

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

En Madrid, a 27 de mayo de 2021

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Magéntica Social, S.L., contra los Decretos del Concejal Presidente del distrito de Moratalaz de 5 de abril de 2021, por el que se adjudican a Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Centro Especial De Empleo-Valencia, S.L., los 2 lotes del contrato de “Servicios de auxiliar de información, control de acceso y atención al público en edificios adscritos al distrito de Moratalaz” (2 lotes), del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2020/00317, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios publicados el 16 de julio de 2020, en el DOUE y 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 dividido en 2 lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 1.217.351,78 euros y su plazo de

duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 12 licitadores a cada uno de los lotes, incluida la recurrente.

**Segundo.-** Con fecha 9 de octubre, Magéntica Social, S.L. (en adelante Magéntica), interpone recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de exclusión de fecha 16 de septiembre de 2020, por no presentar el Plan Operativo.

Mediante Resolución 294/2020 de 5 de noviembre de 2020, de este Tribunal se acuerda estimar el recurso con retroacción de las actuaciones a los efectos de conceder plazo de subsanación para la presentación del Plan operativo previsto.

Con fecha 20 de enero de 2021, Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Centro Especial De Empleo-Valencia, S.L., (en adelante Integra) interpone recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de referencia de los dos lotes a Magéntica, solicitando que se anule el acto recurrido, por la discordancia observada entre el DEUC y la oferta de la adjudicataria en relación con la subcontratación, y que se adjudique ambos lotes a favor de su representada.

Mediante Resolución 99/2021 de 4 de marzo de este Tribunal, se estimó el recurso ordenando la retroacción del procedimiento de contratación al momento de la valoración de las ofertas conforme a lo expuesto en el cuerpo del recurso.

Mediante los Decretos del Concejal Presidente del distrito de Moratalaz de 5 de abril de 2021, se adjudican los dos lotes del contrato de referencia a Integra.

**Tercero.-** El 27 de abril de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Magéntica, solicitando la anulación de la adjudicación del contrato.

**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 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), 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 (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 a Integra (adjudicataria del contrato) Elite y Espacio, Valoriza y Eulen, CEE, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. El 18 de mayo de 2021, la adjudicataria presenta alegaciones, sin que el resto de empresas hayan realizado alguna.

## **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, porque a pesar de estar clasificada en cuarto lugar en cada uno de los lotes, la estimación del recurso podría llevarle a ser la adjudicataria del procedimiento *“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 los acuerdos de adjudicación fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de abril de 2021, e interpuesto el recurso el 27 de abril, 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, en el marco 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.c) de la LCSP.

**Quinto.-** A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar las siguientes cláusulas de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP):

**“Cláusula 16.- Criterios de adjudicación. (Cláusulas 17, 19 y 25).**

(...)

*Se valorará que los licitadores destinen a la **subcontratación con Empresas de Inserción Social o Centros Especiales de Empleo** un porcentaje superior al 5% del importe del contrato.....**Hasta 15 puntos.***

*Se otorgará la mayor puntuación al licitador que haya ofertado el mayor porcentaje por encima del 5% establecido en el criterio de adjudicación. El resto de licitadores se valorarán de forma proporcional conforme a la siguiente fórmula:*

$$P = Po/PoM \text{ (puntuación máxima)}$$

(...)

**Cláusula 23.- Subcontratación. (Cláusulas 34 y 38).**

*Subcontratación: SI*

*Pago directo a los subcontratistas: NO*

*Los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato a subcontratar, su*

*importe, y el nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas: SI*

**Cláusula 38. Subcontratación.**

*El contratista, según lo previsto en el apartado 23 del Anexo I al presente pliego referido a cada lote, podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo (...).”*

La recurrente alega que como consecuencia de la Resolución 99/2021 de este Tribunal se elaboró un nuevo informe técnico para volver a evaluar las ofertas y que como consecuencia de ello Magéntica obtuvo 0 puntos (antes tenía 15) en relación con el criterio de evaluación “*Subcontratación con EI o CEE*” mientras que el resto de las entidades obtienen entre 15 y 9 puntos, lo cual sitúa a Magéntica en la 4ª posición respecto de la clasificación de ambos lotes.

Manifiesta la recurrente que el motivo de impugnación de Integra (Recurso 33/2021) era que Magéntica no indicó en el DEUC su pretensión de acudir a la subcontratación y por otro la incorrecta asignación de la puntuación máxima otorgada a la misma por dicha subcontratación con un centro especial de empleo.

Dice el recurrente que “*si observamos los DEUC presentados por los distintos licitadores, vemos que en la mayoría de los casos se produce la misma “incongruencia” que la padecida por MAGÉNTICA toda vez que en los DEUC se señala que no hay intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros, mientras que en sus ofertas económicas se manifiesta que van a contratar el 100%, seguramente en su convencimiento de que esa era la finalidad última de ese criterio de adjudicación de este contrato y ser ellas mismas CEE. Por ello, la valoración otorgada en el Informe Técnico de fecha 09.03.2021 es incongruente y debe ser revisada al haber asignado a los licitadores que se hallan en esa situación los 15 puntos reflejados. Ese sería el caso de SALZILLO SERVICIOS INTEGRALES, SLU; SERLINGO SOCIAL, SLU; VALORIZA CEE, S.L.; TRIANGLE SELECTIVA SERVICIOS AUXILIARES, S.L. y EULEN CEE, cuya puntuación debería ser 0.*

*Y por lo que respecta a INTEGRA MGSÍ CEE-VALENCIA, en su DEUC señaló que sí tiene intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros, concretamente con la empresa perteneciente a su Grupo “INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L.” (CIF B82992744), manifestando en su oferta económica el porcentaje del 100% de subcontratación, motivo por el que se le han asignado los 15 puntos máximos en el criterio de valoración de la subcontratación con EI o CEE.*

*(...)*

*Por tanto, vemos que INTEGRA MGSÍ CEE-VALENCIA ha obtenido la puntuación máxima de 15 puntos al comprometerse a realizar una subcontratación parcial del “100%” del servicio con otro CEE que forma parte del grupo de empresas al que pertenece.*

*Una subcontratación del 100% en ningún caso debe considerarse como una subcontratación “PARCIAL”; más bien “TOTAL”, máxime cuando la propia cláusula 38 PCAP sí permite una subcontratación total en los casos que se reflejan en las letras d) y e) del apartado 2º del artículo 215 LCSP, y no en otros. A mayor abundamiento, el Diccionario de la Real Academia Española define el término “PARCIAL”, en su primera acepción, de la siguiente manera: “**perteneciente o relativo a una parte del todo**”, obviamente contraponiendo la “parte” del “todo”, pues no son conceptos iguales, por lo que una subcontratación del 100% jamás puede ser considerada como “parcial”. Por ello, la valoración de la adjudicataria INTEGRA MGSÍ CEE-VALENCIA, al contravenir abiertamente lo señalado en su DEUC y oferta económica lo dispuesto en la cláusula 38 PCAP, debería obtener 0 puntos en ese criterio de adjudicación”.*

Por su parte el órgano de contratación alega que en virtud de la Resolución 99/2021 de este Tribunal se elabora un nuevo informe de valoración de las ofertas aplicando el criterio definido en dicha Resolución, en virtud del cual se procedió por el órgano de contratación a adjudicar el contrato a Integra en los dos lotes.

Considera que las alegaciones del recurrente no tienen ningún fundamento y por ello solicita la imposición del pago de las tasas administrativas a que hubiere lugar sobre la base de la manifiesta falta de argumentación jurídica de su recurso.

Por su parte el adjudicatario alega que el recurrente no ofrece ningún argumento que evidencie que el órgano de contratación haya errado y que intenta justificar su recurso con los mismos argumentos que ya utilizó para oponerse al recurso 33/2021 y por ello considera que lo que pretende la recurrente es una revisión de la resolución ya emitida por este Tribunal y que si Magéntica consideraba que el PCAP no está claro o inducía a error en cuanto a la subcontratación se refiere podía haberlo impugnado.

Observa además que la conducta de la recurrente resulta totalmente incongruente con sus actos propios, pues, por un lado, considera que el porcentaje del 100 % de subcontratación en favor de una empresa de inserción social o centro especial de empleo no puede ser considerado como una subcontratación parcial, pero, por otro, ella misma señaló en su oferta un porcentaje de subcontratación del 100 por 100.

Continúa manifestando la adjudicataria que en los PCAP no se recoge ningún impedimento para señala un porcentaje máximo de subcontratación y que la acción ejercita por la ahora recurrente no versa sobre ninguna cuestión novedosa por lo que procede la aplicación de los efectos de la denominada “*cosa juzgada administrativa*”.

Vistas las alegaciones de las partes, este Tribunal discrepa tanto de las alegaciones del órgano de contratación como de la adjudicataria.

Es cierto que el motivo de impugnación es el mismo que se resolvió mediante el Recurso 33/2021, esto es, sigue siendo el criterio de adjudicación relativo a la subcontratación con empresas de inserción social o centros especiales de empleo, dónde este Tribunal acordó que la valoración del mismo no se había realizado conforme a lo establecido en los PCAP y la LCSP. Por ello, se acordó la anulación de

la adjudicación ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas conforme a los criterios establecidos en la propia Resolución.

Ahora bien, comparando ambos informes de valoración, en cuanto al criterio en liza, se observa que el órgano de contratación no ha procedido a revisar la puntuación otorgada por este criterio de valoración a todos los licitadores de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 99/2021, sino que simplemente ha procedido a quitar todos los puntos a la empresa Magéntica (eso sí de acuerdo con dicha Resolución) pero ha obviado revisar el resto de puntuaciones otorgada al resto de licitados por este criterio.

En este sentido la Resolución era clara *“procede estimar el recurso y ordenar la retroacción del procedimiento de contratación al momento de la valoración de las ofertas”* conforme a lo expuesto anteriormente y a lo establecido en los PCAP.

En esta resolución ya se apuntaba que aunque la Mesa de contratación debería haber concedido un plazo de subsanación/aclaración de lo establecido en el DEUC a la vista de la incongruencia entre lo declarado en éste y en el ANEXO II, lo decisivo en el supuesto que estaba siendo objeto de revisión es que Magéntica en su oferta indicaba que iba a subcontratar el 100% del importe del contrato porque ella es un CEE, concluyendo este Tribunal que en estos supuesto no existe subcontratación.

Ahora bien, en la Resolución 99/2021 se ordenaba la retroacción y valoración de las *“ofertas”* y no exclusivamente de la oferta de Magéntica pues otros licitadores podían estar en la misma situación que Magéntica y se debían revisar los criterios de puntuación para que fuesen acordes con lo allí expuesto en la reiterada Resolución a la que nos remitimos, pero sin ánimo de reproducirla, citamos algunas de los criterios allí fijados:

1.-La cláusula 38. Subcontratación de los PCAP establece *“El contratista”*, según lo previsto en el apartado 23 del Anexo I al presente pliego referido a cada lote, podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo.



2.- El artículo 215 de la LCSP establece que el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos.

3.- Para que exista subcontratación se requiere la existencia previa de un contrato. Por ello, la ejecución directa del contenido del contrato por un licitador que él mismo es CEE no supone subcontratación a los efectos de otorgar puntuación tal y como exige el PCAP.

4.- Los negocios jurídicos con empresas del mismo grupo no pertenecen a la categoría jurídica de los subcontratos.

Es llamativo que el órgano de contratación no haya realizado esa revisión de todas las puntuaciones otorgadas a los licitadores del criterio de valoración objeto de debate, máxime cuando a pesar de establecerse en la propia Resolución 99/2021, en ella se citaban las Resoluciones 186/2017 y 243/2017 de este Tribunal, planteándose en esta última la misma problemática que en el actual procedimiento, siendo el objeto del contrato similar al actual “servicio de información, control de acceso y atención al público de edificios adscritos al Distrito de Moratalaz” (expediente 300/2016/01792).

Dicho lo anterior, para comenzar debemos rechazar las ofertas clasificadas por detrás de la recurrente pues la posible estimación del recurso y la modificación a la baja de la puntuación de dichas empresas, en nada modificaría la resolución de la recurrente.

Respecto de las ofertas que obtienen mayor puntuación que la recurrente se observa lo siguiente:

**INTEGRA**

Consta en el DEUC: (Lote 1 y Lote 2).

*“¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros?”*

Sí

No

*En caso afirmativo y en la medida en que se conozca este dato, enumere los subcontratistas previstos:*

*Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Centro Especial de Empleo, S.L. (B 82992744)”.*

En el Anexo II consta para el Lote 1 y Lote 2:

Subcontratación con Empresas de Inserción Social o Centros Especiales de Empleo un porcentaje superior al 5% del importe del contrato, (subcontrata el 100%).

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, Integra no puede obtener ninguna puntuación por subcontratación con empresas de inserción social o centros especiales de empleo, pues la misma tiene que ser parcial y no total, pero es más, aunque fuesen empresas del mismo grupo tampoco cumpliría tal requisito pues los negocios jurídicos con empresas del grupo no pertenecen a la categoría jurídica de los subcontratos.

**ELITE Y ESPACIO, S.L.:**

Consta en el DEUC Lote 1 y 2.

*“¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros?”*

Sí

No

*En caso afirmativo y en la medida en que se conozca este dato, enumere los subcontratistas previstos:*

*ELITE INSERCIÓN CEE 60% valor del contrato”.*

Anexo II Lote 1 y 2

Subcontratación con Empresas de Inserción Social o Centros Especiales de Empleo un porcentaje superior al 5% del importe del contrato, (subcontrata el 60%).

Al respecto ELITE, en principio cumple con el criterio de subcontratación pues es parcial 60%. Ahora bien, no existe en el expediente documentación que permita a este Tribunal clarificar si realmente existe subcontratación pues no se aporta documentación que permita discernir si son empresas del mismo grupo en cuyo caso no tendría la consideración de subcontratación.

VALORIZA CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L.

*“Consta en el DEUC*

*¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte*

*del contrato a terceros?*

*○Sí*

*●No*

*Anexo II*

*Subcontratación con Empresas de Inserción Social o Centros Especiales de Empleo un porcentaje superior al 5% del importe del contrato, (subcontrata el 100%). Siendo la licitadora un CEE esta situación equivale al porcentaje máximo de subcontratación por lo que a solo a efectos de puntuación deberán consignar como porcentaje ofertado el del 100%”.*

Aquí nos encontramos en el mismo supuesto, pues al ser la licitadora un CEE no se puede considerar subcontratación por los motivos expuestos.

EULEN CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.A.

Consta en el DEUC (Lote 1).

*“¿Tiene el operador económico la intención de subcontratar alguna parte del contrato a terceros?*

*OSí*

●No

*¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?*

●Sí

*ONo”.*

Igualmente consta el DEUC de EULEN, S.A., (Lote 1):

*“¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros?*

*OSí*

●No”.

#### ANEXO VII MODELO DE COMPROMISO PARA LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS (Lote 1).

- Que la solvencia o medios que pone a disposición la entidad EULEN, S.A., a favor de la entidad EULEN CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.A. son los siguientes:

*“ Clasificación Eulen, S.A. y todos los medios materiales, personales y técnicos.*

- *Que durante toda la ejecución del contrato dispondrán efectivamente de la solvencia o medios que se describen en este compromiso.*

- *Que la disposición efectiva de la solvencia o medios descritos no está sometido a condición o limitación alguna”.*

Anexo II. Lotes 1 y 2 (oferta de Eulen Centro Especial De Empleo, S.A.):

*“Subcontratación con Empresas de Inserción Social o Centros Especiales de Empleo un porcentaje superior al 5% del importe del contrato, (subcontrata el 100%). La empresa licitadora es un centro especial de empleo”.*

De la documentación obrante en el expediente se observa que mientras los DEUC y el compromiso para la integración de solvencia con medios externos sólo constan para el lote1, las ofertas van referidas a los dos lotes.

Al margen de lo anterior nos encontramos en el mismo supuesto que el anterior puesto la licitadora es un centro especial de empleo y no supone subcontratación.

En definitiva, Integra, Valoriza Centro Especial De Empleo, S.L. y Eulen, CEE, no pueden obtener puntuación en el apartado de subcontratación por los motivos expuestos.

En relación con la empresa Elite Y Espacio, S.L., consta una subcontratación del 60%, no hay constancia documental sobre si la empresa con la que está subcontratando pertenece al mismo grupo de empresa. Por ello, el órgano de contratación deberá requerir a la licitadora para que aporte la documentación correspondiente a efecto de la valoración del criterio de subcontratación de conformidad con lo expuesto a lo largo de este recurso.

En consecuencia, se estima el recurso debiendo el órgano de contratación realizarse una nueva valoración del criterio de subcontratación de acuerdo a lo anterior, de todas las ofertas de los licitadores, al margen de las aquí ya realizadas.

**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 legal de Magéntica Social, S.L. contra los Decretos del Concejal Presidente del distrito de Moratalaz de 5 de abril de 2021, por el que se adjudican a Integra Mantenimiento Gestión Y Servicios Integrados Centro Especial De Empleo-Valencia S.L. los 2 lotes del contrato “Servicios de auxiliar de información, control de acceso y atención al público en edificios adscritos al distrito de Moratalaz (2 lotes)”, del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2020/00317, que en consecuencia se anulan, ordenando la retroacción del procedimiento de contratación al momento de valoración de las ofertas respecto del criterio de subcontratación.

**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.