

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don L.R.M., en nombre y representación de Especialidades Médicas Libreros S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicios de Terapia Ocupacional para Usuarios de Servicios Sociales”, del Ayuntamiento de Tres Cantos, número de expediente: 2019/24/CON, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de julio de 2019, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación. El valor estimado del contrato asciende a 133.000 euros. El código CPV es 85310000-5 Servicios de Asistencia Social.

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

“Criterios de adjudicación del contrato.

CRITERIOS CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR:

No procede

CRITERIOS CUANTIFICABLES DE FORMA AUTOMÁTICA

<i>Número</i>	<i>Descripción del criterio</i>	<i>Ponderación</i>
1)	<i>Oferta Económica</i>	<i>Hasta 10 puntos</i>
(...)		
2)	<i>Mejoras en material terapéutico</i>	<i>Hasta 5 puntos</i>
(...)"		

Tercero.- El 29 de julio de 2019, por la representación de Especialidades Médicas Libreros S.L.U., se presentó recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) rector de la licitación, alegando en primer lugar que se trata de un servicio del Anexo IV 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) por lo que no está correctamente establecida la ponderación de los criterios de adjudicación, en segundo lugar que se incumple el artículo 28 del Reglamento de Protección de Datos y en tercer lugar que se vulnera el artículo 101 de la LCSP porque no se ha contemplado en el valor estimado del contrato ni los gastos generales, ni el sobrecoste de las mejoras contempladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), solicita por tanto la modificación de los Pliegos previa anulación del procedimiento de licitación.

Cuarto.- El 3 de septiembre de 2019, se recibió en el Tribunal, remitido por el Ayuntamiento de Tres Cantos, el recurso, copia del expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo.

Quinto.- No se ha dado trámite de alegaciones puesto que no se van a tener en cuenta otros hechos y argumentos que los expuestos por las partes y los que constan en el expediente administrativo, 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.

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 indirecta 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 el anuncio de la convocatoria y el Pliego impugnado fue publicado y puesto a disposición de los posibles licitadores en la Plataforma de la Contratación del Sector Público, el 12 de julio de 2019, y el recurso se interpuso el 29 de julio, por tanto, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el pliego que rige en la licitación de un contrato de servicios de valor estimado 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, la recurrente argumenta que el contrato es de los recogidos en el anexo IV de la LCSP por lo que le es de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 145.4 de la LCSP según el cual: *“En los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por*

objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146.”

El órgano de contratación en su informe manifiesta *“A la vista del objeto del contrato, si el Tribunal considera que el CPV establecido en el pliego es el adecuado, estaríamos ante un servicio incluido en el Anexo IV de la LCSP y por tanto sería de aplicación lo previsto en el párrafo segundo del artículo 145.4 de la LCSP, que establece que los criterios de adjudicación relacionados con la calidad debe representar al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas. En nuestro caso se establecen varios criterios de adjudicación entre los que el criterio precio representa el 66,67% de la puntuación total, pudiendo entender que los criterios de adjudicación indicados en el apartado 8 del anexo I del PCAP no cumplen con lo indicado en el citado artículo”*.

La cuestión resulta clara puesto que la CPV del contrato que consta en el PCAP que no ha sido impugnada ni parece incorrecta, corresponde a contratos del Anexo IV de la LCSP, concretamente a *“Servicios sociales y de salud y servicios conexos”*.

En consecuencia, resulta de aplicación lo previsto en el párrafo segundo del artículo 145.4 de la LCSP y los criterios de adjudicación relacionados con la calidad debe representar al menos el 51% de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas o bien constituirse el comité de expertos según determina el artículo 146.2.a).

Comprueba el Tribunal que los criterios de adjudicación incluidos en el apartado 8 del Anexo I del Pliego no respetan esa proporción y así lo reconoce el propio órgano de contratación, por lo que proceda la estimación del recurso, anulando el Pliego y la licitación que deberá reiniciarse si persisten las necesidades elaborando un nuevo Pliego que establezca los criterios de adjudicación en la forma expresada.

Sexto.- La estimación del recurso por este motivo conlleva la anulación del Pliego y

de la licitación pero como han de elaborarse nuevos Pliegos resulta conveniente que el Tribunal se pronuncie sobre los restantes motivos de recurso al objeto de evitar nuevas impugnaciones.

1.- Incumplimiento del artículo 28 del Reglamento General de Protección de Datos.

Alega la recurrente que la Ley Orgánica 15/1999 ha sido ampliada por el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). *“Dicho RGPD, establece en su artículo 28 Encargado del tratamiento 1. Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado. La Agencia española de Protección de Datos en su documento EL IMPACTO DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS SOBRE LA ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS establece en su apartado 7 la ‘Necesidad de valorar si los encargados con los que se hayan contratado o se vayan a contratar operaciones de tratamiento ofrecen garantías de cumplimiento del RGPD. El RGPD establece una obligación de diligencia debida en la elección de los encargados de tratamiento que deben aplicar todos los responsables, contratando únicamente encargados que estén en condiciones cumplir con el RGPD.’ No se establecen cuáles son los requisitos para dar cumplimiento al artículo 28 del RGPD que ofrezcan garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas”.*

El órgano de contratación en su informe argumenta que *“en la prescripción séptima y anexo del PPT se establecen las obligaciones del encargado del tratamiento y de todo su personal. Entre otras, se indican las medidas técnicas y organizativas de seguridad que se deberán adoptar por parte del futuro adjudicatario”.*

El PPT en su cláusula séptima se refiere a Confidencialidad, protección de datos personales y seguridad de la información estableciéndose las normas que

deben cumplir en cuanto al tratamiento y protección de datos. Específicamente el apartado 7.3.2 establece de forma exhaustiva las obligaciones del encargado de tratamiento referidas a lo dispuesto en el artículo 28 del RGPD.

El Tribunal considera que las especificaciones establecidas son suficientes y adecuadas y el motivo de recurso debe ser desestimado.

2- La recurrente argumenta que el artículo 101 de la LCSP establece 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”*. *“Que en ningún apartado de los pliegos quedan definidos los gastos generales, de acuerdo al artículo 101 de la Ley 9/2017 (...) Las mejoras definidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas son definidas como vinculadas con el objeto del contrato y suponen sobrecoste respecto a la proposición económica”*.

El Ayuntamiento en su informe alega que el apartado 3 del Anexo I contempla el presupuesto desglosado a través de un estudio del coste de los conceptos necesarios y que *“aunque en el pliego no se desglosa de forma expresa los gastos generales, en el apartado denominado “Beneficio Empresarial” se ha estimado un porcentaje del doce por ciento, el cual es suficientemente alto para entender incluido en el mismo tanto los gastos generales como el beneficio industrial, más aún cuando la normativa de contratación pública, en los contratos de servicios, no fija ningún porcentaje para dichos conceptos y siendo muy superior al seis por ciento que establece el RGLCAP en su artículo 131 para los contratos de obras. Por lo que, aunque no se señale expresamente se entiende incluido en ese porcentaje tanto los gastos generales como el beneficio industrial. De igual modo se han establecido como criterios de adjudicación, la oferta de una mejora, cuyo coste, de acuerdo con la LCSP, no se exige que deba ser incluido en el cálculo del presupuesto de licitación, como alega el recurrente. Eso sí, cuidando siempre que el presupuesto de licitación no esté lo demasiado ajustado que haga imposible su inclusión sin incurrir en incumplimientos de las exigencias del Pliego”*.

El Tribunal comprueba que el apartado 3 del Anexo I contiene un desglose suficiente de los distintos apartados del presupuesto que permite conocer los costes directos e indirectos y elaborar una oferta.

El hecho de que no se contemplen expresamente los gastos generales no invalida en este caso el presupuesto incluido en el PCAP. Respecto a las mejoras previstas, corresponde al licitador al elaborar su oferta estudiar si puede incluirlas en función de sus costes pero es evidente que no tiene que contemplarse en el presupuesto porque no son prestaciones obligatorias del contrato.

Por lo tanto el motivo de recurso debe ser desestimado.

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 don L.R.M., en nombre y representación de Especialidades Médicas Libreros S.L.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicios de Terapia Ocupacional para Usuarios de Servicios Sociales”, del Ayuntamiento de Tres Cantos, número de expediente: 2019/24/CON, en los términos del fundamento de derecho quinto de la presente resolución.

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.- 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.