

Recurso nº 90/2018

Resolución nº 133/2018

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

En Madrid, 9 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.F.L., en nombre y representación de Interserve Facilities Services, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 28 de febrero de 2018, por el que se adjudica el contrato “Servicio de limpieza de los edificios públicos municipales”, del Ayuntamiento de Ciempozuelos, número de expediente: 17C/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 3 y 7 de junio 2017, se publicó respectivamente en el DOUE, y en el BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, con un valor estimado de 2.274.728,80 euros.

Interesa destacar en relación con el motivo de recurso, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) no permite la subcontratación de acuerdo con lo previsto en el apartado 17 de su Anexo I.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cuatro empresas, entre ellas la recurrente, adjudicándose el contrato mediante Resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2017 a favor de Interserve Facilities Services, S.A.

Habiéndose interpuesto recurso especial en materia de contratación por la segunda clasificada contra la indicada adjudicación, este Tribunal mediante Resolución 13/2018, de 10 de enero, estimó el recurso *“en su pretensión de nulidad del acto de adjudicación retrotrayendo el procedimiento al momento de valoración de las ofertas para tener por no puesto el subcriterio relativo a los productos bacteriostáticos”*.

Consta en el expediente remitido a este Tribunal que en ejecución de la indicada Resolución, la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el día 19 de enero de 2018, acordó la revocación del Acuerdo de adjudicación a favor de Interserve Facilities Services, S.A., (actual recurrente) y ordenó la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas teniendo por no puesto el subcriterio relativo a los productos bacteriostáticos *“por lo que habrá que detraer un punto de las puntuaciones finales otorgadas por aplicación de dicho subcriterio a las empresas Interserve Facilities Services S.A. y Clece S.A.”*.

La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 8 de febrero de 2018, formuló propuesta de adjudicación a favor de la empresa Garbaldi, S.A., al haber sido la que finalmente obtuvo la mayor puntuación de las ofertas presentadas. Finalmente una vez presentada la documentación pertinente, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 28 de febrero de 2018, adoptó el Acuerdo de adjudicación del contrato, que se notificó a la recurrente el 1 de marzo de 2018.

Tercero.- El 22 de marzo de 2018, Interserve Facilities Services, S.A., presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato ante este Tribunal, que requirió al órgano de contratación para que remitiera copia del

expediente administrativo 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), lo que verificó con fecha 2 de abril de 2018.

Solicita la recurrente que se anule la adjudicación efectuada al haber incumplido Garbaldi en su oferta el Pliego de Prescripciones por lo que se refiere a la imposibilidad de subcontratación, por lo que la misma debe ser excluida. Así mismo alega defectuoso cumplimiento de la Resolución 13/2018 de este Tribunal en tanto en cuanto la puntuación otorgada al subcriterio 1.3. “Productos” ha de seguir siendo de 5 puntos, si bien, con la especificación contenida en la resolución del TACP que impide otorgar 1 punto a los bacteriostáticos, habiéndose limitado el órgano de contratación a restar un punto a su oferta y a la de Clece, de lo que se desprende según afirma, que la puntuación otorgada a las distintas licitadoras -y en particular a Interserve-, es errónea y contraviene las exigencias del Pliego, produciendo como consecuencia la adjudicación indebida a Garbaldi.

Por ultimo aduce que la valoración de los productos de limpieza no es adecuada al haberse limitado la adjudicataria a transcribir literalmente las exigencias del Pliego Técnico, mientras que en su oferta, no transcribió el contenido del Pliego en tal apartado, pero en la medida en que presenta su oferta, y de conformidad con las previsiones del artículo 145 TRLCSP y cláusula 18 del PCAP, se produce la automática *“aceptación incondicional por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones previstas en los pliegos que rigen el contrato, sin salvedad o reserva alguna”*, por lo que al menos debería habersele asignado la misma puntuación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe solicita la desestimación del recurso señalando que no puede entenderse que exista subcontratación cuando se trata de la utilización de medios auxiliares, como es el caso de la propuesta de Garbaldi, especialmente cuando esos medios auxiliares se refieren de forma

evidente a la garantía de las condiciones de seguridad de los operarios que realizarán la limpieza de las cristaleras que únicamente se puedan realizar desde el exterior y que, además, tengan una altura superior a los 6 metros. También afirma que la puntuación conferida a las licitadoras en el informe técnico referido se ajusta y da estricto cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 13/2018 del TACP. Por último respecto de la valoración de los productos de limpieza señala que se entendió como determinante que existiera el compromiso de que lo ofertado cumple la funcionalidad requerida en el PPT, esto es, que los productos de limpieza fueran neutros y adecuados a la superficie a limpiar y que no contuvieran sustancias detalladas en el propio PPT, al margen de marcas concretas.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles para formular alegaciones. Habiendo presentado escrito de alegaciones dentro de plazo la empresa Garbaldi, el 18 de abril de 2018, de cuyo contenido se dará cuenta al analizar el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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 presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de Interserve Facilities Services, S.A., para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, artículo 42 del TRLCSP.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de 15 días establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP. Así la remisión de la notificación de la Resolución de adjudicación se produjo el 1 de marzo de 2018, por lo que el recurso presentado el día 22 del mismo mes se interpuso en plazo.

Quinto.- Son varios los motivos de recurso hechos valer por la recurrente, que a su vez deben vincularse con las concretas pretensiones esgrimidas.

Se alga en primer lugar incumplimiento de las exigencias del PCAP por lo que se refiere a la posibilidad de subcontratación de algunas de las prestaciones objeto del contrato. En concreto se afirma que *“la adjudicataria GARBIALDI, S.A., en su oferta, apartado 1.2.3. Útiles y Herramientas, describe cómo y qué medios se van a utilizar para la realización de la limpieza de cristales. Concretamente, en la página 79 de su oferta, se indica que para la realización de las superficies acristaladas de altura superior a 5 m. e inferior a 20 m., desde el nivel del suelo, se contará con la empresa LACERA (Servicios y Mantenimiento), S.A., afirmación que implica de manera clara la utilización de la fórmula de la subcontratación.*

Asimismo, en ese mismo apartado 1.2.3., página 80, se indica expresamente que se subcontratará a una empresa especializada en andamios, el montaje y desmontaje de andamios o torres de trabajos móviles por encima de los 6 m de altura”.

El órgano de contratación considera que esta propuesta no constituye un supuesto de subcontratación sino de aportación de medios auxiliares, con el objeto de preservar la seguridad de los trabajadores en los términos de Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Por su parte Garbaldi afirma que el TRLCSP no contiene una definición expresa de lo que entiende por subcontratación considerando que “*no se da esta figura jurídica cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal*”, tal y como se establece en la Resolución 92/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En relación con su oferta señala que no ha sido correctamente interpretada por la recurrente ya que su literalidad es la siguiente: “*La limpieza de cristales interiores se realizará con pértiga de carbono con sistema de pulverización por spray y otros medios auxiliares propiedad de Lacera para limpieza de cristales en altura. La limpieza de cristales será desempeñada por especialistas que recibirán la correspondiente formación técnica de seguridad (riesgos, medidas preventivas y plan de emergencia) y estarán provistos por el vestuario y material de seguridad necesario. En caso de ser adjudicatarios, Lacera elaborará un plan específico de seguridad y evaluación de riesgos laborales*”. En la página 80 se indica: “*Andamios. Los trabajadores de Garbaldi, S.A., sólo están autorizados al montaje y desmontaje de andamios o torres de trabajo móviles de hasta 6 metros de altura. El resto de andamios se subcontratarán a una empresa especializada*”.

Debemos comenzar recordando que 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. 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.

Por otro lado a tenor del artículo 227.2 del TRLCSP es requisito para poder subcontratar que: “*a) Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización (...)*”.

El subcontrato no está definido en el Derecho Positivo. El diccionario de la RAE define la subcontratación como “*contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera*”. Es decir, que para que exista un subcontrato se requiere la existencia de un contrato previo mediante el cual, una concreta prestación, se asigna para su ejecución por quien luego se subcontrata. En coherencia con lo anterior, una definición jurídica del concepto de subcontratación debe suponer una relación de dependencia con el contrato que puede llamarse principal, como señalábamos en nuestra Resolución 243/2017. De esta forma podría definirse el subcontrato como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero.

En cuanto al alcance y ámbito de esta relación es obvio que la limitación de subcontratación no puede ser omnicomprensiva de toda la actividad de la empresa relacionada con las prestaciones objeto del contrato, aunque sí debe definirse en torno a las mismas. Así como señala la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi traída a colación por la recurrente dicho límite se encuentra en los “*suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal*”.

En este caso la interpretación que efectúa la recurrente de la oferta de la adjudicataria no es correcta desde el punto de vista de su literalidad. En efecto parece entender la recurrente que en la oferta se propone la subcontratación de toda

la actividad de limpieza de cristales en altura, lo que sería obviamente incompatible con la prohibición de subcontratación establecida en el PCAP. Sin embargo no es este el contenido de la oferta. Efectivamente se indica en la misma que dicha limpieza se efectuará mediante pétiga de carbono con sistema de pulverización por spray, que no es sino un medio técnico auxiliar para proceder a la limpieza, luego cuando la oferta hace referencia a “*otros medios auxiliares propiedad de Lacera para limpieza de cristales en altura*” debe entenderse que se trata de medios técnicos análogos a dicha pétiga, como podrían ser arneses, andamios, productos de limpieza específicos y otros semejantes.

Lo mismo cabe señalar respecto de la elaboración de un plan específico de seguridad y evaluación de riesgos laborales que con frecuencia se elaboran por empresas externas especializadas y que no constituyendo una prestación específica del objeto del contrato cabe encomendar a un tercero, sin que ello suponga subcontratación. Debe por tanto desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

Se aduce en segundo lugar que el órgano de contratación no ha aplicado correctamente el contenido de la Resolución 13/2018 que ordenaba tener por no puesto el subcriterio de productos bacteriostáticos, al limitarse a descontar un punto a Interserve Facilites y a Clece. Para el adecuado examen de esta cuestión debemos partir del contenido de la Resolución invocada. Se indicaba en la Resolución que el PPT no incluía entre los productos a suministrar los bacteriostáticos por lo que no podía atribuirse una puntuación concreta a este ítem al explicar en el informe de valoración cada uno de los aspectos a tener en cuenta a la hora de valorar el proyecto técnico, que en el caso que nos ocupaba tenía un carácter decisivo, dado que la diferencia de puntuación entre la recurrente y la adjudicataria era precisamente de menos de un punto. Sin embargo atendiendo al principio de proporcionalidad se señalaba que “*no procede la nulidad de todo el procedimiento de licitación, puesto que el vicio no afecta al PCAP sino a la aplicación llevada a efecto del mismo, sino que procede tener por no puesto el subcriterio asignando a todos los licitadores 0 puntos en el subcriterio*”.

Este ha sido el criterio aplicado por el órgano de contratación, según consta en el informe 5/2018 de cumplimiento de la Resolución 13/2018 que consta en el expediente remitido al Tribunal, de manera que desde esta óptica el cumplimiento es indiscutible. Ahora bien plantea la recurrente que la puntuación global final aplicable al criterio debería ser de 5 puntos y no de 4, tal y como ha quedado finalmente como consecuencia de la ejecución en sus términos de la Resolución 13/2018, ya que según afirma *“lo que establece la resolución es la posibilidad de considerar la existencia de un subcriterio correspondiente a los bacteriostáticos, y por tanto, ha de tenerse por no puesto, correspondiente a tal subcriterio que se ha de tener por no puesto, cero puntos. Pero ello sin perjuicio de mantener los otros subcriterios y la valoración total de 5 puntos. (...) puesto que el TACP ordena retrotraer el procedimiento al momento de valoración de ofertas, cabe revisar la valoración de las mismas (en su conjunto), y no adoptar de manera automática las que ya existían restando un punto, porque ello es tanto como no retrotraer”*.

Por su parte Garbaldi en su escrito de alegaciones manifiesta que *“Si además se observa el informe técnico emitido tomando en consideración los cuatro subcriterios iniciales que sirvieron como documento interno de trabajo al consistorio de Ciempozuelos en el punto productos, Interserve, S.A. recibió menos puntuación que Garbaldi, S.A. en higiénicos sanitarios y la misma puntuación que la sociedad a la que represento en consumibles. Por lo que la no redistribución del punto no alteraría la puntuación”*.

Considera este Tribunal que si bien la interpretación de la recurrente podría ser aceptable, no se corresponde con la literalidad de la Resolución que no menciona la necesidad de proceder a la redistribución de puntuación en el subapartado “productos” del proyecto técnico, sino que únicamente indica que debe asignarse 0 puntos a las empresas que habían obtenido puntuación en el apartado.

Ello es así dado que el criterio controvertido es susceptible de valoración mediante juicio de valor lo que excluye la posibilidad de efectuar una nueva

valoración global del proyecto so pena de vulnerar el artículo 150.2 del TRLCSP por lo que se refiere al orden de apertura de las ofertas, tal y como entre otras muchas ha señalado este Tribunal en su Resolución 24/2014, en la que expone pormenorizadamente la doctrina del Tribunal al respecto. Se indica en concreto que “*si con la intervención del órgano encargado del recurso especial cabe preservar la objetividad en la valoración, respetando en todo caso la discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación, no se aprecia ningún obstáculo a que pueda retrotraerse el procedimiento para realizar una nueva valoración (que a la postre vendrá dada por el Tribunal).*”

Caso distinto es aquél en que resulte necesario realizar una nueva valoración aplicando criterios o elementos que quedan a la discrecionalidad del órgano de contratación en que a diferencia del caso anterior, el Tribunal con su intervención no puede enervar una posible influencia en la nueva valoración, del conocimiento de la valoración efectuada en aplicación de criterios objetivos”.

Por último no es óbice para avalar la interpretación del órgano de contratación la circunstancia de que en la Resolución se indicara que procede retrotraer el procedimiento de licitación al momento de la valoración, puesto que también para proceder a detraer de la puntuación el punto a que se refiere la Resolución es preciso proceder a tal retroacción procedural.

Procede por tanto desestimar el recurso en cuanto a este motivo.

Por último se afirma que la oferta de la adjudicataria se “sobrevaloró” por lo que se refiere a la descripción de los productos ya que se limitaba a reproducir el contenido del PPT de forma que el compromiso general de cumplimiento del mismo también implicaría la necesidad de valorar la propuesta de Interserve en cuanto a los productos.

Alega Garbaldi que Interserve hace mención en su recurso a una serie de productos de limpieza que no referenció en su oferta indicando ahora que utilizaría la gama de productos PUR-ECO de Diversey pero sin que conste en la propuesta presentada, dato alguno sobre el uso de estos productos, mientras que en su oferta se describieron los productos y muy especialmente su composición y lo único que no hizo fue determinar la marca de los productos que se utilizarían de resultar adjudicataria de los servicios de limpieza. Si bien indicó al Ayuntamiento de Ciempozuelos que se le entregarían con 15 días de antelación las FT y FS de estos productos.

Este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones que la declaración genérica de cumplimiento de los Pliegos, ni sirve para enervar eventuales defectos en la descripción de la oferta, ni tampoco para proceder a su valoración, cuando no se contiene propuesta alguna valorable.

Pero es que además en este caso se comprueba que el punto IV.b del PPT relativo a los productos a suministrar señala que deberán ser neutros y adecuados a la superficie a limpiar, señalando además que deberán cumplir con la normativa medioambiental incluyendo un listado de sustancias que no podrán contener, mientras que contra lo aducido por la recurrente, la propuesta de la adjudicataria en este punto no se limita a reproducir el PPT, sino que contiene ulterior información. Así se indica que:

“Todos los productos tendrán la etiqueta de Ecoembes.

Los productos tendrán que ser ecológicos con certificación oficial europea o como mínimo altamente biodegradables.

Los productos dedicados a la limpieza de mantenimiento diario serán neutros y biodegradables en más del 90%.

Los ácidos y alcalinos para limpiezas a fondo serán biodegradables en más del 80%.

Los desinfectantes serán neutros y tendrán en su composición sal de amonio cuaternario con funciones fungicidas y bactericidas demostradas el producto en cuestión tendrá que tener obligatoriamente registro sanitario.

Los desincrustantes ácidos no contendrán ácido sulfúrico ni clorhídrico ni total ni parcialmente. GARBIALDI, S.A. utilizará lejía para las desinfecciones y siempre con la expresa aprobación del Dpto. Técnico del Ayuntamiento de Ciempozuelos.

GARBIALDI, S.A., utilizará productos que no contendrán las siguientes sustancias de acuerdo al PPT: (reproducido aquí sí, el cuadro del PPT).

Todos los productos que serán utilizados por GARBIALDI, S.A. en la limpieza de los edificios del Ayuntamiento de Ciempozuelos se presentaran las FT y FS, 15 días antes del comienzo de los trabajos, para su aprobación por parte del Dpto Técnico del Ayuntamiento de Ciempozuelos.

Los productos que propone GARBIALDI, S.A. poseerán CERTIFICACIÓN ECOLÓGICA y serán de idéntica composición a los detallados a continuación: (recoge un cuadro con las composiciones de los productos que propone utilizar que contiene información sobre el producto, sus propiedades dosificación y aplicación)".

Por tanto no se aprecia un trato desigual en la valoración que pudiera justificar la estimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 doña M.F.L., en nombre y representación de Interserve Facilities Services, S.A.,

contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 28 de febrero de 2018, por el que se adjudica el contrato “Servicio de limpieza de los edificios públicos de Ciempozuelos” expediente 17C/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.- Levantar la suspensión automática del procedimiento mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 11 de abril de 2018.

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 49 del TRLCSP.