

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

En Madrid, a 22 de marzo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto don C.R.J., en nombre y representación de la Asociación Profesional de Ingenierías de Seguridad y Salud en la Construcción (ISSCO), contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicio de coordinación en materia de seguridad y salud en los trabajos de mantenimiento de firmes, de conservación y explotación y de mantenimiento de las instalaciones semafóricas y luminosas, alumbrado exterior y equipamiento de control en la red de carreteras de la Comunidad de Madrid. Años 2018-2021”, tramitado por la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, número de expediente: A/SER-014839/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 y 23 de enero de 2018 se publicó en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la convocatoria de la licitación del contrato mencionado, mediante procedimiento abierto, único criterio el precio y dividido en ocho lotes. Además se publicó la licitación en el BOCM de 31 de enero de 2018 y en el BOE el 2 de febrero 2018. El valor estimado asciende a

776.583,45 euros

Detectado error material consistente en la omisión del presupuesto del lote 8 en el apartado “Presupuesto por lotes”, el 8 de febrero de 2018 se publica en el BOCM la corrección de errores.

Segundo.- El 9 de febrero de 2018 tuvo entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de ISSCO solicitando:

“Que se ordene el desistimiento en el expediente mencionado al presentar el pliego por el que se ha regido la convocatoria una infracción de las normas reguladoras de la preparación del contrato, al tener que llevarse a cabo una modificación de los Pliegos de Prescripciones Técnicas por los que se rige la convocatoria para garantizar la concurrencia de todos los licitadores” y que se acuerde la suspensión cautelar de la convocatoria hasta la resolución del recurso.

El 15 de febrero de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), solicitando la desestimación de todas sus pretensiones por carecer de base material y legal, oponiéndose a la suspensión cautelar del procedimiento.

Tercero.- Con fecha 14 de febrero de 2018, el Tribunal acordó denegar la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación activa de la Asociación Profesional de Ingenierías de Seguridad y Salud en la Construcción (ISSCO) al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos, “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP).

En los Estatutos de la Asociación se establece que la misma es una organización de carácter profesional que asume la representación y defensa de los intereses de las empresas de ingeniería en materia de seguridad y salud que realizan su prestación laboral en materia de coordinación, seguridad y salud laboral en la obras de construcción, de ámbito nacional.

En cuanto a sus fines, el artículo 6 de los citados Estatutos, establece que la finalidad esencial de la Asociación es la representación, defensa y tutela de los intereses de sus miembros entre otros “*a) Representar y defender los intereses generales y comunes de sus empresas miembros en los órdenes laboral, económico, profesional y tecnológico,...*”.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Debemos pronunciarnos específicamente sobre la existencia de Acuerdo para recurrir, dadas las alegaciones efectuadas al respecto por el órgano de contratación, que considera el mismo como un requisito de procedibilidad en virtud de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En primer lugar cabe destacar que ningún precepto de la indicada Ley previene la necesidad de presentar el indicado Acuerdo, siendo el artículo 45 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la que establece que al escrito de recurso se acompañará “*d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos*

para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado”.

Este precepto había venido siendo aplicado de forma análoga por este Tribunal, aunque la Ley 39/2015, precisamente frente a la LJCA, obvia este requisito, en el caso de las entidades representativas de intereses colectivos no licitadoras resultando tal exigencia una garantía, teniendo en cuenta la posible existencia de intereses en conflicto entre los asociados a este tipo de entidades. Este criterio ya se modificó como consecuencia de la VI reunión de coordinación que tuvo lugar en Sevilla, el 24 de noviembre mediante Resolución 247/2017, de 13 de septiembre.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el anuncio fue publicado en el DOUE el 19 de enero de 2018 y en el perfil de contratante el 23 de enero, siendo interpuesto el recurso el 9 de febrero de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- El recurso impugna la cláusula 1.7 del PCAP por establecer el precio como único criterio de valoración.

Argumenta la recurrente que establecer como único criterio el precio supone una vulneración de los principios consagrados en las directivas comunitarias sobre contratación pública y contrario a derecho, según lo establecido en el artículo 150.3 del TRLCSP. En concreto afirma que “las funciones atribuidas al adjudicatario permiten un amplísimo margen de discreción a la hora de configurarlas y ejecutarlas, circunstancia que guarda evidente relación con la experiencia de los técnicos

adscritos al trabajo, los medios de que dispongan, la dedicación que presten a cada actividad, el número de visitas a cada obra, duración y forma de ejecutar las mismas, etc., aspectos todos ellos que no son objeto de delimitación en el pliego y que, por tanto, dependiendo de la forma en la que se ejecuten, van a conferir un mayor o menor valor a la prestación y, por tanto, van a afectar directamente a la cotización económica de la misma”, por lo que a su juicio, deberían valorarse las ofertas aplicando una pluralidad de criterios, mediante la aplicación directa de la Directiva 2014/24/UE (considerando 94 y artículo 67), que ha sido traspuesta por la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en su artículo 145.

Advierte asimismo que estando en juego la seguridad y la salud de los trabajadores que intervengan en las obras contratadas por una Administración Pública y dadas las graves consecuencias en materia de responsabilidad penal que acarrea el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos o la defectuosa prestación, es de gran importancia valorar la calidad y conocimiento cada licitador para la contratación de estos servicios.

El órgano de contratación trae a colación en su informe pronunciamientos de otros tribunales especiales en materia de contratación dictados en recursos interpuestos por la misma recurrente, cuyo objeto, según aduce, era similar o incluso idéntico al del presente recurso. En concreto la Resolución 90/2017, de 27 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) y la Resolución 538/2015, de 5 de junio, del TACRC, habiendo sido todos ellos desestimados, por lo que podría llegar a valorarse si no nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 47.5 del TRLCSP y, en consecuencia, deberían adoptarse los efectos previstos en dicho artículo.

En cuanto al fondo opone que es conforme a la normativa aplicable al contrato el establecimiento del precio como único criterio de adjudicación al que resulta aplicable el TRLCSP, no siendo de aplicación la recientemente aprobada Ley 9/2017, de 5 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al establecer un régimen transitorio por el cual su entrada en vigor se pospone hasta el 9 de marzo

de 2018. Además en cuanto a la vulneración de la Directiva 2014/24/UE sostiene que de acuerdo con la redacción de su artículo 67 la norma europea no prohíbe que el precio sea el único criterio para contratos cuyo objeto sea la ingeniería sino que lo que establece es que “*los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato*”, lo que tampoco supone una obligación.

Afirma que en el presente contrato las prestaciones están perfectamente definidas técnicamente en el PPT (se remite a los 18 apartados en que se subdivide la prescripción segunda del PPT a la hora de establecer los trabajos a realizar respecto a Seguridad y Salud que son, en buena medida, reproducción de lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, y modificaciones posteriores) y que no es posible variar los plazos de entrega, ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, por lo que justifica que el precio sea el único factor determinante de la adjudicación, conforme a lo dispuesto en el artículo 150.3.g) del TRLCSP; criterio por otra parte habitual en la inmensa mayoría de contratos de servicios adjudicados por la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras (informados todos ellos por la Abogacía General, fiscalizados por la Intervención y, en su caso, autorizados por el Consejo de Gobierno).

Por último, respecto a la importancia del objeto del presente contrato, los trabajos de seguridad y salud, y su repercusión sobre la seguridad y salud de los trabajadores, el poder adjudicador cuenta con diversos instrumentos para asegurar que la empresa y los profesionales encargados de la seguridad y salud cuenten con la preparación y experiencia necesaria. Uno de ellos, pero no el único, es emplear diversos criterios para la adjudicación del contrato. Otros son establecer determinados requisitos de solvencia y exigir compromisos de adscripción de medios

como requisito adicional a la solvencia, y ambos han sido contemplados en el PCAP objeto del recurso.

La cuestión debe centrarse en si el órgano de contratación al determinar los requisitos mínimos para la ejecución de la prestación y los criterios de adjudicación ha actuado conforme a derecho, al no establecer más que un criterio, -el precio- para adjudicar el contrato de referencia.

Debe recordarse que corresponde al órgano de contratación definir sus necesidades y los medios para satisfacerlas en los términos del artículo 22 del TRLCSP, así como la elección de los criterios de adjudicación de los contratos, considerando los elementos que entiende que pueden aportar valora a las prestaciones objeto del contrato, siendo por tanto una facultad discrecional que, como tal debe ser motivada. El artículo 150 del TRLCSP recoge los requisitos que deben reunir los criterios de adjudicación de las ofertas:

- deben estar directamente vinculados al objeto del contrato, y enumera algunos de los posibles, entre los cuales se incluye el precio,
- cuando sólo se utilice solo un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.
- se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

A diferencia de lo que sucede con la ya vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, que como señala el órgano de contratación no estaba vigente en el momento de proceder a la convocatoria del contrato, y por tanto no es de aplicación, el TRLCSP no contiene una regla general de prevalencia del establecimiento de pluralidad de criterios, semejante a la contenida en el artículo 145.1 “*La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación*

calidad-precio". Sin embargo establece en el apartado 3 del artículo 150 una serie de supuestos en los que es obligatorio proceder a la valoración de más de un criterio, entre los que se encuentra en su apartado g) "Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación", que coincide literalmente con lo establecido en el artículo 145.3.g) LCSP.

De esta forma la regla general es que en los contratos de servicios debe establecerse una pluralidad de criterios salvo que el precio sea el único factor determinante de la prestación al tener el objeto del contrato un nivel de definición técnica y funcional prácticamente normalizado en el mercado, de manera que no queda margen significativo de valoración adicional.

El carácter intelectual de la prestación, que concurre parcialmente en el presente caso, no es significativo desde el punto de vista de la interpretación literal del artículo 150.3 del TRLCSP, ya que se trata de un parámetro que introduce la LCSP, - de manera que no será aplicable sino a los pliegos que se aprueben con posterioridad al 9 de marzo-. Por otro lado el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE no es de aplicación directa en tanto dispone que "*Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos*", ya que al configurarse en forma de opción para los Estados miembros carece de efecto directo, como se puso de manifiesto en el documento de estudio del efecto directo de las Directivas elaborado por los tribunales de recursos contractuales, considerando además que ya se encontraba incorporada la opción en el apartado 3 del artículo 150.

Sí que puede tenerse en cuenta a efectos interpretativos lo establecido en los considerandos 67 y 94 de la misma, en tanto al menos en un aspecto concretan el

contenido del apartado g del artículo 150 y es que por lo general en las actividades de tipo intelectual las prestaciones no tienen la característica de poder ser perfectamente definidas técnicamente ni que no sea posible introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato. En concreto advierte el primero que “*Debe señalarse que las subastas electrónicas no son normalmente adecuadas para determinados contratos de obras públicas y contratos de servicios públicos cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, ya que solo los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, solo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes, pueden ser objeto de subasta electrónica*”. Indica el segundo “*Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura.*”

Sentado lo anterior, procede comprobar cuál es el alcance del objeto del contrato descrito en el PPT, a fin de determinar si se trata de prestaciones normalizadas en el sentido más arriba indicado.

A tal efecto debe indicarse que de acuerdo con el PPT los trabajos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre por el que se establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, y modificaciones posteriores.

También se incluyen las funciones de asesoramiento en relación con las medidas necesarias para hacer efectiva la normativa vigente de prevención de

riesgos laborales y todas las prestaciones que sean exigibles sobre Seguridad y Salud de acuerdo con la citada normativa. Esto no obstante a juicio de este Tribunal la citada labor de asesoramiento, en este caso concreto, no tiene entidad suficiente como para considerar que esta prestación es incompatible con su licitación con un único criterio.

Si bien a juicio de este Tribunal no se justifica debidamente en el expediente que la elección de un criterio único de adjudicación responda a las exigencias más arriba expuestas, ya que el informe de motivación de los criterios emitido el 15 de noviembre de 2017, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 109.4 del TRLCSP, se limita a reproducir el contenido del artículo 150.3 sin explicar en el caso concreto cómo se concretan los requisitos del indicado apartado, lo que no puede considerarse como una motivación adecuada, lo cierto es que la justificación efectuada por el órgano de contratación con ocasión del presente recurso, permite admitir la licitación con un solo criterio de valoración. Además el carácter reglado del ejercicio de la profesión o actividad de prevención de riesgos en los términos de lo establecido en R.D. 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se regula su ejercicio permite considerar que se trata de una actividad perfectamente delimitada, -casi normalizada,- que permitiría su licitación sin tener en cuenta más consideraciones. A lo que cabe añadir que en esta licitación se han cerrado al caso concreto los distintos elementos que eventualmente podría valorarse, como el equipo técnico a aportar como exigencias o condiciones de ejecución del contrato.

Sexto.- El órgano de contratación advierte al Tribunal de la existencia de precedentes similares ante otros tribunales especiales que han sido desestimados, por lo que entiende que se debe apreciar mala fe en la conducta obstinada de la recurrente, solo una de las resoluciones citadas por el órgano de contratación (la 90/2017 de 27 de enero) guarda la necesaria identidad de razón con el caso que nos ocupa para su consideración, si bien se trata de un recurso planteado ante el Tribunal Central respecto de un contrato cuyos pliegos se desconocen.

El artículo 47.5 del TRLCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. En el mismo sentido el artículo 31.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse “cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, “La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”. La Sentencia número 29/2007, de 23 abril, de la Audiencia Nacional indica que la tal falta de precisión del concepto temeridad procesal “ha venido a ser subsanada por una reiterada jurisprudencia que viene a decir que tales conceptos existen cuando las pretensiones que se ejercitan carecen de consistencia

y la injusticia de su reclamación es tan patente que debe ser conocida por quien la ejercita.”

A la vista del contenido del recurso y no constando a este Tribunal precedentes, no existiendo en los invocados por el órgano de contratación identidad fáctica, y no careciendo manifiestamente el recurso de fundamento no se aprecia temeridad en la interposición del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 C.R.J., en nombre y representación de la Asociación Profesional de Ingenierías de Seguridad y Salud en la Construcción (ISSCO), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicio de coordinación en materia de seguridad y salud en los trabajos de mantenimiento de firmes, de conservación y explotación y de mantenimiento de las instalaciones semafóricas y luminosas, alumbrado exterior y equipamiento de control en la red de carreteras de la Comunidad de Madrid. Años 2018-2021”, número de expediente: A/SER-014839/2017,

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.-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 49 del TRLCSP.