

Recurso nº 269/2016

Resolución nº 264/2016

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

En Madrid, a 14 de diciembre de 2016.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.P.V., en nombre y representación de la empresa FAIN ASCENSORES, S.A., en adelante FAIN, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 20 de octubre de 2016, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del “Servicio de mantenimiento de los ascensores del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: 88/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### RESOLUCIÓN

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fechas 6 y 19 de agosto de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOCM y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 828.816,10 euros.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron 3 empresas, una de ellas la recurrente.

Con fecha 20 de octubre de 2016, la Mesa de contratación, tras la apertura de las proposiciones económicas, observa que la oferta presentada por la empresa Fain, no ha aportado la “*Relación valorada de los materiales por encima de 1000 € necesarios para la reparación de los aparatos elevadores durante la vigencia del presente contrato más frecuentes*”, tal como se solicita en el Apartado 7 “*Aportación de documentos*” del Pliego de Prescripciones Técnicas. Por lo tanto, “*la Mesa de Contratación, decide excluir del procedimiento a la empresa FAIN ASCENSORES, S.A.*”

El Acuerdo de exclusión fue notificado a la recurrente con fecha 28 de octubre de 2016.

**Tercero.-** El día 21 de noviembre de 2016, previa presentación del anuncio preceptivo, por la representación de Fain, se presentó recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación, que lo remitió al Tribunal junto con 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), donde tuvo entrada el 24 de noviembre de 2016.

En el recurso se solicita la anulación del Acuerdo de exclusión, puesto que consideran que la no inclusión de la relación valorada de los materiales por encima de 1.000 euros no puede ser motivo de exclusión ya que no viene así indicado en el Pliego de Prescripciones Técnicas y además que de la redacción dada al apartado 1.4 del PPT no se deduce que la relación de material del Anexo III es de obligada inclusión en la oferta para todos los licitadores. Además, respecto de los materiales de precio superior a 1.000 euros, se indica que será en todo caso necesario un presupuesto previo que ha de ser aprobado por la Subdirección de Ingeniería.

Finalmente añade que “*No se valora el anexo I, ni los precios que en el mismo puedan aparecer. Es evidente por tanto que a efecto de valoración de la oferta y adjudicación la inclusión del anexo I en la oferta no es relevante, puesto que incluso en el hipotético caso de que FAIN considerara dar un precio muy elevado a los elementos incluidos en el mismo, no variaría en nada la adjudicación, quedando a potestad del Hospital la posibilidad de no aceptar el presupuesto enviado y adjudicar dichos trabajos a otra empresa*”.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe preceptivo señala que “*el Hospital, de forma clara y con una redacción que no ofrece dudas, estableció en el apartado 7 del PPT, sobre “Aportación de Documentos” que los licitadores deberían aportar, entre otra documentación a presentar en el sobre de documentación técnica, una “Relación valorada de los materiales por encima de 1000 € necesarios para la reparación de los aparatos elevadores durante la vigencia del presente contrato más frecuentes, que se detallan en el anexo I, adjunto a este Pliego, a fin de que dicha relación sirva de base a la facturación de las mismas durante el periodo del contrato (se aportará en el sobre número 3 de la propuesta económica). El requerimiento de dicha documentación no es indiferente para el cumplimiento de los objetivos del hospital referidos a un óptimo aprovechamiento de los recursos públicos, ya que como se especifica en el apartado 7 del PPT, dicha relación servirá de base para la facturación de las posibles reparaciones durante el periodo de ejecución del contrato, ya que en dicho anexo I hay materiales para la reparación de los aparatos elevadores de frecuente rotación con valor por encima de 1000 € y se necesita conocer con carácter previo dicha valoración de cara a la posible facturación posterior de estos materiales*”.

**Cuarto.-** Con fecha 1 de diciembre de 2016, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación.

**Quinto.-** Por la Secretaría del Tribunal se concedió a los interesados trámite de alegaciones. Ha presentado escrito de alegaciones la empresa Thyssenkrupp

Elevadores, S.L.U., que manifiesta, en síntesis, que la exclusión ha sido correcta puesto se ha producido una vulneración de los Pliegos que genera un falta de certeza económica motivadora de la exclusión.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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.-** Fain 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), ya que ha sido excluida del procedimiento y la estimación del recurso supondría su inclusión y la posibilidad de ser adjudicataria del contrato.

No tiene relevancia, en este caso, a los efectos de la posible estimación del recurso que la posición de la recurrente en la clasificación vaya a ser el segundo lugar, puesto que lo que solicita es su admisión en el procedimiento y con ella podría, hipotéticamente, ser adjudicataria si la clasificada en primer lugar no cumple los requisitos necesarios y por otro lado, su admisión le permitiría interponer recurso especial contra la adjudicación del contrato, si lo considerase oportuno.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto del recurso, el mismo se dirige contra el Acuerdo de exclusión 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.b) del TRLCSP.

**Cuarto.-** En cuanto al plazo de interposición cabe señalar que la notificación de la exclusión tuvo lugar el 28 de octubre de 2016, por lo que el recurso interpuesto el día 21 de noviembre está en plazo. Cabe señalar que la circunstancia de haber conocido en acto público la exclusión, existiendo una notificación posterior, no es determinante para el comienzo del plazo de interposición. Debe considerarse la fecha recepción de ésta última.

**Quinto.-** El recurso pretende la anulación del Acuerdo de exclusión y la aceptación de la oferta de Fain.

El motivo de la exclusión, como ya se ha indicado, estriba en la ausencia en la proposición de la recurrente, de una “*Relación valorada de los materiales por encima de 1000 € necesarios para la reparación de los aparatos elevadores durante la vigencia del presente contrato más frecuentes, que se detallan en el anexo I, adjunto a este Pliego, a fin de que dicha relación sirva de base a la facturación de las mismas durante el periodo del contrato (se aportará en el sobre nº 3 de la propuesta económica)*”. Esta exigencia viene establecida en el apartado 7 del PPT, Aportación de documentos.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones, debemos recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, “*las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna*”. De igual modo en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer

que “*el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes*”.

En primer lugar debe resaltarse que los criterios de adjudicación del contrato vienen establecidos en el apartado 8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) estableciéndose los siguientes:

1. Precio, con su correspondiente fórmula de ponderación y añadiendo “*el criterio “precio”, será tomado en consideración a efectos de apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas, temerarias o anormalmente baja*”. Hasta 70 puntos.
2. Calidad de los servicios ofertados. Hasta 20 puntos.
3. Tiempo máximo de respuesta. Hasta 10 puntos.

Por tanto, ha de concluirse que en la valoración del precio, no se tienen en consideración los precios de las actividades ni de los materiales. La proposición económica consistirá exclusivamente en un precio global por la totalidad de las actividades objeto del contrato.

En cuanto a los trabajos objeto del contrato, el apartado 1 del PPT establece:

“*Están incluidos dentro del presente contrato los cuadros eléctricos que alimentan los aparatos elevadores y el alumbrado de estos y del hueco de los ascensores. Todos los recambios deberán de ser originales. En su defecto, el material sustitutivo debe ser de idénticas características y funcionalidades, con la garantía de 2 años, según la legislación vigente.*

*El contratista deberá disponer del stock de materiales necesarios en su almacén para no retrasar la resolución de averías que requieren la reposición de los mismos. Se adjunta una relación en el Anexo III de materiales susceptibles de tener*

*en stock y se solicita una valoración (precios máximos) de los mismos, que los licitadores deberán de presentar en el sobre nº 3, que estará en vigor durante la duración del contrato, y aquellos que superen los precios máximos serán excluidos de la licitación.*

*Quedan incluidos en todos los trabajos objeto del presente contrato la mano de obra de técnicos especializados necesaria para la ejecución de todos los trabajos realizados en los centros, así como todos los gastos de desplazamiento. También están incluidas las intervenciones por averías originadas por terceros, por uso inadecuado, o los desplazamientos por avisos erróneos.*

*Quedan incluidos todos los materiales que de forma individual sean inferiores a 1000 € sin IVA, para la subsanación y/o corrección de los defectos y/o reparaciones que aparezcan durante la ejecución del presente contrato.*

*Los materiales necesarios para la corrección de defectos en los aparatos elevadores que superen los 1000 € sin IV A, deberán detallarse en un presupuesto que será presentado a la Subdirección de Ingeniería para su posterior aprobación.*

*La prestación del servicio se realizará de acuerdo con los requerimientos y condiciones estipuladas en este Pliego, así como en el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de los que se derivarán los derechos y obligaciones de las partes contratantes, teniendo ambos carácter contractual".*

De la redacción anterior se desprende lo siguiente:

En primer lugar, que hay unos determinados materiales obligatorios que deben tenerse en stock. Anexo III.

En segundo lugar, que están incluidos en el contrato todos aquellos materiales que tengan un importe inferior a 1.000 euros.

En tercer lugar, ha de presentarse una relación valorada de materiales para realizar las reparaciones del Anexo I, cuyo precio sea superior a 1000 euros.

La primera contradicción que se observa es que si esos materiales (precio inferior a 1.000 euros) están incluidos en el precio del contrato, que como hemos visto es un precio global, no tiene sentido añadir “*Se adjunta una relación en el Anexo III de materiales susceptibles de tener en stock y se solicita una valoración (precios máximos) de los mismos, que los licitadores deberán de presentar en el sobre nº 3, que estará en vigor durante la duración del contrato, y aquellos que superen los precios máximos serán excluidos de la licitación*”.

Como se ha señalado anteriormente, no existe un precio de licitación de los materiales valorable como criterio de adjudicación, a pesar de que al anexo III, que incluye un listado con los precios de los materiales, vuelve a señalar que “*Los precios de licitación de estos deberán ser como máximo la valoración económica que se oferta, siendo excluidos del proceso aquellos licitantes que superen dichas valoraciones*”.

Igualmente, si analizamos el anexo I, incluye una serie de reparaciones más frecuentes con su correspondiente valoración. Lo que ocurre es que los precios de las distintas actividades no son objeto de valoración.

Por último, respecto de los materiales de precio superior a 1.000 euros, que parece no estarían incluidos en el precio del contrato, el PPT dice dos cosas distintas: “*Los materiales necesarios para la corrección de defectos en los aparatos elevadores que superen los 1000 € sin IVA deberán detallarse en un presupuesto que será presentado a la Subdirección de Ingeniería para su posterior aprobación*”, en el apartado 1, párrafo sexto. En el apartado 4.3: “*PRESUPUESTO. Antes de comenzar a reparar cualquier aparato cuyo coste de material sea superior a los*

1000 euros, se facilitará a la Subdirección de Ingeniería presupuesto previo para su aprobación, en el que se incluirá plazo de ejecución, antes de 48 horas”.

Y otra cosa distinta, en el apartado 7, “*Relación valorada de los materiales por encima de 1000 € necesarios para la reparación de los aparatos elevadores durante la vigencia del presente contrato más frecuentes, que se detallan en el anexo I, adjunto a este Pliego, a fin de que dicha relación sirva de base a la facturación de las mismas durante el periodo del contrato (se aportará en el sobre nº 3 de la propuesta económica).*”

Si la relación valorada de los materiales del anexo I va a servir de base a la facturación, no aparece debidamente explicada la razón de la presentación de un presupuesto individual para someterlo a la aprobación de la Subdirección de Ingeniería del Hospital, en el bien entendido de que nos referimos únicamente al precio del material objeto de la actuación.

Por otro lado, si no se valora la posible baja en los precios de las actividades de reparación, ni en los materiales, carece de sentido pedir una relación valorada de los mismos, que será necesariamente la misma que ha incluido el órgano de contratación, puesto que la baja no puntuá en ningún caso.

De todo ello debemos concluir que existe cierta confusión en los Pliegos, pues mientras se valora como criterio de adjudicación un precio global, se incluyen una serie de precios unitarios que se supone deben licitarse a la baja, sin tener posibilidad de obtener puntuación, por lo que a la postre son precios fijos que el licitador debe aceptar.

Examinadas las ofertas económicas de las tres licitadoras, el Tribunal comprueba que las ofertas de las dos empresas admitidas, reproducen los anexos I y III del PPT, sin modificación alguna, además de incluir la proposición económica global que hemos indicado.

La proposición de Fain, además de la oferta económica global requerida, reproduce el anexo III, faltándole únicamente la referencia a las actividades y precios del anexo I, anexo que como indica la recurrente y hemos analizado es de obligado cumplimiento, en cuanto a su contenido y a los precios. Por otro lado, llama la atención que en dicho anexo solo hay un precio superior a 1.000 euros.

En consecuencia, debe entenderse, como sostiene la Resolución 166/2013, de 8 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que *“si las dudas de interpretación en los pliegos no es posible solventarlas de acuerdo con las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, debe acudirse al Código Civil, cuyo artículo 1.288 dispone que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”. Cuando, como es el caso, los términos de los pliegos no son claros, plantean dudas sobre su intención y no hay una única interpretación lógica de los mismos aun estando a su sentido literal, la oscuridad o ambigüedad en las cláusulas del pliego, “en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado, esto es, el órgano de contratación”.*

En este caso, la oscuridad de los Pliegos, no pueden perjudicar a los licitadores y además ha de tenerse presente que la omisión de la documentación motivadora de la exclusión, no supone la invalidez de la oferta que puede ser valorada correctamente y se mantendría inalterable de haber incluido el listado exigido. Por ello procede estimar el recurso, anulando la exclusión y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la misma, debiendo admitirse la proposición de la recurrente.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP 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 don M.P.V., en nombre y representación de la empresa FAIN ASCENSORES, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 20 de octubre de 2016, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del “Servicio de mantenimiento de los ascensores del Hospital General Universitario Gregorio Marañón”, número de expediente: 88/2016, retrotrayendo el procedimiento al momento oportuno para que pueda completar su oferta.

**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.-** Levantar la suspensión acordada por el Tribunal

**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 49 del TRLCSP.