

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

En Madrid, a 8 de julio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de BBR Instalaciones S.L. (en adelante BBR) contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada de fecha 21 de mayo de 2021, por el que se adjudica el contrato de “Servicio de conservación de las instalaciones de alumbrado público situadas en los Barrios del Vivero, Hospital, La Universidad y El Camino del Molino en el término municipal de Fuenlabrada” número de expediente 2020/000863, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Fuenlabrada en fecha 17 de agosto de 2020, 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 1.002.513,116 euros y su plazo de duración será de 4 años.

A la presente licitación se presentaron 7 licitadores, entre ellos el recurrente

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso, el apartado P del anexo I al pliego de cláusulas administrativas particulares:

“b) Criterios Cualitativos valorables en cifras o porcentajes: Hasta 15 puntos.

Que la empresa licitadora establezca alguna medida que garantice la igualdad en el acceso al empleo, la retribución, promoción y formación, que favorezca la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato así como que las empresas tengan medidas que garanticen la prevención del acoso sexual en el trabajo que deberá justificarse documentalmente. La empresa que presente mayor número de medidas se le asignará la mayor puntuación, el resto de forma proporcional (hasta 15 puntos).

Se detallarán según el ANEXO IV. Solo serán objeto de valoración aquellos criterios que se justifiquen documentalmente.

2. Criterios cualitativos no valorables en cifras o porcentajes (Sobre B). Hasta 25 puntos

Plan de ahorro energético y ambiental:

El licitador deberá presentar una Memoria Técnica de hasta 10 páginas a una cara numeradas en formato A4, siguiendo los criterios de valoración que se exponen a continuación asignándose las siguientes puntuaciones parciales:

a) El licitador deberá incluir una propuesta de medidas a implantar a su cargo durante la ejecución de los trabajos en el que cuantifique el posible ahorro energético, hasta 15 puntos.

b) De igual manera se deberá exponer las acciones que propone realizar para limitar en lo posible el impacto ambiental de las luminarias, especialmente en lo referente a la contaminación luminosa, hasta 10 puntos”.

Por su parte el apartado 3 del pliego de prescripciones técnicas particulares establece:

Artículo 3º De las instalaciones actuales

“(…) Las empresas licitadoras deberán, obligatoriamente, inspeccionar las instalaciones antes de formular sus ofertas, que acreditarán con la ficha adjunta como Anexo IV, comprobando su estado de funcionamiento y su idoneidad para cumplir todas las exigencias que figuran en el presente Pliego de Prescripciones Técnicas, siempre que no interfieran en su funcionamiento. Así mismo, deberán presentar informe detallado, por escrito, de la situación actual de cada instalación.

Ambos deberán adjuntarse en el sobre “B” a que se refiere el Pliego de Condiciones Administrativas”.

Tercero.- El 21 de junio de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de BBR en el que solicita la exclusión de la oferta presentada por la adjudicataria y la corrección de la puntuación obtenida por su empresa.

El 24 de junio 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).

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 (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 resto de interesados de este contrato, 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 1 de julio el adjudicatario ha presentado escrito de alegaciones en el que coincide con los planteamientos del órgano de contratación.

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 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 el 21 de mayo de 2021, practicada la notificación el 31 de mayo de 2021 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 21 de junio 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 la adjudicación 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.- En cuanto al fondo del recurso BBR impugna dos actos, por un lado la aceptación de la oferta técnica presentada por Elecnor, cuya extensión era de 21 páginas y por otro lado su incorrecta puntuación en los criterios sociales valorables automáticamente.

Por lo que se refiere al primer motivo de impugnación, considera que la memoria a presentar el en sobre 2 debía tener una extensión máxima de 10 páginas, So pena de exclusión tal y como consta en el apartado P del Anexo I al PCAP.

Es un hecho comprobado que la memoria presentada por Elecnor consta de 21 páginas y que la mesa de contratación ha sesgado dicha memoria teniendo en cuenta solo las ultimas 10 páginas, lo que contradice lo establecido en el PCAP.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

No obstante lo dicho el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que el apartado 3 del PPTP obliga a los licitadores a inspeccionar las instalaciones y a acreditar dicha inspección a través de una ficha que comprueba su

estado de funcionamiento y su idoneidad junto con un informe detallado, por escrito, de la situación actual de cada instalación.

Dicha documentación se adjuntara en el sobre B, oferta económica.

Por dicha razón varios licitadores han optado por unificar en un solo documento las dos memorias mencionadas, de tal forma que si bien forman un todo, son fácilmente desagregadas para la comprobación de su extensión y el estudio de su contenido.

Este Tribunal considera que ni la oferta de Elecnor ni la actuación de la mesa de contratación contravienen el PCAP, por lo que se desestima el recurso en base a este motivo.

Por lo que se refiere al segundo motivo de impugnación, versa sobre la falta de calificación de los criterios sociales que aparecen recogidos como criterios de adjudicación valorables automáticamente.

De las medidas sociales aportadas el órgano de contratación considera documentadas 4 medidas, en lugar de las 18 medidas aportadas.

Funda su calificación en que el resto, es decir las 14 restantes no han sido documentadas. Sin embargo manifiesta el recurrente que la documentación de dichas medidas era una declaración responsable de la empresa y de los propios trabajadores.

“Se detallarán según el ANEXO IV. Solo serán objeto de valoración aquellos criterios que se justifiquen documentalmente”.

**“ANEXO IV
VALORACIÓN CRITERIOS CUALITATIVOS VALORABLES POR CIFRAS O
PORCENTAJES**

D./Dña. _____, con DNI: _____ mayor de edad, actuando en nombre y representación de la empresa _____, NIF: _____, y con domicilio social en (Indicar localidad) _____ y _____ en la Vía: _____, y con dirección electrónica habilitada: _____, manifiesta que le consta la publicación del anuncio de licitación en la Plataforma de Contratos del Sector Público relativo al **CONTRATO DE SERVICIO DE CONSERVACION DE LAS INSTALACIONES DE ALUMBRADO PUBLICO SITUADAS EN LOS BARRIOS DEL VIVERO, HOSPITAL, LA UNIVERSIDAD Y EL CAMINO DEL MOLINO EN EL TERMINO MUNICIPAL DE FUENLABRADA**, en fecha _____, cumpliendo con todos los requisitos y condiciones que se exigen para adjudicar dicho contrato, según el Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que ha de regir la licitación y en la representación que ostenta, se compromete a asumir el cumplimiento de dicho contrato adoptando las siguientes medidas en relación a garantizar la igualdad en el acceso al empleo, la retribución, promoción, formación y prevención del acoso sexual y favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato.

	Relación de medidas adoptadas por la empresa
1	
2	
3	
4	
20	
	PUNTUACIÓN TOTAL (SEGÚN ADMINISTRACIÓN, no rellenar por el licitador)

(*) Documentación acreditativa a presentar: cualquier documento válido en Derecho, preferentemente declaración responsable firmada por la empresa y por los

representantes de los trabajadores (en caso de no existir representación sindical deberá ir firmado, al menos, por los trabajadores que se adscriban al contrato”.

Por su parte el órgano de contratación en su escrito al recurso manifiesta: *“En el pliego de cláusulas administrativas particulares, en cuanto a la valoración de los criterios de adjudicación se recoge que los mismos tendrán que justificarse documentalmente. Si la empresa no presenta ninguna justificación no puede valorarse lo que no se presenta. Por lo que el técnico valora aquello que presentan las empresas y en caso de ofrecer dudas, en cuanto a lo presentado se solicita aclaración o subsanación, pero siempre que se presente documentación alguna, de lo que no se presenta nada, nada puede valorarse”.*

Nuevamente debemos invocar la doctrina de vinculación de los pliegos de condiciones de forma incondicional para fundamentar este motivo de recurso. Vista la disparidad de posiciones entre el licitador que considera haber acreditado documentalmente 18 medidas laborales y/o sociales y el órgano de contratación que considera que solo cuatro medidas lo han sido, este Tribunal ha procedido a la revisión de la documentación aportada, constatando que se presentaron cuatro declaraciones responsables del apoderado de la empresa y un quinto documento en el que los trabajadores que ejecutaran este contrato manifiestan el conocimiento y existencia de las medidas declaradas por la empresa.

En el primer documento se declara la adopción por la empresa de las siguientes medidas:

- 1) Acceso a la formación de manera mixta (horario laboral y personal).
- 2) Oferta formativa para la igualdad de oportunidades en la empresa.
- 3) Formación en igualdad de competencias de liderazgo.
- 4) Sensibilización sobre acoso basado en la igualdad y respeto mutuo.
- 5) Protocolo de actuación para regular el acoso sexual y por razón de género.
- 6) Utilización de lenguaje e imagen no sexista.
- 7) Difusión y comunicación de plan de Igualdad de Oportunidades con

sesiones informativas.

- 8) Conciliación laboral y familiar para madres y padres con niños afectados por cáncer o enfermedades raras.
- 9) Eliminar de la brecha salarial con el Asesoramiento del Instituto de la Mujer.
- 10) Evaluación y prevención de los riesgos psicosociales ante el acoso sexual.
- 11) Divulgación del protocolo de Acoso Sexual.
- 12) Sistema de flexibilidad horaria de entrada y salida al que se acoge el 100% de la empresa.
- 13) Ampliación de excedencias por cuidado de menores, existentes en el contrato de trabajo.
- 14) Facilitar el teletrabajo para el beneficio de la conciliación laboral y familiar.
- 15) Fomentar la corresponsabilidad, ya que las necesidades son personales dependiendo de la situación personal, edad etc.
- 16) Implantación de un sistema de modulación de conflictos.
- 17) Implementar el teletrabajo por alarma sanitaria y así conciliar la vida laboral con la familiar para el cuidado de menores.

En el segundo documento se confirma la existencia de un plan de igualdad, en el tercer documento se declara la realización de un informe de diagnóstico sobre la igualdad real en la empresa y en el cuarto documento se declara haber ofrecido a los trabajadores formación on-line sobre igualdad, promovido por la Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid.

Tal y como podemos apreciar la controversia se sustenta en la consideración por parte de la recurrente de 18 medidas acreditadas a lo largo de 4 documentos distintos, mientras que para el órgano de contratación el primer documento consta como un índice tal y como establece el Anexo IV del PCAP.

No podemos más que considerar válida la actuación de la mesa de contratación a la hora de valorar los criterios sociales y laborales que nos incumben, toda vez que el primer documento tiene una función de índice que posteriormente se documentara

mediante la aportación de cualquier documentación, entre ellas la declaración responsable firmada por el apoderado de la empresa y por los trabajadores o sección sindical.

En el presente caso, no se ha acreditado a través de declaración responsable ninguna de las 17 medidas indexadas, por lo que no se puede considerar que hayan sido documentadas.

El recurrente plantea en su escrito como una segunda alternativa la obligatoriedad de haber otorgado un plazo de subsanación para acreditar correctamente las medidas sociales y laborales que constan en su oferta, obligatoriedad que el órgano de contratación no admite en pro del principio de que solo se puede subsanar lo existente y no lo no existente, añadiendo que el apartado P del Anexo I al PCAP establece claramente en referencia al criterio de adjudicación que nos ocupa: *“Se detallarán según el ANEXO IV. Solo serán objeto de valoración aquellos criterios que se justifiquen documentalmente”*.

Es cierto que en el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables.

Entiende este Tribunal que la posibilidad de subsanación se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, esto es, no puede afirmarse con carácter general que todos los requisitos de solvencia sean subsanables, ni tampoco que no lo sean aquéllos que se refieren a las ofertas. Antes bien la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma la modificación de las ofertas a través del mecanismo de la subsanación o la ampliación del plazo para el

cumplimiento de determinados requisitos por ejemplo constituirían límites que no podrían ser superados por una subsanación de los eventuales defectos padecidos.

Es necesario destacar que el apartado P del Anexo I al PCAP establece claramente en referencia al criterio de adjudicación que nos ocupa: *“Se detallarán según el ANEXO IV. Solo serán objeto de valoración aquellos criterios que se justifiquen documentalmente”* y que esta condición ha sido admitida de forma incondicionada por el recurrente al haber presentado su oferta de conformidad con el art. 139.1 de la LCSP.

La pretensión de la recurrente sobre la subsanación de la justificación documental no puede entenderse tal y como lo plantea BBR, pues una subsanación es la corrección de defectos en un documento, en el presente caso sería subsanable por ejemplo la omisión de la firma de un trabajador en la declaración responsable, pero la subsanación no puede extenderse a incorporar documentos inexistentes, pues en ese caso estaríamos ante una modificación de la oferta.

Por todo ello se considera adecuada la actuación primero de la mesa de contratación y posteriormente del órgano de contratación y en consecuencia se desestima el recurso en base a este motivo.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de BBR Instalaciones S.L., contra el Acuerdo de la Junta de

Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada de fecha 21 de mayo de 2021, por el que se adjudica el contrato de “Servicio de conservación de las instalaciones de alumbrado público situadas en los Barrios del Vivero, Hospital, La Universidad y El Camino del Molino en el término municipal de Fuenlabrada” número de expediente 2020/000863.

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.