

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

En Madrid, a 31 de marzo de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Elecnor Servicios y Proyectos S.A.U., (en adelante Elecnor) contra el acuerdo del Director Gerente del Hospital Universitario Clínico San Carlos, de fecha 23 de febrero de 2022, por el que adjudica el contrato de “*suministro e instalación, programación y puesta en funcionamiento del sistema de intercomunicación paciente-enfermera*”, número de expediente PA 2021-7-267, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncio publicado el 3 de noviembre de 2021 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 177.685,95 euros y su plazo de duración será de 84 días.

A la presente licitación se presentaron tres licitadores, entre ellos el recurrente.

### **Segundo.- Antecedentes**

Tras el Acuerdo de este Tribunal número nº 8/2022, de 19 de enero de 2022, el órgano de contratación anula la adjudicación acordada y procede a una nueva clasificación de las ofertas, resultando un empate entre la recurrente y la UTE Ineles-Trenasa.

Tras la aplicación de los criterios de desempate que figuran en los pliegos de cláusulas administrativas se acuerda que obtiene el primer puesto en la clasificación de la oferta la UTE Ineles-Trenasa.

Tras el cumplimiento de los trámites establecidos en el artículo 150.2 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 (en adelante, LCSP), se acuerda, el 23 de febrero de 2022, por el Gerente del Hospital la adjudicación a favor de la UTE Ineles-Trenasa.

**Tercero.-** El 8 de marzo de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Elecnor en el que solicita la nulidad de la adjudicación por haber aplicado los criterios de desempate de forma errónea.

El 11 de marzo de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

**Cuarto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo

establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 18 de marzo de 2022 la adjudicataria, UTE Ineles-Trenasa, presenta escrito de alegaciones en el que coincide con las alegaciones del órgano de contratación en sus más esenciales apartados.

## 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.-** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“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 acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 23 de febrero de 2022 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 8 de marzo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministros 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.-** En cuanto al fondo del recurso, el adjudicatario considera que habiéndose producido un empate en las puntuaciones, no se han aplicado correctamente las reglas de desempate que figuran en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), ya que se ha acudido a las establecidas en el artículo 147 de la LCSP directamente, lo que lleva a un resultado perjudicial a sus derechos al perder el primer puesto en la clasificación de las propuestas.

Es interesante destacar la cláusula 17 del PCAP:

**“Cláusula 17. Adjudicación del contrato.**

*El órgano de contratación adjudicará el contrato al licitador que, en su conjunto, presente la mejor oferta, mediante la aplicación de los criterios objetivos establecidos en el **apartado 8 de la cláusula 1**, o declarará desierta la licitación cuando no exista ninguna proposición admisible de acuerdo con los criterios objetivos de adjudicación. Tendrán preferencia en la adjudicación las proposiciones presentadas por aquellas empresas, que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere la **cláusula 32** del presente pliego “Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad”, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualaran en sus términos a las más ventajosas después de aplicar los criterios objetivos establecidos para la adjudicación del contrato.*

*A efectos de aplicación de esta circunstancia los licitadores deberán acreditarla, en su caso, mediante los correspondientes contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social.*

*Si varias empresas acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje no inferior al indicado, tendrá preferencia en la adjudicación el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.*

*Igualmente, tendrán preferencia en la adjudicación, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración y los Centros Especiales de Empleo, y entre ellas, las que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla, o mayor porcentaje de trabajadores en situación de exclusión social.*

*Asimismo, tendrán preferencia, en igualdad de condiciones, las proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.*

*En la aplicación de estos criterios de desempate, tendrá prioridad la proposición de la entidad que reúna más de una característica.*

*Los eventuales empates se resolverán a favor de la oferta que según el orden de prioridad establecido tenga mejor puntuación en el criterio de adjudicación preferente.*

*La documentación acreditativa de los distintos criterios de desempate será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate”.*

El recurrente manifiesta que no se ha respetado lo establecido en esta cláusula del PCAP e invoca la doctrina de que los pliegos de condiciones son lex contractus para las partes. Justifica su aseveración invocando el acta de la mesa de contratación

de fecha 16 de febrero de 2022, manteniendo que en su plantilla están contratados más de un 2% de personas discapacitadas y además cuentan con un plan de igualdad.

El órgano de contratación manifiesta: *“que en el propio requerimiento, cuando se pide la documentación a presentar, se hace mención expresa tanto a la Cláusula 17 del PCAP como al artículo 147.2 LCSP, con la previsión de utilizar los criterios de este artículo, como supletorios, para el caso de que no se lograra el desempate con los criterios del PCAP. Ningún licitador se opone ni cuestiona este requerimiento, de hecho, el recurrente envía la documentación correspondiente a los criterios recogidos en el art. 147.2 LCSP.*

*El órgano de contratación, anticipándose a la posibilidad de que no se logre el desempate tras la valoración de los criterios del PCAP, se plantea estas 3 soluciones:*

- *Declarar el concurso desierto.*
- *Realizar un sorteo (sorteo que no está previsto en el PCAP)*
- *Utilizar supletoriamente los criterios establecidos en el artículo 147.2 de la LCSP*

*El órgano de contratación considera que es menos arbitraria esta última posibilidad y por ello realiza el requerimiento haciendo referencia tanto a la Cláusula 17 del PCAP como al artículo 147.2 LCSP”.*

Justifica como la mesa de contratación aplicó primero los criterios de desempate recogidos en el PCAP con el siguiente resultado:

- Primer criterio, ninguna de las dos empresas se constituye como empresa de inserción social.
- Segundo criterio: acreditar contar en su plantilla con trabajadores discapacitados, cuando no tengan obligación legal de cumplir este requisito. Coincidiendo en este caso una empresa obligada y otra que no, la mesa acuerda que no puede aplicar este criterio.
- Tercer criterio: Planes de igualdad entre trabajadores. En este caso al igual que en el anterior, Elecnor debe contar con planes de igualdad al tener más de 100 trabajadores, mientras que la UTE no tiene obligación legal.

Llegados a este punto la mesa de contratación acuerda aplicar las normas de desempate que marca el artículo 147.3 de la LCSP y en consecuencia utiliza el criterio de menor porcentaje de trabajadores no fijos en la empresa, resultando en este caso claramente ganadora la UTE, hoy adjudicataria.

Vistas las posiciones de las partes debemos acudir al artículo 147 de la LCSP que establece:

*“1. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas.*

*Dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán a:*

*a) Proposiciones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa.*

*En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.*

*b) Proposiciones de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre , para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.*

*c) En la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial.*

*d) Las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo.*

*e) Propositiones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.*

*La documentación acreditativa de los criterios de desempate a que se refiere el presente apartado será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.*

*2. En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:*

*a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.*

*b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.*

*c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.*

*d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate”.*

Comprobamos que el órgano de contratación ha aplicado en primer lugar los criterios establecidos en el PCAP, respetando la consideración de los pliegos como *lex contractus* y que al seguir existiendo el empate y no estar considerado el sorteo como medio de desempate en los pliegos, interpreta en sede colegiada la aplicación del artículo 147 de la LCSP.



Este Tribunal considera que en ámbito de la contratación pública, puede invocarse entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2009, recurso de casación núm. 4580/2006, que: *"las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado"*.

En la Resolución 56/2011, de 19 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que la exclusión de un licitador derivada de una interpretación de una cláusula del pliego que permite diversas interpretaciones, conculca el principio de concurrencia competitiva antes citado, al aplicar también al ámbito de la contratación pública, tal y como, entre otras, previene la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2009, RJ 2010\331, los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados: *"En relación con este particular en nuestra reciente Sentencia de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006, expresamos sobre esta cuestión de interpretación de los contratos que: "las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado. Mientras la sentencia de 2 de junio de 1999 ( RJ 1999, 5749, recurso. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta "la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas"*.

Este Tribunal considera que la no aplicación de los criterios primero y tercero de los establecidos en el PCAP por converger empresas con obligación legal de

cumplir determinados requisitos de naturaleza social y laboral y otra sin esa obligación, conlleva a la imposibilidad de su aplicación, aun cuando en el caso del plan de igualdad, el PCAP no hace referencia ni distinción entre su obligación legal o no, como si efectúa en el caso del porcentaje de trabajadores discapacitados.

Es indudable que en el caso de los empates entre ofertas el criterio menos justo de desempate es el sorteo, amén de no estar contemplado en la cláusula 17 del PCAP, por lo que la interpretación que efectúa la mesa de contratación de aplicar el artículo 147 de la LCSP parece la más acertada y equitativa de todas las posibles.

Aplicando dichos criterios legales y cesando el empate en cuanto al criterio menor porcentaje de trabajadores temporales, la UTE adquiere la condición de primera clasificada.

No obstante, y a mayor abundamiento, el certificado que aporta Elecnor sobre el cumplimiento del porcentaje de trabajadores discapacitados contratados, expedido por el SEPE, tiene fecha de 7 de octubre de 2021, cuando en el PCAP se solicitaba dicho informe a fecha 9 de diciembre de 2021. Aporta Elecnor una declaración responsable a fecha 1 de febrero de 2022, de la cual se desprende que el porcentaje de personas discapacitadas contratadas ronda el 0,60%, por lo que nunca podría ser adjudicataria de este contrato por incurrir en la causa de prohibición de contratar con las entidades previstas en el artículo 3 según se determina en el artículo 71.1), ambos de la LCSP.

Por todo lo cual se considera que la mesa de contratación ha obrado conforme a la legislación vigente y se desestima el recurso interpuesto.

**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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Elecnor Servicios y Proyectos S.A.U., contra el acuerdo del Director Gerente del Hospital Universitario Clínico San Carlos, de fecha 23 de febrero de 2022, por el que adjudica el contrato de *“suministro e instalación, programación y puesta en funcionamiento del sistema de intercomunicación paciente-enfermera”*, número de expediente PA 2021-7-267.

**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.