

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

En Madrid, a 23 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las empresas miembros de la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza –ASPEL-, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares del expediente de contratación de “servicios de limpieza de edificios, instalaciones y centros escolares municipales del Ayuntamiento de Valdilecha”, expediente COSE01/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 2 de julio de 2020 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria de licitación pública del contrato de servicios de referencia, por procedimiento abierto, con pluralidad de criterios todos automáticos, con un valor estimado de 695.459,22 euros. El envío del anuncio al DOUE se realizó el 29 de junio de 2020.

Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que la cláusula novena del Pliego de Cláusulas administrativas particulares (PCAP) relativa a los criterios de adjudicación, establece lo siguiente:

“A. Criterios objetivos: hasta un máximo de 100 puntos.

A.1.- Mejor oferta económica (80 puntos).

Se valorarán las ofertas a la baja de y manera proporcional. La oferta más baja (no incurso en valores anormalmente bajos o desproporcionados) obtendrá 80 puntos. Las demás ofertas recibirán la puntuación que se obtenga de aplicar una regla de tres simple.

La fórmula elegida dará como resultado una puntuación superior a las ofertas de precio más bajo y una puntuación inferior a las ofertas de precio más alto.

A.2. Mejora: bolsa de horas de libre disposición.

Esta bolsa permitirá al Ayuntamiento reforzar los servicios objeto de la presente contratación, sin coste adicional, cuando lo estime oportuno previo aviso a la adjudicataria del contrato, (hasta un máximo de 20 puntos).

La mejora se ofertará por cada año de contrato o prórroga, de acuerdo con el siguiente baremo:

El licitador que oferte el mayor número de horas obtendrá 20 puntos. Las demás ofertas recibirán la puntuación que se obtenga de aplicar una regla de tres simple.

La fórmula elegida dará como resultado una puntuación superior a los licitadores que oferten mayor número de horas y una puntuación inferior a los licitadores que oferten menor número de horas”.

Segundo.- Con fecha 15 de julio de 2020, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de ASPEL, interponiendo recurso especial contra el PCAP por considerar que el criterio consistente en la oferta de una bolsa de horas gratuita al no establecer límites máximos adolece de indefinición y debe anularse.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 17 de julio de 2020, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo

56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de ASPEL para la interposición del recurso, por tratarse de una asociación empresarial del sector de la limpieza de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

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

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 15 de julio de 2020, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que los pliegos se han publicado en la Plataforma de Contratación el 2 de julio de 2020.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si determinadas cláusulas de los pliegos son conformes a lo establecido en los artículos 145.7, relativo a las mejoras que exige que se encuentren suficientemente especificadas.

ASPEL alega sobre el criterio de valoración de una bolsa gratuita horas que *“lo razonable sería que, dado que es un servicio contemplado y valorado por la Administración en el presupuesto de licitación, en todo caso se valorasen las mejoras por servicios extraordinarios sin coste que lógicamente deberían estar limitadas en cuanto a su número máximo.*

El primer electo de lo dicho es que la Administración por la vía indirecta de otorgar puntos al criterio pretende trasladar íntegramente el coste de este servicio a los licitadores, cuando figura previsto dentro del alcance del contrato y valorado en el presupuesto de licitación. Añadido a esto es confuso el criterio al denominar de diferente forma el procedimiento a emplear, mediante juicio de valor o puntuaban con fórmula automática.

Se dirá a buen seguro por la Administración que el ofertar este número de horas es voluntario' para los licitadores, cuando la realidad es que si no se ofrecen no se obtendrá ningún punto en el criterio con lo que las probabilidades de éxito en la licitación serán nulas, Adicionalmente se produce un segundo efecto que distorsiona la licitación. a saber, que la ausencia de limitación al número máximo de horas que pueden ofrecerse favorece el que se oferte un número de horas gratuitas desproporcionado para estos servicios con el único objetivo de obtener la máxima

puntuación en el criterio, siendo así que estamos ante servicios extraordinarios "a demanda" de la Administración y cuya cuantificación se producirá en la fase de ejecución del contrato.

En definitiva, la ausencia de límites a las mejoras sin coste propicia que se realicen ofertas con cantidades desproporcionadas e irreales con la única finalidad de obtener una mayor puntuación en la valoración y que en la ejecución del contrato pudieran no llegar a realizarse por no ser necesarias”.

Cita en apoyo de su tesis distintas Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El órgano de contratación expone las actuaciones realizadas y no hace alegaciones al recurso.

Debe señalarse que la cuestión debatida estriba en que al no establecerse el número máximo de horas que pueden ofertarse para conseguir los 20 puntos y ponderarse a partir de esa oferta máxima indefinida la puntuación del resto de forma proporcional, puede darse el caso de ofertas absolutamente desproporcionadas en el número de horas que no supongan una mejora real del contrato y además distorsionen la puntuación de las demás y repercutan en la viabilidad de las ofertas, que además no pueden ser consideradas en baja desproporcionada por este concepto, de acuerdo con el PCAP.

El Tribunal en sus Resoluciones más recientes, Resolución 518/2019 de 12 de diciembre, 527/2019 de 19 de diciembre y 152/2020 entre otras, matiza su criterio anterior y señala la distorsión que puede producir la hipotética oferta de un número desproporcionado de horas fuera de los mínimos del PPT sobre el resultado final de la clasificación de los licitadores.

En el concreto expediente de la primera Resolución mencionada, se había producido la apertura de las proposiciones y se constató por el Tribunal lo siguiente:

“Cabe observar que existe notable varianza en los valores consignados, existiendo algunos bastante disimétricos y desproporcionados en relación con las horas totales de cada grupo de categorías (limpiador y otras categorías) para los dos lotes. Las ofertas van de 290 a 3000 y de 550 a 2000. Aunque, en el caso de los limpiadores la oferta no sobrepasa normalmente licitador el 10% del número total de horas actualmente existente de cada lote, en el supuesto del cristalero/peón especialista sí puede apreciarse un número totalmente desproporcionado de horas adicionales ofertadas en relación con las actualmente existentes en algún licitador, que casi las iguala, ofertando casi el 100 por 100 de los mínimos, lo que hace muy problemático considerar que alguna vez esas horas van a ser objeto de utilización. Independientemente de ello, con la plantilla arriba consignada y con la jornada semanal de la misma no es posible dentro de los términos legales ofertar tantas horas adicionales. A tenor del artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el número máximo de horas extraordinarias en cómputo anual para los trabajadores con jornada ordinaria es de 80 y disminuye proporcionalmente a la disminución de la jornada. Con 4 trabajadores limpia cristales/otras categorías en el lote 1 con jornadas además parciales es un brindis al sol ofertar 2000, 1500, incluso 550 horas adicionales (que son extraordinarias porque exceden de su jornada ordinaria). En el lote 2, en otras categorías (no todos limpia cristales) figuran tres personas que también es legalmente imposible, que asuman la cantidad de horas ofertadas por todos los licitadores, salvo el licitador que oferta 325”.

Por lo tanto se concluye: *“Entiende este Tribunal que en este caso concreto la asignación de puntos por “horas adicionales” no es ponderada sobre el total (30 sobre 100), y no se fijan los límites cuantitativos de la misma, tanto en cuanto al número de horas adicionales posibles a ofertar sobre los mínimos del PPT, como en cuanto a la distribución de puntos por esas horas adicionales, que es directamente proporcional. Así, por ejemplo, la oferta de 3.000 horas de limpiadores en el lote 2 supone ya 15 puntos sobre 100, mientras la de 290 supone 1,45 puntos. Todo ello*

sin que exista garantía alguna de que esas horas adicionales ofertadas sea necesarias o se vayan a emplear”.

Resulta evidente, como se dice en la propia Resolución, que corresponde al órgano de contratación fijar las necesidades a satisfacer con el contrato y el modo de verificarlos (artículo 28 LCSP) y, dentro de ello, realizar una proyección sobre las horas adicionales necesarias en base a la experiencia existente en la ejecución de este tipo de contrato, no dejar la determinación de las mismas al albur de las ofertas de los propios licitadores.

Siguiendo ese criterio, a juicio del Tribunal, en este caso la definición de la mejora en número de horas adicionales sin determinar un máximo admisible, supone el establecimiento de un criterio de valoración automático que no posee la concreción requerida por la LCSP.

Como ya se ha evidenciado la no fijación de umbrales máximos para las ofertas de estas horas adicionales previsiblemente distorsionará las proposiciones de los licitadores y puede poner en riesgo la correcta ejecución del contrato, por lo que el recurso debe estimarse por este motivo, anulando los Pliegos y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades elaborando nuevos Pliegos de acuerdo con lo expuesto en el presente Fundamento.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las empresas miembros de la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza –ASPEL-, contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares del expediente de contratación de “servicios de Limpieza de edificios, instalaciones y centros escolares municipales del Ayuntamiento de Valdilecha”, expediente COSE01/2020, anulando los Pliegos y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades elaborando nuevos Pliegos de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente Resolución..

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

Tercero.- Levantar la suspensión cautelar del procedimiento, adoptada por este Tribunal mediante acuerdo de 12 de diciembre de 2019.

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.