

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

En Madrid, a 4 de agosto 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.C., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A. contra el Decreto de fecha 10 de julio de 2017, del Concejal Presidente del Distrito Centro del Ayuntamiento de Madrid, por el que se adjudica el lote 1 del contrato “Servicios de mantenimiento integral en los equipamientos adscritos al distrito Centro (2017-2018)”, número de expediente: 300/2016/00940, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha 3 de noviembre de 2016 se publicó en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid y el día 11 de noviembre en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, dividido en dos lotes pudiendo los licitadores presentar oferta para un solo lote y con condiciones especiales de ejecución de carácter social, según la cláusula 12 del Pliego de Prescripciones Técnicas. El valor estimado del contrato es de 2.154.606,35 euros y la duración

máxima es de veinticuatro meses, prorrogables por un periodo igual al de duración inicial del mismo.

De acuerdo con la cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), relativa a la forma y contenido de las proposiciones en su apartado C *“Dentro del sobre denominado “Criterios valorables en cifras o porcentajes”, se incluirá la proposición económica que se presentará redactada conforme al modelo fijado en el Anexo II al presente pliego, (...)”*.

En el apartado 20 de Anexo I del PCAP se dispone que se otorgarán hasta 90 puntos a los criterios valorables en cifras o porcentajes, de los cuales 10 puntos corresponden al criterio “Estabilidad en el empleo. Mejora en el sistema de remuneración y cuantía salarial” de acuerdo con el cual *“Se asignará un punto por cada trabajador adscrito al contrato de la categoría profesional requerida en el Pliego de Prescripciones Técnicas, al que se mejore su retribución salarial en un 1,5% anual o más, dentro de los dos primeros meses de ejecución del contrato, como máximo, manteniéndolo hasta su finalización. A tal fin, el licitador deberá presentar un compromiso indicando los datos de los trabajadores a los que mejorará la retribución salarial, su categoría profesional y la cuantía de la mejora”*.

En el apartado 22.2 del Anexo I PCAP se reitera en relación con el contenido del sobre correspondiente a los criterios valorables en cifras o porcentajes: *“1.- Mejora propuesta en el sistema de remuneración y cuantía salarial. A tal fin, el licitador deberá presentar un compromiso indicando los datos de los trabajadores a los que mejorará la retribución salarial, su categoría profesional y la cuantía de la mejora 2.- Mejora propuesta para ahorro energético y uso eficiente del agua. 3.- Oferta económica”*.

De acuerdo con lo anterior, en el Anexo II del PCAP, modelo de proposición económica, se recogen los tres aspectos antes indicados (mejora de remuneración,

mejora para el ahorro energético y oferta económica) estableciéndose respecto de la primera de las mejoras indicadas, lo siguiente:

*“DECLARA bajo su responsabilidad Y SE COMPROMETE (únicamente respecto al personal adscrito la ejecución del contrato) a las siguientes mejoras de remuneración y cuantía salarial (1).*

- *Que todos los trabajadores, adscritos a la ejecución del contrato, disponen de una mejora en la retribución salarial del 1,5% anual o más, respecto al Convenio Colectivo denominado..... (2), manteniéndolo hasta su finalización.*

- *Que..... (3) trabajadores, del total de la plantilla adscrita al contrato mejoraran su retribución salarial en un 1,5% anual o más, respecto al convenio colectivo de aplicación, dentro de los dos primeros meses de ejecución del contrato, como máximo, manteniéndolo hasta su finalización.*

*(1) Deberán seleccionar con una X una de las dos casillas.*

*(2) Denominación del Convenio Colectivo de aplicación al personal adscrito a la ejecución del contrato.*

*(3) Indíquese número de trabajadores que mejorarán su retribución salarial”.*

**Segundo.-** A la licitación del lote 1 se presentaron 5 licitadoras, una de ellas la recurrente.

Realizada la oportuna tramitación, se adjudicó el lote 1 a la empresa Ferrovial Servicios, S.A., mediante Decreto del Concejal-Presidente del Distrito Centro, de fecha 6 de marzo 2017, contra el que se interpuso recurso por OHL, que fue estimado mediante Resolución 125/2017, anulando dicho acto y ordenando, la retroacción de las actuaciones a fin de que se solicitara aclaración a la recurrente sobre la mejora ofertada y se procediera a su valoración, como consecuencia de lo cual, la oferta de OHL quedó situada en primer lugar como la económicamente más ventajosa.

En consecuencia mediante Decreto de fecha 10 de julio de 2017, del Concejal Presidente del Distrito Centro del Ayuntamiento de Madrid, se adjudica el lote 1 del contrato a dicha empresa, lo que se notifica a las demás interesadas con fecha 11 de julio de 2017.

**Tercero.-** El día 24 de julio de 2017, previo anuncio, el día 21 al órgano de contratación, Ferrovial presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que al día siguiente lo comunicó al órgano de contratación requiriéndole para que remitiera el expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), lo que verificó el 27 de julio de 2017.

En el recurso presentado se solicita que se anule el Decreto de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones a fin de que, en virtud del principio de igualdad, se solicite a la recurrente aclaración sobre la mejora ofertada en relación con el criterio estabilidad en el empleo y se proceda a su valoración que de conformidad con el PCAP deberá dar lugar a la obtención de 10 puntos en el criterio controvertido.

Por su parte el órgano de contratación en el informe preceptivo advierte que, por Decreto del Concejal -Presidente del distrito Centro de fecha 26 de julio de 2017 se ha dispuesto la suspensión inmediata de la tramitación del expediente. Señala que la proposición económica formulada por Ferrovial además de no acompañar el compromiso indicando los datos de los trabajadores a los aplicara la mejora salarial, es errónea e impide conocer el sentido de la mejora al marcar ambas opciones de mejora retributiva, habiendo asignado 0 puntos a todas las licitadoras que han marcado ambas opciones. Por lo que no cabe subsanación de la oferta ya que supondría una vulneración del principio de igualdad y solicita su desestimación.

**Cuarto.-** Con fecha 26 de julio de 2017 el Tribunal acordó mantener la suspensión automática, *ex artículo 45* del TRLCSP, del expediente de contratación.

**Quinto.-** Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de alegaciones el día 25 de julio de 2017, recibándose el 2 de agosto de 2017 las formuladas por OHL-SERVICIOS-INGESAN, S.A.U. (en adelante INGESAN) de las que se dará cuenta al analizar el fondo del recurso.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.-** Ferrovial ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Aunque es cierto que la recurrente fue emplazada para formular alegaciones en el anterior recurso en las que bien podría invocar el principio de igualdad y haber solicitado asimismo la valoración de la mejora realizada en su oferta, no lo es menos que la falta de alegaciones en un procedimiento, no se comunica a otro, de manera que si bien pechó con las consecuencias derivadas de su falta de acción en aquél de ver estimado el recurso, sin que se aplicara la misma solución a ambas ofertas, lo cierto es que al tratarse de un acto nuevo, nada obsta para que en defensa de su interés legítimo lo haya recurrido ulteriormente.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso, el mismo se dirige contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Aduce la recurrente en cuanto a la recurribilidad del acto que, de acuerdo con lo establecido en la STJM 624/2011, de 22 de julio, el licitador que había sido inicialmente adjudicatario (como es en su caso), y que por este motivo no se había opuesto a las valoraciones de los demás licitadores, conserva su derecho a impugnarlas cuando la adjudicación realizada a su favor resulte anulada por el recurso de los no adjudicatarios. En el mismo sentido cita la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2005.

Ningún obstáculo encuentra este Tribunal en el recurso contra un acto dictado en ejecución de una resolución, cuando no se discute como en este caso, el contenido de la Resolución.

**Cuarto.-** En cuanto al plazo de interposición cabe señalar que la notificación de la adjudicación tuvo lugar el 11 de julio de 2017, por lo que el recurso interpuesto el día 24 del mismo mes está en plazo.

**Quinto.-** El recurso se fundamenta en la vulneración del principio de igualdad, solicitando que, al igual que con la oferta de OHL, se permita la aclaración de la oferta de la recurrente en los mismos términos. En concreto se afirma que *“teniendo en cuenta que todos los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato a los que se aplica el Convenio del metal son los 10 trabajadores con categoría de oficial 1ª, ambas opciones conducen al mismo resultado, debiendo atribuirse a mi representada la puntuación de 10 puntos en este criterio”*. Añade que dicha información puede verificarse igualmente en la justificación de temeridad presentada en el apartado d) "Desglose Económico", donde se detallaba la oferta de la mejora del 1,5 % de la retribución salarial de estos diez (10) oficiales de primera sobre el importe establecido en el convenio. Pues esos 10 trabajadores

son los únicos trabajadores adscritos directamente al contrato a los que se aplica el Convenio del Metal, siendo el resto de personas (1 Coordinador, 1 Técnico responsable, 1 Técnico de PRL, 1 auxiliar Administrativo y 1 Jefe de equipo), personal indirecto al que no cabe aplicar el indicado convenio.

En su escrito de alegaciones INGESAN sostiene que en el estricto cumplimiento de la Resolución 125/2017, de 19 de abril de este Tribunal, solo procedía revisar única y exclusivamente su oferta. Sostiene que no habiendo discutido Ferrovial en el anterior recurso la valoración que inicialmente se hizo de su oferta, no resulta procedente que ahora solicite su revisión sin que ninguna circunstancia haya cambiado, por lo que en virtud del principio de los actos propios y del de seguridad jurídica, no cabe ahora plantear su revisión. Añade que reconocido y aceptado el error por la recurrente, cualquier actuación posterior tendente a elegir entre una de las dos opciones supondría una modificación de la oferta no permitida, como ha reconocido este Tribunal en numerosas ocasiones y cita la Resolución nº203/2015, de 2, de diciembre y la nº 402/2016, de 20 de mayo, sin que, por otra parte, exista una obligación incondicional para el Ayuntamiento de solicitar aclaraciones a los licitadores.

Por lo tanto el examen de la cuestión exige una vez ya resuelto el tema en la Resolución 125/2017, de la que trae causa el presente recurso, la comprobación de que en ambas ofertas se dan las mismas circunstancias que obligarían a adoptar idéntica resolución.

Como ya señalábamos en la indicada Resolución, los pliegos no impugnados constituyen la ley del contrato tanto para el órgano de contratación, como para las licitadoras que los aceptan con la mera presentación de ofertas. Como también indicábamos en aquélla resulta indiferente si la opción manifestada en cada caso en las ofertas de los licitadores ha sido la a), es decir que se aplicará la mejora a toda la plantilla o la b), a un número determinado de trabajadores de la misma, ya que el requisito para la valoración en ambos casos y la asignación

proporcional de puntos conforme al criterio establecido en el apartado 20 del Anexo I del PCAP es que *“deberá presentar un compromiso indicando los datos de los trabajadores a los que mejorará la retribución salarial, su categoría profesional y la cuantía de la mejora”*.

Por último también señalábamos que el órgano de contratación pudo requerir al recurrente la aclaración de su oferta con el límite de la modificación de la oferta y de la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 10 de la Directiva 2004/17, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. Todo ello en virtud del principio antiformalista que debe regir la licitación, de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se excluya o deje de valorar en el procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos o imprecisiones en la misma, estos sean subsanables o susceptibles de aclaración.

En este caso la recurrente ha cumplimentado el modelo facilitado por el órgano de contratación en el Anexo II del PCAP, ajustándose a su contenido, en cuanto a los criterios objetivos, marcando ambas opciones posibles, a saber, aumentar el salario de todos los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, y que 10 trabajadores con categoría oficial 1ª del total de la plantilla mejorarán su retribución salarial en un 1,5% o más respecto del convenio colectivo de aplicación dentro de los dos primeros meses de ejecución del contrato. Si bien ambas opciones podrían parecer contradictorias lo cierto es que en la justificación de la viabilidad de su oferta señala que se han tenido en cuenta los siguientes costes: *“se ha valorado el coste de incrementar el salario de los oficiales un 1,5% sobre el importe establecido en el convenio para la categoría de oficial 1ª para el 2017 en el apartado mejoras”*, desglosando a continuación dicho coste. En dicho desglose constan 10 oficiales de 1ª, un coordinador, un técnico responsable, un técnico PRL un auxiliar administrativo y un jefe de equipo.

Por lo tanto al igual que en el caso de OHL puede tenerse por cierto que la oferta de la recurrente comprendía la mejora salarial de los 10 trabajadores afectados por el convenio del metal, que coinciden con la totalidad de la plantilla propuesta a la que es de aplicación el mismo, de ahí posiblemente que se hayan rellenado las dos opciones de mejora que en este caso coinciden. Si bien a diferencia del caso anterior no es necesario solicitar la aclaración de la oferta en tanto en cuanto la misma puede integrarse por el órgano de contratación considerando el contenido de la justificación de la viabilidad de la oferta.

Ahora bien, es cierto que la recurrente no aporta declaración responsable ulterior concretando la identidad, categoría profesional y cuantía del aumento, como exige el apartado 22.2 del Anexo I PCAP, (aunque la categoría consta en la justificación de la viabilidad) pero no lo es menos que ni la identificación, ni la categoría profesional del personal son valorables, por lo que la falta de indicación de tales elementos constituye una formalidad que podrá tener su incidencia en el control de la ejecución del contrato pero que no afecta a la valoración de los criterios objetivos de adjudicación, como también señalábamos en la resolución 125/2017.

Se dan por tanto las mismas circunstancias, esto es que la falta de aportación de la declaración responsable no impide tener por cierta la mejora propuesta y su alcance a efectos de su valoración, lo que exige de acuerdo con el principio de igualdad, la aplicación de la misma solución.

En este sentido resulta de aplicación la doctrina del TJUE expuesta en los considerandos 29 a 31 de la Sentencia de 11 de Mayo de 2017, C-131/16.

*“29 Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante,*

*que se respeten una serie de requisitos [véanse, en este sentido, en el contexto de los procedimientos de licitación restringida sujetos a la Directiva (CE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 35 a 45 —por lo que respecta a la fase de evaluación de las ofertas-, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 30 a 39 - por lo que respecta a la fase de preselección de los licitadores-].*

*30 Ante todo, una petición de aclaración de una oferta, que no puede formularse hasta que la entidad adjudicadora haya tomado conocimiento de la totalidad de las ofertas, debe dirigirse, en principio, de manera equivalente a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación y debe referirse a todos los puntos de la oferta que requieran una aclaración (véanse las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 42 a 44, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-36/12, EU:C:2013:647, apartados 34 y 35).*

*31 Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40, y de 10 octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36).”*

Por lo tanto debe estimarse el recurso por este motivo.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 J.M.C., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A. contra el Decreto de fecha 10 de julio de 2017, del Concejal Presidente del Distrito Centro del Ayuntamiento de Madrid, por el que se adjudica el lote 1 del contrato “Servicios de mantenimiento integral en los equipamientos adscritos al distrito Centro (2017-2018)”, número de expediente: 300/2016/00940, retrotrayendo las actuaciones a fin de que, considerando ofertada la mejora controvertida, se proceda a su valoración.

**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 47.5 del TRLCSP.

**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 49 del TRLCSP.