

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

En Madrid, a 5 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.D.R.S.J., en representación de la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (en adelante ASPEL), contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación para contratar el servicio de limpiezas de la sede de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda en la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de julio de 2018 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE y en fecha 18 de julio en el BOCM, anuncio de la licitación mediante procedimiento abierto y un solo criterio evaluador del contrato de servicios referenciado.

El valor estimado del contrato asciende a 274.845,27 euros.

Segundo.- Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su apartado 8 establece:

“8.- Procedimiento de adjudicación.

- *Tramitación anticipada: No.*
- *Tramitación: Ordinaria.*
- *Procedimiento: Abierto ordinario criterio único.*
- *Criterio relacionado con los costes: El precio.*
- *Subasta electrónica: No.*

Parámetros objetivos para determinar ofertas anormalmente bajas:

A efectos de determinar que una proposición es inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, se tendrán en consideración los distintos supuestos recogidos en el artículo 85 del RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, estándose en cada caso a lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP”.

Tercero.- El 27 de julio de 2018 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ASPEL, en el que solicita la anulación de la licitación en base a la vulneración del artículo 145 de la LCSP en relación con el establecimiento de un solo criterio evaluador en este tipo de contratos de servicios intensivos de mano de obra y la necesaria determinación de una fórmula matemática para la valoración de las proposiciones que permita la obtención de unos resultados más objetivos a la hora de puntuar las ofertas económicas presentadas por los licitadores.

El 1 de agosto de 2018 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), de cuyo contenido se dará cuenta al analizar las cuestiones de fondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de ASPEL para la interposición del recurso, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos, *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*, (artículo 48 de la LCSP).

Los Estatutos de la Asociación, artículo 4, establecen que ASPEL tiene entre sus fines, *“la integración, representación y defensa de los legítimos intereses de sus miembros y de la actividad empresarial definida en el artículo 3”*, así como *“La representación colectiva de participación y defensa más amplia de sus socios miembros”*.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de la licitación impugnada fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 13 de julio e interpuesto el recurso ante este Tribunal en fecha 27 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el PCAP correspondiente a 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.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra dos cláusulas del PCAP, la primera de ellas la consideración del precio como único criterio de adjudicación.

El recurrente invoca el artículo 145.3 de la LCSP, segundo párrafo, encuadrando el contrato que nos ocupa entre los contratos de servicios intensivos en mano de obra, en consecuencia con obligada observación de la regulación contenida en el apartado primero del mismo numeral, que establece como regla general para la adjudicación de los contratos la utilización de una pluralidad de criterios para la determinación de la mejor oferta en base a la mejor relación calidad-precio.

Así mismo invoca en defensa de su alegación la exposición de motivos de la ley, donde se encuentran desarrollados los principios básicos de la contratación pública y en especial la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato como criterios evaluadores de las ofertas.

Por su parte el órgano de contratación invoca en defensa del establecimiento de un único criterio de adjudicación el mismo artículo 145.3 de la LCSP ahora bien, en su párrafo primero, donde permite que los contratos de servicios puedan ser adjudicados atendiendo solo al precio en el caso de que las prestaciones objeto del contrato estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el mismo. Así mismo considera que el preámbulo de la ley o exposición de motivos no conlleva disposiciones directas, habiendo sido la parte dispositiva respetada en todo su contenido en la redacción de los pliegos objeto de controversia.

Es necesario destacar que los preámbulos de las leyes o sus exposiciones de motivos son parte de la propia norma constituyendo la memoria del texto, es decir, aquella que presenta la norma, su estructura y sobre todo sus principios generales u objetivos que determinan los parámetros de interpretación auténtica de la misma a que se refiere el artículo 3 del Código Civil, “atendiendo al espíritu y finalidad” de la norma.

En el caso de la LCSP su preámbulo adquiere un protagonismo máximo. Expone dicho texto los principales cambios estructurales y transversales en materia de contratación pública. Entre ellos uno de los aspectos más significativos es el de la instrumentalización de la norma que responde al carácter estratégico de la contratación pública.

La inclusión de criterios de adjudicación no económicos fue objeto de una progresiva evolución en la jurisprudencia del TJUE, puesto que el punto de partida para la Unión Europea era la puesta de los contratos públicos al servicio de la realización del Mercado Interior. Sin embargo, la nueva regulación contenida en las Directivas y la perspectiva adoptada por el legislador español, supera esta visión únicamente competitiva de los contratos públicos, para favorecer un enfoque estratégico. Por esa razón, la introducción de cláusulas sociales, laborales y medioambientales pasa a un primer plano. La utilización de la contratación pública como una herramienta de puesta en marcha de políticas públicas deja de ser una excepción para convertirse en la regla general.

Dicha regla general culmina con la necesidad de incluir entre los criterios de valoración o entre las condiciones especiales de ejecución cláusulas de contenido estratégico, medioambientales, sociales o de innovación, siempre eso sí, que tengan relación con el objeto del contrato.

En este contexto la LCSP abre un nuevo escenario que permite superar las inercias tradicionales para hacer de la contratación una herramienta de implementación de políticas públicas. Frente a la visión estrictamente economicista que vincula al contrato con la idea del mínimo gasto, se pretende la valorización de otros aspectos que actúen como motor para la consecución de una estrategia socialmente responsable.

Esta idea queda reflejada expresamente en la Estrategia Europa 2020, que indica que la contratación pública es una herramienta principal para el cumplimiento de estos objetivos de sostenibilidad y responsabilidad social.

Como ha señalado parte de la doctrina para cumplir este objetivo es necesario además de un cambio de cultura disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible en función de la mejor relación calidad precio, con la finalidad de acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo.

Por todo ello el escenario en el que los poderes públicos deben afrontar sus adjudicaciones debe estar exento de la visión precio más bajo como determinante de la mejor oferta, puesto que en la actualidad la mejor oferta es aquella que observe la mejor relación calidad precio, siendo a su vez necesario que cada contratación asuma la consecución de los fines generales de contratación ética, socialmente responsable, y sostenible y respetuosa con el medio ambiente.

Estos principios dogmáticos tienen su traslación normativa en el articulado de la LCSP. El artículo primero de esta norma viene a recoger los principios anteriormente expuestos en su apartado 3 *“en toda contratación pública se incorporaran de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad precio en a la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos (...).”*

El artículo 68 de la LCSP posibilita para la consecución de estos fines la determinación de criterios de adjudicación que evaluarán aspectos cualitativos y sociales entre otros. Por su parte el artículo 146 del mismo cuerpo legal ya no incluye el concepto precio como concepto principal sino el de costes o rentabilidad que puede y debe ser de carácter estratégico.

Sin duda alguna el artículo 145 de la LCSP articula la determinación de los criterios de valoración que logran la consecución de la determinación de la mejor oferta y en consecuencia del cumplimiento de los fines desarrollados anteriormente.

Este extenso precepto considera como regla general la necesidad de acudir a una pluralidad de criterios para la determinación de la oferta con mejor relación calidad-precio.

Su apartado segundo considera como criterios aquellos que se refieran a los aspectos cualitativos (calidad) y los económicos, procede a incluir un catálogo de aspectos cualitativos relativos a aspectos medioambientales y sociales que podrán ser considerados como criterios evaluadores. Es interesante destacar que el precepto en su apartado 2.3º último párrafo, contempla cómo necesario un criterio relacionado con el coste, que no tiene que ser el precio pudiéndose acudir a la rentabilidad o al coste del ciclo de vida útil. Vemos cómo el precio, entendido en su concepto tradicional no solo ha perdido su papel protagonista, sino que va siendo relegado por otros conceptos económicos más acordes con los fines perseguidos.

El apartado tres del artículo cataloga aquellos contratos que inexcusablemente deben contener más de un criterio de valoración de la oferta, así como la excepción a esta necesidad, ya explicitada como argumento del órgano de contratación frente al presente recurso. Entre ellos y en relación a los contratos de servicios señala a aquellos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, prestación de servicios sociales determinados expresamente, *los de servicios intensivos de mano de obra para los cuales establece taxativamente que no podrá ser el precio el único factor determinante de la adjudicación* y por último menciona expresamente entre estos a los contratos de servicios de seguridad privada.

En resumen puede señalarse que la LCSP considera como regla general la necesidad de valorar las ofertas bajo pluralidad de criterios que a su vez recaigan sobre aspectos cualitativos y económicos. Dejando la oferta económica de ser el único criterio considerado como precio que se amplía con las referencias a conceptos económicos como costes, rentabilidad y coste de vida útil. No se satisface la norma con la delimitación del criterio general, sino que además indica una serie de contratos que inexcusablemente deberán ser evaluados a través de una pluralidad de criterios.

Reduce así mismo los casos en que el precio podrá ser el único criterio aplicable, debiendo en consecuencia con el tenor integral de la norma, entenderse como una posibilidad residual y necesitada de una previa justificación.

En relación al concreto contrato de servicios que es objeto del presente recurso, es una evidencia que las prestaciones personales alcanzan un noventa por ciento de su total, (según informe económico emitido por los servicios técnicos propios del órgano de contratación en fase de preparación del expediente), es por tanto una evidencia que está debe considerarse como uno de los casos en que su adjudicación debe realizarse a partir de la valoración de una pluralidad de criterios, es evidente también que su objeto es proclive a la obligada inserción de criterios valoradores de la calidad, en la consideración estratégica de la compra pública a que venimos haciendo referencia, o bien de la inserción de condiciones especiales de ejecución sobre estos mismos aspectos.

Por todo ello procede a la estimación del recurso interpuesto por ASPEL en cuanto a este motivo.

El segundo de los aspectos recurridos es la ausencia de una fórmula matemática para la determinación de la puntuación por la oferta económica presentada por cada licitador.

Pretende el recurrente que la fórmula matemática que se determine en los PCAP responda al tipo curva y no a rectas proporcionales, de conformidad con el resultado de los estudios efectuados por una entidad de la rama profesional de la limpieza.

Por su parte el órgano de contratación indica que la publicación mencionada por la recurrente es una mera guía sin fuerza legal alguna.

Habiéndose estimado el recurso en cuanto al primero de los motivos y en consecuencia debiendo redactarse nuevamente los PCAP, es necesario que se

establezca en ellos una fórmula para la valoración de la oferta económica con sujeción a las reglas generales establecidas en el artículo 146 de la LCSP.

En aplicación de esta norma la fórmula elegida para la calificación de las ofertas será una opción propia del órgano de contratación el cual elegirá su formulación de conformidad con sus intereses, debiendo ser justificada en el expediente de contratación de conformidad con el artículo 146.2 de la LCSP ya referido y con respeto a las exigencias de proporcionalidad, elección de la oferta con mejor relación calidad precio y no saciamiento.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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 parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.D.R.S.J., en representación de ASPEL frente a los Pliegos de Condiciones que regirán la adjudicación del contrato de servicio de limpieza de la sede de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, anunciados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día de 2018, y así procede la anulación de dichos pliegos en base a la inobservancia en su cláusula 8 de las disposiciones del artículo 145 de la LCSP en cuanto al establecimiento de los criterios de valoración en contratos de servicios intensivos de mano de obra.

Desestimar la pretensión de cambio de fórmula matemática o criterio de determinación de esta en relación al cálculo de la puntuación por el criterio precio.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en

el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo 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.