

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

En Madrid, a 18 de febrero de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de ECOTREN SOSTENIBLE ESPAÑA, S.L. (en adelante ECOTREN) contra el pliego de prescripciones técnicas que regirán la adjudicación del contrato “Servicio de transporte para distintas Áreas y Concejalías del Ayuntamiento de Rivas-VaciaMadrid, año 2021” número de expediente 000110/20-CMAY este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 28 de diciembre de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 155.251,96 euros y su plazo de duración será de un año, con posibilidad de prórroga por un año más.

A la presente licitación se presentaron siete licitadores, entre los que no se encuentra la recurrente.

Segundo.- El 12 de enero de 2020 se presentó en la oficina Internet- Registro de la Consejería de Hacienda y Función Pública, que posteriormente tuvo entrada el 13 de enero en este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ECOTREN, en que solicita la anulación de la cláusula 8 del pliego de prescripciones técnicas por ser contrario a derecho. Adicionalmente solicita la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 21 de enero de 2021, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, debido al posible desvelo de las ofertas antes de haber resuelto el presente recurso.

Cuarto.- El 27 de enero de 2021 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 transponen 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).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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 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 indirectamente 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 licitación fue publicado y los pliegos de condiciones puestos a disposición de los licitadores el 28 de diciembre de 2020, e interpuesto el recurso el 12 de enero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el pliego de prescripciones técnicas de 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.a) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso de concreta en determinar si la cláusula 8 del pliego de prescripciones técnicas es conforme a derecho.

Alega la recurrente que en dicha cláusula se establece como criterio de adjudicación el número de autobuses disponibles para este contrato, otorgando hasta un máximo de 35 puntos y considera que siendo solamente necesarios a tenor de los

PCAP y del pliego de prescripciones técnicas-económicas (cláusula 5) un máximo de 6 autobuses para el cumplimiento del contrato y en algunas puntas hasta 30, el pliego pondera como criterio de valoración de la oferta un número ilimitado de autobuses. Por ello, considera la cláusula desproporcionada en función de las prestaciones que han de cumplirse y que *“resulta indubitado que solamente pueden ganar el concurso aquellas empresas que dispongan de un número de vehículos muy considerable de tal forma que las que tengan cien e incluso más, las basta para poder resultar adjudicatarias ofrecer toda sus flota , aunque claramente la gran parte de la misma no sea necesaria para cumplir el contrato”*. Así pues, la cláusula del PCTE en cuestión no solo es discriminatoria, sino que constituye, en sí misma, una ventaja competitiva de las grandes empresas frente a las medianas (aunque éstas sí dispongan del material móvil para cumplir el contrato)”.

Por su parte el órgano de contratación alega que *“para el cumplimiento del requisito de la motivación en los criterios mediante fórmula consideramos suficiente que a las entidades licitadoras les consten los elementos que le permitan verificar que la fórmula de baremación se aplica correctamente, como se desprende de la citada cláusula octava del PPT, sin que exista margen de discrecionalidad.*

(...)

La recurrente no tiene en cuenta que la selección de la mejor oferta recae junto con el otro criterio de adjudicación que refleja el PPT y al que se le asignan hasta 65 puntos olvidando que existen otras fórmulas en la LCSP para ofertar el compromiso sin necesidad de que la flota sean de su propiedad ni titularidad, puesto que no se establece como una obligación sino como una posibilidad. (...) también destaca que el propio objeto del contrato y cláusulas 5 del PPT describen las prestaciones y desplazamientos a desarrollar”.

Asimismo, el órgano de contratación considera que por la propia naturaleza del contrato y en función de las circunstancias no es posible delimitar el número máximo de servicios y autobuses ya que atiende a las propias necesidades municipales surgidas o imprevistos que requieren de una respuesta inmediata para satisfacer las

demandas de la ciudadanía, de ahí el origen de la cláusula y considera este criterio capital para la correcta ejecución del contrato. Además, que como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el Covid19 la estimación de los servicios dificulta más su exactitud debido a las restricciones que se puedan imponer por medidas higiénicas y sanitarias para el transporte público. Añade, que el criterio no limita la competencia y prueba de ello es que se han presentado 7 empresas.

En defensa de sus pretensiones cita varias resoluciones de este Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede remitirnos a los pliegos para analizar la cláusula objeto de controversia.

“5. CARACTERÍSTICAS DE LA PRESTACIÓN

La empresa adjudicataria del presente contrato deberá realizar desplazamientos de ida y vuelta según las siguientes tipologías:

TIPOLOGÍA DE SERVICIO

Servicios puntuales

Autobús de 55 plazas, ida y vuelta, dentro del municipio de Rivas en horario de mañana o de tarde (se estima 89 servicios)

Autobús de 55 plazas adaptado para sillas de ruedas, ida y vuelta, dentro del municipio de Rivas en horario de mañana o de tarde (se estima 12 autobuses)

Autobús de 55 plazas ida y vuelta dentro de la Comunidad de Madrid o Madrid capital en horario de mañana (9 a 14 h) o de tarde (15 a 20 h) (se estima 15 autobuses)

Autobús de 55 plazas, ida y vuelta, dentro de la Comunidad de Madrid o Madrid capital (ida, a partir de 9 h. / vuelta, hasta las 21 h.) (se estima 39 autobuses)

Autobús de 55 plazas para servicio dentro de Comunidad de Madrid, ida un día y vuelta otro distinto (se estima 5 autobuses)

Autobús de 55 plazas, ida y vuelta, dentro de provincia limítrofe con Madrid (Ávila, Toledo) en horario de mañana (9 a 14 h) o de tarde (15 a 20 h) (se estima 6 autobuses) Autobús de 55 plazas con destino a máximo 150 km. de Rivas

Vaciamadrid, con ida por la mañana y vuelta por la tarde, y con permanencia del autobús (Aprox. 9)

Autobús de 55 plazas con varias idas y vueltas dentro del municipio de Rivas, en horario de mañana (se estima 14 autobuses).

Servicios continuados

Autobús de 55 plazas para Servicio CEIP Mario Benedetti a Ciudad Educativa Municipal Hipatia, de enero a junio y de septiembre a diciembre (según calendario escolar oficial de la C.M (2020-2021 y 2021-2022) Recogida ida a las 8,45 h, en el CEIP Mario Benedetti y vuelta a las 16,00 h. desde Hipatia. Con 2 monitor/a acompañante (se estima 185 días)

Transporte desde los centros educativos de educación infantil y primaria a los polideportivos municipales. De enero a mayo y de octubre a diciembre (según calendario escolar oficial de la C.M (2020-2021 y 2021-2022).

- 1 autobús de 60 plazas de 9:20 h a 13:30 h.

- 1 autobús de 60 plazas de 11:30 h a 13:30 h.

Ida y vuelta dentro del municipio de Rivas Vaciamadrid. Niños y niñas de 3º o 4º de Primaria (8 o 9 años) y profesorado. Lunes a viernes (se estima 150 días)".

“8. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Las ofertas presentadas por las entidades concurrentes a este contrato se valorarán en función de los siguientes ítems y baremos:

- Oferta Económica hasta 65 puntos*

Para la valoración de este apartado se procederá a multiplicar la oferta económica presentada por las empresas por cada precio unitario por el total de servicios aproximados a realizar y el resultado de todas las tipologías sumadas dará un total que será el utilizado para resolver este ítem. Según modelo de proposición (Anexo I del pliego).

La máxima puntuación se dará a la oferta más baja y al resto de forma proporcional conforme a la siguiente fórmula:

X puntos obtendrá = menor precio ofertado x 65 puntos / por precio a valorar.

Las ofertas al tipo de licitación se valorarán con 0 puntos.

Para la apreciación de baja temeraria serán de aplicación los criterios contenidos en el art. 85 del RD 1098/2001, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- *Número de autobuses disponibles para este contrato..... hasta 35 puntos*

Para la valoración de este apartado se tendrá en cuenta el número de autobuses que reúnen los requisitos especificados en este pliego y que presenta la empresa como de plena disponibilidad inmediata para la realización de los servicios estipulados.

La máxima puntuación se dará al mayor número de autobuses disponibles para este contrato y al resto de forma proporcional.”

Se otorgará 35 puntos al mayor número de autobuses aportado y al resto de forma proporcional conforme a la siguiente fórmula:

X puntos obtendrá = número menor de autobuses x 35 puntos / mayor número de autobuses.”

Como puede observarse, en este último apartado se otorga hasta un máximo de 35 puntos en función del número de autobuses disponibles que oferten las empresas. En este punto, llama la atención que para la distribución de los puntos no se establezca un número máximo de autobuses disponibles, de tal forma que los 35 puntos los puede obtener por ejemplo una empresa que ofrezca 100 autobuses, 150 autobuses o 200, etc. dependiendo de los licitadores que concurren al procedimiento puesto que *“la máxima puntuación se dará al mayor número de autobuses disponibles para este contrato y al resto de forma proporcional”*.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares, así en su Resolución 26/2020 de 20 de enero *“Este Tribunal ha adoptado múltiples acuerdos sobre recursos fundamentados en los mismos motivos, valga por todas ellas la más*

reciente, la Resolución 527/2019, de fecha 19 de diciembre que establece: “Debe señalarse que la cuestión debatida no es si la mejora se valora con una puntuación mínima y máxima determinada o si las prestaciones están debidamente definidas El tema crucial es que al no establecerse el número máximo de horas que pueden ofertarse para conseguir los 15 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”

(...)

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.”

De acuerdo con lo anterior, efectivamente es el órgano de contratación al que le corresponde fijar las necesidades a satisfacer en el contrato y, dentro de ello, realizar una proyección sobre los autobuses adicionales necesarios en base a la

experiencia existente en la ejecución de este tipo de contrato de tal manera que no quede la determinación al azar de las ofertas presentadas por los propios licitadores.

En consecuencia, se estima el recurso, anulando la cláusula 8 en su ítem “número de autobuses disponibles para este contrato” a los efectos de que se determine el máximo de autobuses admisibles a los que se otorgará la máxima puntuación y al resto de forma proporcional.

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 representación legal de ECOTREN SOSTENIBLE ESPAÑA, S.L. contra el pliego de prescripciones técnicas que regirán la adjudicación del contrato “Servicio de transporte para distintas Áreas y Concejalías del Ayuntamiento de Rivas-VaciaMadrid, año 2021” número de expediente 000110/20-CMAY, ordenando la retroacción del procedimiento de contratación para la modificación del pliego de prescripciones técnicas en el sentido indicado en el fundamento de derecho quinto.

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 acordada mediante Acuerdo de este Tribunal en fecha 21 de enero de 2021.

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.