración, en relación con cada criterio de adjudicación. Este desconocimiento rompe la objetividad de las administraciones públicas, que pueden acabar adjudicando los contratos, tal y con arbitrariedad y subjetividad.*

La función de la mesa de contratación no es establecer los criterios de calificación de ponderación. Estos criterios deben figurar en el pliego y lo que hará la mesa es aplicarlos en el análisis de las propuestas presentadas por los licitadores. Su función es la valoración de las proposiciones presentadas pero no la fijación de los criterios objetivos generales de ponderación.

(...) La jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma con rotundidad que el silencio del pliego sobre los criterios objetivos que se seguirán para la adjudicación del contrato rompe un principio básico de la contratación administrativa, en el sentido que los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes.

(...) Tercera. Los criterios de adjudicación en el concurso deben ser explícitos y claros y deben incluir su ponderación. En el pliego de cláusulas administrativas se debe expresar los elementos, los criterios y los factores de ponderación cualitativa y cuantitativa para la aplicación de los criterios de adjudicación y que la mesa de contratación aplicará, con la discrecionalidad que necesariamente concurre en la valoración técnica de las proposiciones de los licitadores”.

En el mismo sentido pueden citarse las conocidas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Concordia Bus Finland. C-513/99. 17-9-2002 y Gebroeders Beentjes/Países Bajos. 31/87. 20-9-1988, Alexandroupolis la C-523/06. 24-1-2008 y Universale-Bau.G C-470/99. 12-12-2000, que manifiesta la necesidad de dar a conocer a los candidatos los métodos de evaluación de las candidaturas, entre otras sentencias.

En concreto la Sentencia antes citada Concordia Bus Finland, en su apartado 52 señala: *“La Comisión considera que los criterios de adjudicación de contratos públicos que pueden tenerse en cuenta para apreciar la oferta económicamente más ventajosa deben cumplir cuatro requisitos. A su juicio, dichos criterios deben ser objetivos, aplicables a todas las ofertas, estrictamente relacionados con el objeto del contrato de que se trate y suponer una ventaja económica que redunde en beneficio directo de la entidad adjudicadora”.* Señala esta misma Sentencia que el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia.

La sentencia Alexandroupolis C-532/06.24-1-2008, sostuvo que *“el principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia (...) Los potenciales licitadores conozcan en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicataria tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos”*.

Fiel a estas tesis el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha mantenido el mismo criterios, que se encuentra especialmente desarrollado en su Resolución 92/2015: *“El grado de concreción exigible a los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar conociendo de antemano cuales van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esta discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y por otro lado que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios.”*

Este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, asume como doctrina propia lo manifestado y que se recoge en las resoluciones 189/2013, 27 de noviembre, 40/2012, 19 de abril y especialmente en la resolución 66/2011, 19 de octubre que indica: *“En definitiva, lo que persiguen tanto la LCSP como la Directiva 2004/18/CE, es que los criterios de valoración de las ofertas estén claramente delimitados y tengan relación con el objeto del contrato, que sean suficientemente conocidos por todos los licitadores, y que se apliquen en pie de igualdad para todos estos, de modo que en ningún caso se otorgue al órgano de contratación un poder de elección desmedido o ilimitado, ni se valoren las ofertas sin respetar principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y no discriminación.*

Conforme al principio de igualdad de trato, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicataria. Por ello la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a los órganos de contratación la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenden utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7976) afirma que “el procedimiento de selección de contratista ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incursos en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre concurrencia, basada en el supuesto de publicidad, lo que constituye la máxima garantía para los intereses públicos”.

En resumen, los criterios de valoración deben reflejar claramente los fines específicos cuya satisfacción se pretende alcanzar con la puntuación concretar, evitándose en particular la vaguedad de su enunciado o la confusión de los medios con los fines de modo que los licitadores deben conocer no solo los criterios sino también la forma de valoración de cada uno de ellos a fin de que puedan preparar sus ofertas coherentemente.

La redacción que los PCAP objeto del presente recurso en cuanto al criterio sujeto a juicio de valor, no precisa claramente la forma de valoración de los procedimientos reglados exigidos por la entidad, criterio que además se enjuiciara mediante la exposición práctica por parte de los licitadores, sin aportación documental de ningún tipo, hecho este que debería estar tratado de forma específica en los PCAP, pues deja a la Mesa de contratación en una situación de deficiente conocimiento de la oferta técnica y en consecuencia su propuesta al órgano de contratación, se basará única y exclusivamente en el informe técnico que elabore la comisión de dirección, hecho este que debería ser inadmitido por dicho órgano colegiado. Por todo lo cual se estima el recurso en base a este motivo.

5.- La ausencia de condiciones de ejecución.

Alega la recurrente la inexistencia de condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o de invocación en los PCAP, contraviniendo por tanto lo establecido en el artículo 202 de la LCSP.

El órgano de contratación nada manifiesta en su informe al recurso sobre este extremo.

Se comprueba que efectivamente el PCAP no establece ninguna condición especial de ejecución de carácter social, medioambiental o de innovación.

Se ha de destacar que el artículo 202 de la LCSP establece clara y concisamente la obligación de incluir en todas las licitaciones una condición especial de ejecución de contenido medioambiental, social o de innovación. Ofreciendo un catálogo de posibilidades para el órgano de contratación.

Es necesario indicar que las condiciones especiales de ejecución tienen que estar vinculadas al objeto del contrato, no pueden ser directamente o indirectamente discriminatorias, y tienen que ser compatibles con el derecho comunitario.

Tratándose de una obligación impuesta por la LCSP y no habiéndose cumplido por el órgano de contratación al no constar en el PCAP determinación de una condición especial de ejecución, procede estimar el recurso en cuanto a este motivo.

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 ADD4U Soluciones para Gestión, S.L. contra los Pliegos de Condiciones que rigen la licitación del contrato de “Servicios para la implantación de sistemas de administración electrónica y su mantenimiento en el Ayuntamiento de Collado-Villalba número de expediente 83/CON/18, procediendo a anular los pliegos aprobados por incorrecta calificación jurídica según su objeto, no inclusión de la clasificación económica de las empresas a efectos de probar la solvencia económica y técnica, no haber incluido condición especial de ejecución en materia social, medioambiental o de innovación, establecimiento de un criterio de valoración de forma vaga e imprecisa, que además atribuye puntuación por el cumplimiento de requisitos mínimos exigidos en la licitación.

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 acordada por este Tribunal en fecha 21 de diciembre.

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.