

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

En Madrid, a 29 de septiembre de 2022.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Fulton Servicios Integrales, S.A. y Sacyr Facilities, S.A.U., contra el Decreto de adjudicación del contrato de “Servicios de Mantenimiento Integral y Asistencia a Eventos en el Edificio e Instalaciones del Palacio de Cibeles adscrito al Área de Gobierno de Cultura, Turismo y Deporte” del Ayuntamiento de Madrid, Expte N° 300/2021/00207, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 29 de octubre de 2021, en el DOUE y en el Perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación y se publicaron los pliegos del contrato de referencia mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación, sin lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 1.494.022,57 euros y su plazo de duración será de 20 meses.

A la presente licitación se presentaron doce licitadores, entre ellos, los dos recurrentes.

Segundo.- Antecedentes:

Durante el plazo de presentación de ofertas se presentaron consultas por parte de los interesados en relación a los pliegos, transcribiéndose la que a efectos de resolución del recurso de uno de los licitadores interesa, en el Fundamento Jurídico Sexto de esta resolución.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas, por la Mesa de contratación en sesiones de 23 y 30 de noviembre de 2021, se procedió, respectivamente, a la apertura y calificación de documentación administrativa de los 12 licitadores presentados, resultando admitidos todos ellos; y a la apertura del archivo que contiene la documentación relativa a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor.

Valorados estos criterios, en fecha 1 de febrero de 2022, en sesión celebrada por el mismo órgano, se procedió al otorgamiento de puntuaciones correspondientes a la valoración de los criterios de juicio de valor y a la apertura del archivo que contiene la documentación relativa a criterios evaluables mediante cifras o porcentajes.

Apreciados valores anormales inicialmente anormales o desproporcionadas y tramitado el procedimiento previsto por el artículo 149 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), por el órgano de asistencia, en sesión celebrada el 23 de mayo de 2022, se acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de 4 licitadores y la adjudicación del contrato a Ferrovial Servicios, S.A.U.

Por el órgano de contratación se dicta Decreto de fecha 26 de julio de 2022, por el que se adjudica el referido contrato a la mercantil Serveo Servicios, S.A.U. (anteriormente denominada Ferroviaal Servicios, S.A.U.).

Tercero.- El 25 de agosto de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Fulton Servicios Integrales, S.A. (en adelante FULTON), contra el Decreto por el que se adjudica el contrato en el que se solicita la revocación del mismo por resultar improcedente la puntuación otorgada a su oferta en relación a los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes números 2 y 3, acordándose en función de las nuevas puntuaciones la adjudicación en su favor. Se solicita en su escrito la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso.

El 29 de agosto de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Sacyr Facilities, S.A.U., (en adelante SACYR), contra el mismo Decreto en el que se solicita se acuerde la nulidad de la adjudicación, se ordene retrotraer las actuaciones al momento de otorgamiento de puntuaciones de los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes al objeto de modificar la puntuación del recurrente en relación al criterio 4 y se acuerde la adjudicación del contrato en su favor, por resultar la oferta más ventajosa. Se solicita, al igual que en el recurso de FULTON, la suspensión del procedimiento de licitación.

En fechas 2 y 6 de septiembre de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y los informes a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, solicitando la inadmisión del recurso interpuesto por FULTON por considerarlo extemporáneo dado que el objeto del recurso es en realidad una previsión de los pliegos y, subsidiariamente para el caso de que el Tribunal estimara que no procede la inadmisión, su desestimación por entender ajustada a Derecho la valoración de la Mesa. En el caso del recurso interpuesto por SACYR, el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso por entender que la valoración efectuada por la Mesa de contratación resulta igualmente conforme a Derecho.

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 sus informes 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. En el plazo otorgado a tal fin, se han presentado escritos por parte de Serveo Servicios, S.A.U. (en adelante SERVEO), solicitando la desestimación de ambos recursos y la imposición de una multa a FULTON por temeridad y mala fe en su interposición.

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.- Los recursos han sido interpuestos por personas legitimadas para ello, al tratarse de personas jurídicas clasificadas en tercer y cuarto 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”*, en virtud de lo establecido por el artículo 48 de la LCSP, pues, en caso de estimarse las pretensiones de FULTON este licitador resultaría clasificado en primer lugar en el orden de clasificación de ofertas y en el caso de estimarse las pretensiones

de SACYR y desestimarse las de FULTON, SACYR sería el que obtendría el primer puesto en la citada clasificación.

Asimismo se acredita la representación de cada una de las firmantes de los Recursos.

Tercero.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues la resolución impugnada fue adoptada el 26 de julio 2022, notificada al adjudicatario y resto de licitadores y publicado en el Perfil del Contratante el 8 de agosto de 2022, habiendo sido interpuesto el recurso de FULTON el día 25 de agosto de 2022, y el de SACYR el 29 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Los recursos se interpusieron 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.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Igualmente, el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Vistos los escritos de los recursos antes mencionados se trata del mismo expediente de contratación, mismo órgano y mismo acto impugnado, apreciándose

identidad en su fundamentación, pues en ambos casos, aunque referidos a criterios de adjudicación diferentes, se cuestiona la valoración efectuada por la Mesa de contratación de los criterios evaluables mediante aplicación de fórmula, en relación a la interpretación que, de los pliegos, hace la Mesa. Asimismo, la resolución que pueda dictarse en uno de ellos afectaría al otro, por lo que procede acordar la acumulación de la tramitación de los dos recursos para resolverlos por medio de una sola resolución.

Sexto.- Entrando ya en el fondo de ambos recursos, los mismos se centran en la incorrecta valoración de determinados criterios de adjudicación evaluables de forma automática, pues entienden ambos recurrentes que, en aplicación de lo establecido en los pliegos y, en el caso de SACYR en virtud además de la respuesta otorgada por el órgano de contratación a una consulta formulada en plazo de presentación de ofertas, no deberían haber recibido 0 puntos en la valoración otorgada por la Mesa de contratación en relación a lo ofertado por cada uno de ellos en los respectivos criterios, entendiendo en ambos supuestos que existe falta de claridad en los pliegos.

Dado que los efectos de la resolución del recurso de FULTON alcanzarían a la posición que obtendría SACYR en la clasificación aun en el caso de estimarse sus pretensiones, comenzaremos por el examen del recurso interpuesto por FULTON.

1.- Entiende FULTON que se ha llevado a cabo una valoración de las ofertas que vulnera el contenido de los pliegos en relación a los criterios de adjudicación números 2 y 3 relativos a los compromisos de implementación de las certificaciones Well y Passivhaus, pues se ha otorgado 0 puntos en cada uno de los apartados a aquellos licitadores que, habiendo presentado el compromiso de implementación de ambas certificaciones no han aportado el presupuesto orientativo de la implementación, cuando, a su juicio, de una interpretación literal y teleológica de los pliegos, no puede concluirse que el presupuesto orientativo debiera aportarse junto con el estudio. Para apoyar su argumento, señala que el modelo del Anexo II del PCAP no indica la necesidad de acompañar ese presupuesto orientativo, ni la opción de aportarlo o no, por lo que la literalidad del pliego obligaría a otorgar 15 puntos a todos

los licitadores que aportaron los compromisos, con independencia de que hubieran o no acompañado el presupuesto orientativo para la implantación de los referidos servicios. Alega que no ha podido comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que la Mesa evalúa las ofertas, invocando resoluciones del TACRC y del TACPA para defender que pueden impugnarse las condiciones de los pliegos hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra el acto de adjudicación del contrato. Entiende que para el caso en que la interpretación del pliego no resulte clara, debería haberse solicitado la subsanación a los licitadores que no hubieran aportado el presupuesto orientativo junto con su compromiso de implementación de cada certificación, lo cual no supondría una modulación de la oferta ni una ventaja competitiva para ninguna de las licitadoras, por cuanto no es valorable.

El órgano de contratación considera que lo que está haciendo FULTON es impugnar de forma extemporánea los pliegos, en concreto, la redacción del apartado 19 del Anexo I del PCAP y el modelo de oferta contenido en el Anexo II, que a juicio de la recurrente es una cláusula oscura. Entiende que el recurso solo sería admisible si se apreciase que el contenido del apartado 19 del Anexo I es oscuro e incomprensible para un licitador informado y diligente. Sostiene que el pliego es claro, que no ofrece dudas y que la interpretación que ha hecho el recurrente de lo establecido en los pliegos no responde ni a la literalidad de los mismos, ni a la finalidad de la previsión de dicha cláusula y obligación de presentación. Añade por último que el hecho de que ocho licitadores presentaran el presupuesto orientativo junto con los compromisos y que el recurrente sea el único que ha manifestado la disconformidad con la valoración y la ha recurrido, no permite entender que haya existido oscuridad en la redacción del pliego, careciendo de todo sentido que el recurrente pudiera interpretar que la presentación del presupuesto orientativo fuera exigible en fase de ejecución, pues en esa fase el contratista ya dispone de toda la información concreta y completa para elaborar un presupuesto exhaustivo y no meramente orientativo.

El adjudicatario entiende que FULTON aceptó íntegramente el contenido de los pliegos, no habiendo solicitado ninguna aclaración al órgano de contratación al respecto de la cláusula que considera oscura y que lo que quiere ahora es que se

incumplan los pliegos al objeto de obtener puntuación, interpretando a su antojo lo establecido en ellos, por lo que entiende que su recurso adolece de mala fe y temeridad ya que se está impugnando una adjudicación sin base alguna que lo sustente.

Vistas las alegaciones de las partes y el fondo del recurso, este Tribunal entiende que no procede, como solicita el órgano de contratación, inadmitir el recurso planteado contra la adjudicación por entender que lo que se está haciendo es una impugnación extemporánea de los pliegos, por cuanto que lo que se impugna es la valoración efectuada por la Mesa de la oferta presentada por el licitador, aplicando los criterios previstos por los pliegos y es en esa aplicación en la que el recurrente considera que se están interpretando los pliegos de forma errónea, aplicando mal las fórmulas previstas por el PCAP, por lo que no se aprecia una impugnación indirecta de los pliegos.

Basándose la disconformidad de FULTON con la puntuación que ha recibido, por discrepancia con el órgano de contratación y con la Mesa en la aplicación de lo establecido en el apartado 19 del Anexo I y del modelo de oferta del Anexo II, procede transcribir lo recogido en los pliegos en relación a los criterios de adjudicación valorables en cifras o porcentajes números 2 y 3.

Para el criterio 2 *“Estudio de la implementación de la certificación Well”*, el apartado 19 del Anexo I dispone que se valorará con 15 puntos a las empresas licitadoras que se comprometan a realizar un estudio de verificación realizado por un profesional acreditado denominado Performance Testing Agent (PTA), según el WELL Performance Verification Guidebook, sobre los requisitos que se deberían cumplir para obtener el sello de sostenibilidad con certificación Well para los distintos tipos de categorías, adaptado al edificio, con la toma de muestras que se consideren necesarias, junto a un presupuesto orientativo, pero suficientemente detallado, y 0 puntos al resto.

Para el criterio 3, *“Estudio de la implementación de la certificación Passivhaus”*,

se dispone que se valorará con 15 puntos a las empresas licitadoras que se comprometan a realizar un estudio por un técnico Passivhaus Designer, sobre los requisitos que se deberían cumplir para obtener el sello de sostenibilidad con certificación Passivhaus para los distintos tipos de categorías, adaptado al edificio, con la toma de muestras que se consideren necesarias, siendo al menos las que se enumeran en ese apartado, y tras un punto y aparte, se indica *“Junto a un presupuesto orientativo, pero suficientemente detallado y 0 puntos al resto”*.

Por su parte, el modelo de oferta del Anexo II recoge, para los criterios 2 y 3 la opción de marcar la oferta del compromiso de la siguiente manera:

2. Compromiso de realizar un estudio de la implantación de la certificación Well: SÍ/NO
3. Compromiso de realizar un estudio de la implantación de la certificación Passivhaus: SÍ/NO.

Lo cierto para este Tribunal es que de la redacción de los criterios de adjudicación sobre los que versa la controversia se interpreta literalmente que el compromiso hace referencia a la realización de un estudio de la implantación de ambas certificaciones junto con un presupuesto orientativo. Por otro lado, ni la Cláusula 27 del PCAP determina que, dentro del sobre de criterios valorables en cifras o porcentajes, habrá de incluirse dicho presupuesto orientativo, ni el modelo previsto por el Anexo II otorga la opción de presentarlo. Considerar que la presentación de dicho presupuesto es necesaria, cuando el pliego se limita a valorar la aportación o no del compromiso de acuerdo con el modelo de oferta, podría suponer además un cambio en la naturaleza del criterio, que en el pliego se configura como evaluable mediante cifras o porcentajes.

Debe recordarse que 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. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, *“Las proposiciones de los*

interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (...)". Es por ello que el pliego constituye lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación; es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad.

En consecuencia con lo anterior, debe otorgarse puntuación a FULTON en la valoración de los criterios objeto de impugnación 2 y 3, pues se ha aportado el modelo de oferta adquiriendo los compromisos que en dicho modelo figuran, tratándose el presupuesto orientativo de un documento cuya presentación no era obligatoria en fase de licitación.

A la vista de lo anterior, este Tribunal no aprecia mala fe ni temeridad en la interposición del recurso por parte de FULTON, como solicita el adjudicatario para la imposición de multa al recurrente.

2.- Entrando en el análisis del segundo recurso, interpuesto por SACYR, el motivo de impugnación se centra igualmente en la incorrecta valoración de los criterios de evaluación automática, en este caso el nº 4 relativo a las inversiones para acciones de mejora energética y sostenibilidad ofertadas por el recurrente que, a su juicio, debería haber recibido 15 puntos, con los que resultaría adjudicataria del contrato, y no los 0 puntos que le otorgó la Mesa.

Entiende el recurrente que la redacción de los apartados 19.4 y 20 del Anexo I al PCAP era contradictoria, por lo que se produjo confusión en los licitadores. Y que, a la vista de la respuesta a la consulta efectuada por un licitador durante el plazo de presentación de ofertas, la aclaración del órgano de contratación no ofrecía dudas en relación a que el importe ofertado en relación a la inversión prevista por el criterio 4 debía excluir el IVA; aclaración a la que se dio publicidad en el Perfil, por lo que,

entiende SACYR, tiene carácter vinculante en virtud del artículo 138.3 de la LCSP, de modo que su oferta en este criterio debió recibir 15 puntos y no los 0 puntos que le fueron otorgados.

Por otro lado, señala que la Mesa debió solicitar subsanación de la oferta, pues de su contenido podía conocerse a ciencia cierta la intención del licitador, ya que en la misma se advirtió que la cantidad ofertada para esa inversión no contenía el IVA por mor de la aclaración realizada y publicada por el órgano de contratación, de tal manera que se permitía la correcta determinación de los términos del parámetro en cuestión.

Aprecia en virtud de lo anterior un trato desigual de los licitadores y una arbitrariedad en la valoración de las ofertas, lo cual supone una violación del principio de confianza legítima en la actuación de la Administración.

Por su parte, el órgano de contratación recalca en su informe que la duda del licitador ACIERTA planteada en la consulta estaba clara y literalmente resuelta en los pliegos, los cuales no fueron objeto de impugnación; que la respuesta a la consulta fue que en todos los apartados que la consultante indicaba se entendería el importe sin IVA, y que ACIERTA presentó su oferta ajustándose a la previsión recogida literalmente en los pliegos, habiendo sido valorada en este apartado con los 15 puntos.

Manifiesta asimismo que los pliegos no contemplaban que las consultas tuvieran carácter vinculante y que acoger lo solicitado por el recurrente supondría contravenir los pliegos, alterando los criterios de adjudicación previstos en ellos, no siendo más que una interpretación que ha dado el recurrente a la respuesta a la consulta planteada, pues ni siquiera la autora de la misma interpretó la respuesta del órgano de contratación de la forma que lo hace SACYR.

Y señala que el recurrente ofertó la cantidad de 30.000 euros en este apartado modificando el Anexo II al PCAP para sustituir la expresión “IVA incluido” por la de “IVA excluido”, haciendo que la oferta así formulada no se ajustara al criterio de

valoración, por lo que, aplicando lo dispuesto en el apartado 19 del Anexo I, se le otorgaron 0 puntos.

Por último y en relación a la posibilidad de subsanación apuntada por el recurrente, entiende que el criterio antiformalista en la subsanación de los requisitos previos para contratar no se hace extensivo al contenido de la oferta, pues la salvaguarda de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación no abre la posibilidad de subsanación en los términos solicitados por el recurrente, una vez desveladas las proposiciones de todos los licitadores.

En último término, el adjudicatario alega que la confusión a la que alude el recurrente no fue compartida por el resto de licitadores, pues de 12 ofertas admitidas a la licitación, solo 2 recibieron 0 puntos en este apartado; que de la aclaración ofrecida por el órgano de contratación no podía desprenderse una modificación del pliego y que la razón por la que SACYR no obtuvo puntuación por este criterio es la comisión de un error al cumplimentar su oferta, pues la misma no se ajustaba a los importes y tramos a valorar que figuraban expresamente en el modelo de oferta de inversión previsto por el Anexo II y en la cláusula 27 del PCAP, motivo por el cual podría incluso haber sido desechada por la Mesa. Entiende, por otro lado y al igual que lo hace el órgano de contratación, que para que las aclaraciones sean vinculantes, así debe preverse en los pliegos.

A la vista de las alegaciones de las partes y, a efectos de resolución de la cuestión controvertida, se transcriben a continuación tanto los apartados del Anexo I del PCAP que generaron cierta confusión durante el plazo de presentación de ofertas, como la consulta efectuada por uno de los licitadores al respecto.

Y así, el apartado 19 del Anexo I al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, recogía entre los criterios valorables en cifras o porcentajes, el punto 4 relativo a *“Inversión para acciones de mejora energética y sostenibilidad”*, con una valoración hasta 15 puntos, de acuerdo con la siguiente redacción:

“Se valorará con, hasta 15 puntos, el importe a asumir por los licitadores para la implementación de equipos, piezas y otros componentes de las instalaciones o del edificio objeto del mantenimiento, que permitan desarrollar las siguientes acciones:

- a) Mejora de la envolvente térmica: aislamiento térmico, carpinterías y acristalamientos, instalación de dispositivos bioclimáticos y de sombreado.*
- b) Mejora de las cubiertas para la mejora de la eficiencia energética del edificio.*
- c) Instalación de cortavientos.*
- d) Instalación de sistemas de climatización, ACS y ventilación.*
- e) Instalación de equipos de energías renovables como la energía solar, aerotermia o biomasa.*
- f) Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones comunes de iluminación o climatización.*
- g) Mejora de la instalación de fontanería para ahorro de agua o redes de saneamiento separativas.*
- h) Mejoras de las condiciones de protección contra el ruido.*
- i) Reducción concentración de radón.*
- j) Instalaciones de recogida y separación de los residuos.*
- k) Mejorar la permeabilidad del suelo.*

El importe a asumir por los licitadores se aplicará únicamente al suministro y montaje de elementos que permitan desarrollar las acciones indicadas, en las instalaciones recogidas en el Anexo I PPT, sin coste para la administración, y que mejoren la eficiencia energética y la sostenibilidad del edificio.

Los costes económicos de las distintas acciones vinculadas a esta cantidad se valorarán de acuerdo con los cuadros de precios que figuran en la cláusula 9.3 del PPT.

La cantidad máxima ofertada será de 30.000 euros IVA incluido, valorándose como sigue:

- oferta de 30.000 euros 15 puntos.*
- oferta de 20.000 euros 7,5 puntos.*
- oferta de 10.000 euros 3,75 puntos.*

Se otorgarán 0 puntos a las ofertas de mejoras que no se ajusten a los importes y tramos valorados y a las condiciones indicadas y a las que oferten mejoras que representen tramos intermedios de las cuantías valoradas.

Tampoco serán objeto de valoración aquellas propuestas que establezcan algún tipo de condicionante para la ejecución del importe ofertado, toda vez que el uso de este será determinado por la Administración en función de las necesidades que se originen durante la ejecución del contrato”.

Por su parte, el apartado 20 del mismo Anexo I, bajo el epígrafe “Ofertas anormalmente bajas” estipula lo siguiente:

“Para la identificación de una baja anormal se considerará la oferta en su conjunto, esto es la baja en precio de la oferta de mantenimiento, más la oferta a la realización del resto de criterios.

Para la determinación de la baja total ofertada se sumará a la baja del precio del mantenimiento del criterio nº 1, las siguientes bajas ofertadas por el licitador en los siguientes criterios de adjudicación conforme al siguiente baremo:

<i>Criterios de adjudicación</i>	<i>Incremento %</i>
<i>2 Estudio de implantación del sello Well</i>	<i>Se le incrementará un 3 %</i>
<i>3 Estudio de implantación del sello Passivhaus</i>	<i>Se le incrementará un 3 %</i>
<i>4 Inversión para acciones de mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad:</i> <ul style="list-style-type: none"> <i>• Oferta de 30.000 euros sin IVA</i> <i>• Oferta de 20.000 euros sin IVA</i> <i>• Oferta de 10.000 euros sin IVA</i> 	<i>Se le incrementará un 2,14 %.</i> <i>Se le incrementará un 1,43 %</i> <i>Se le incrementará un 0,72 %</i>
<i>5 Incremento de la cantidad destinada al mantenimiento correctivo</i> <ul style="list-style-type: none"> <i>• Oferta de 1.200 euros</i> <i>• Oferta de 1.400 euros</i> <i>• Oferta de 1.600 euros</i> <i>• Oferta de 1.800 euros</i> <i>• Oferta de 2.000 euros</i> 	<i>Se le incrementará un 1,40 %.</i> <i>Se le incrementará un 1,55 %.</i> <i>Se le incrementará un 1,85 %.</i> <i>Se le incrementará un 1,70 %.</i> <i>Se le incrementará un 2,00 %.</i>

Parámetros objetivos que permiten identificar que una oferta se considera anormal

Se considerarán, en principio, anormalmente bajas, desproporcionadas o temerarias las ofertas que considerando la suma de las bajas anteriormente citadas se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior al presupuesto base en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

3. Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores al presupuesto base en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media.

4. Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores al presupuesto base en más de 5 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas consideradas las bajas indicadas en los criterios de adjudicación”.

En lo que se refiere a la consulta planteada por Acierta Asistencia, S.A. durante el plazo de presentación de ofertas, la misma no ha podido consultarse ni en la Plataforma, ni en el expediente remitido por el órgano de contratación, si bien esta ha sido reproducida tanto en el escrito de impugnación, como en el informe del órgano de contratación, en los mismos términos, de acuerdo con el siguiente literal:

“Buenos días, Las cifras para la inversión para acciones de mejora energética y sostenibilidad se indican en dos apartados que son con IVA incluido (en el anexo II y en el apartado 19.4 del anexo 1) pero en el apartado 20 del anexo I referente al cálculo de la baja se indica que es SIN IVA. ¿Podrían aclarar si los importes de esas mejoras llevan o no IVA? Gracias”.

A lo que el órgano de contratación respondió el 10 de noviembre de 2021:

“Buenos días:

El criterio 4 “Inversión para acciones de mejora energética y sostenibilidad” valorable hasta 15 puntos, dentro de los criterios valorables en cifras o porcentajes hace referencia a un incremento de 30.000 € sobre el importe variable fijado en el

contrato de 120.000 € durante la duración del contrato, sienta ambas cantidades sin IVA. Es por eso que en todos los apartados que usted indica se entenderá dicho importe sin IVA.

El criterio 5 “Incremento de la cantidad destinada al mantenimiento correctivo” valorable hasta 10 puntos, dentro de los criterios valorables en cifras o porcentajes, también hace referencia a los importes sin IVA, tal y como se indica en el apartado 9.3 del PPT”.

Sentado el escenario anterior, procede señalar en primer término que los pliegos, como ya se ha mencionado en el análisis de recurso interpuesto por FULTON, gozan de eficacia “*lex contractus*”, vinculando no solo a la Administración, sino también a los licitadores que, en la presentación de sus proposiciones, de conformidad con lo establecido por el artículo 139 de la LCSP, deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada del empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna.

A mayor abundamiento, en el caso que nos ocupa, los pliegos no han sido recurridos en tiempo y forma por los licitadores interesados; aunque como ya se ha señalado sí han sido objeto de consulta referida a la interpretación sistemática de lo establecido en los apartados 19 y 20 del Anexo I del PCAP anteriormente transcritos, pues tanto en el apartado 19 que establece los criterios de adjudicación, entre ellos el de la inversión objeto de controversia, como en el Anexo II que recogía el modelo de oferta de ese criterio, establecen la cantidad a ofertar en concepto de inversión para acciones de mejora energética y sostenibilidad con el IVA incluido; mientras que el apartado 20, dedicado a la regulación de las ofertas con valores incursos en presunción de anormalidad, recoge cantidades con el IVA excluido.

Examinados los pliegos por este Tribunal, y a efectos de dilucidar si concurre falta de claridad o contradicción en los mismos, la redacción del apartado 19.4 del Anexo I establece que la inversión para acciones de mejora energética y sostenibilidad se valorará hasta 15 puntos y que la cantidad máxima ofertada será de 30.000 euros,

IVA incluido, valorándose esta cantidad máxima con 15 puntos, la de 20.000 euros con 7,5 puntos, y la de 10.000 euros con 3,75 puntos. En consonancia con lo estipulado, el Anexo II que recoge el modelo de oferta de criterios valorables en cifras o porcentajes, dibuja un cuadro para ofertar al criterio 4, cuya valoración es objeto de impugnación, en el que debe marcarse la casilla de la cantidad ofertada (10.000 euros, 20.000 euros o 30.000 euros), con expresión del IVA incluido, de forma que rellenando el modelo de oferta facilitado por el PCAP y siguiendo la literalidad del apartado 19.4 del Anexo I, la oferta debía hacerse en cualquiera de las tres cantidades previstas, IVA incluido, al objeto de recibir puntuación. Asimismo, para el caso de que la oferta de mejora no se ajustase a los importes y tramos valorados y a las condiciones indicadas, o para aquellas ofertas que presentasen mejoras que representaran tramos intermedios de las cuantías valoradas, el pliego determinaba expresamente que se otorgarían 0 puntos.

En virtud de lo anterior, no se aprecia por este Tribunal falta de claridad en la forma en que debía ofertarse la mejora de inversión puesta en el foco del recurrente, pues solo cabía ofertarla en los tramos establecidos, en los que el IVA se encontraba incluido; y tampoco en la forma en la que esta iba a valorarse, pues solo iban a ser puntuables las cantidades previstas tanto en la redacción del criterio, como en el modelo de oferta, cantidades que expresaban el IVA incluido. De esta forma, carece de sentido que el recurrente afirme en su escrito de impugnación que queda claro que, conforme a pliegos, la cantidad a ofertar lo es sin IVA.

Ahora bien, lo que pudo generar confusión en los licitadores fue que en la regulación de la apreciación de las ofertas anormalmente bajas el Anexo I establece, que a efectos de determinación de la baja total ofertada se sumará a la baja del precio del mantenimiento del criterio nº 1 (oferta económica), las bajas ofertadas por el licitador en una serie de criterios de adjudicación, entre ellos el de la inversión para acciones de mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad, para el cual se dispone unos porcentajes de incremento en función de las cantidades ofertadas (30.000 euros, 20.000 euros y 10.000 euros), en este caso recogiendo el pliego que estas cantidades eran “*sin IVA*”. Pero como señala el órgano de contratación en su informe, esta

regulación se recoge en un apartado ad hoc para el cálculo de la baja, por lo que resulta claro que no puede afectar a otros aspectos, como el de la cantidad a aportar en el apartado de mejora. Y su previsión se debe a efectos de evitar distorsiones en la operación del cálculo de la baja temeraria, pues como establece el apartado 20 del Anexo I, para la identificación de una baja anormal se considera la oferta en su conjunto, esto es la baja en precio de la oferta de mantenimiento, más la oferta a la realización del resto de criterios, calculándose la baja en el precio de mantenimiento a partir del presupuesto de licitación y el importe fijo de mantenimiento, cantidades ambas sin IVA, siendo esta baja del precio de mantenimiento la que debe tenerse en cuenta para la determinación de la baja total, a la que se sumarían el resto de criterios previstos en el cuadro de cálculo de las bajas totales ofertadas. Por esta razón, a efectos del apartado 20 del Anexo I, que regula la apreciación de los valores anormales en la oferta en su conjunto, todos los conceptos se consideran sin IVA, estableciéndolo así los pliegos.

Descartada la falta de claridad en los pliegos, procede analizar si la confusión generada al recurrente en base a la consulta de otro licitador y la respuesta del órgano de contratación, podría implicar que se diera en la valoración de las ofertas una actuación contraria a lo previsto expresamente en los pliegos. Lo cierto es que la consulta efectuada por uno de los licitadores interesados en presentar oferta reproducía exactamente la duda que podría haberse generado en caso de interpretar que lo estipulado para el cálculo de la baja contradecía lo previsto para la forma en que debía ofertarse y valorarse el criterio de inversión nº 4, de forma que el licitador preguntaba expresamente si los importes de las inversiones de mejora energética y sostenibilidad llevaban o no el IVA, a la vista de que en el apartado 19.4 y en el Anexo II se expresan con IVA y en el apartado 20 sin IVA.

Llama la atención que el órgano de contratación, en vez de contestar a la consulta en el sentido del informe presentado en vía de recurso, que no considera aplicable lo estipulado para el cálculo de la baja temeraria a la forma en que debe ofertarse y valorarse conforme a pliegos la cantidad destinada a esas inversiones, responde a la misma afirmando que en todos los apartados indicados se entenderá

dicho importe sin IVA.

Aun considerando que esta aclaración hubiera podido generar mayor duda a los licitadores, lo cierto es que la confusión no fue compartida por todos ellos, pues de las 12 ofertas presentadas, 9 de ellas ofertaron para este criterio la cantidad máxima de 30.000 euros, IVA incluido, conforme a lo establecido en pliegos, incluido el autor de la consulta, ofertando los 3 licitadores restantes esa misma cantidad con el IVA excluido.

Por otro lado, el argumento del recurrente por el que pretende otorgar carácter vinculante a la aclaración realizada con publicidad por el órgano de contratación mediante su inserción en el Perfil, no es compartido por este Tribunal, pues aun considerando poco afortunada la respuesta que se dio a la consulta realizada, el artículo 138.3 de la LCSP solo otorga este carácter vinculante a las aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación cuando así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, estableciendo para este caso que deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación. Con independencia de que en el presente caso se publicara dicha consulta en el Perfil, cuestión que no ha podido constatarse del examen del expediente, el pliego no recogió su fuerza vinculante, ni en su cláusula 18 relativa a la publicidad en la que se dispone que *“los interesados en el procedimiento de licitación podrán solicitar información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria con la antelación fijada en el apartado 34 del Anexo I de este pliego”*, ni en el referido apartado que contempla únicamente un plazo de 10 días para solicitar información adicional sobre los pliegos.

Por otro lado, las aclaraciones a las consultas tienen el límite recogido en las resoluciones del TACRC n^{os} 64/2012, 35/2014, y 876/2014, entre otras, en las que se recoge que *“el ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos”*. También en este

sentido la Resolución nº 153/2020. Esto es, *“incluso las respuestas vinculantes no pueden ser un medio de modificación de los pliegos, contradiciéndolos. Pero si aun así se considerase posible esa posibilidad indirecta de alteración del pliego vía las respuestas de aclaración, mucho menos cabe darse si tales respuestas no son vinculantes”*.

En el caso que nos ocupa, las respuestas dadas en este procedimiento no son vinculantes, pues los pliegos de cláusulas administrativas particulares no lo indicaron así de forma expresa. Por tanto, la respuesta dada en este caso no tenía la virtualidad de modificar en ningún caso los pliegos como *“lex contractus”*.

La oferta de los licitadores para esta inversión debía presentarse conforme al modelo establecido en los pliegos y valorarse conforme a lo estipulado en ellos, sin que sea posible modificarlos vía respuesta a las aclaraciones de un licitador que, como ya se ha dicho, no tenía carácter vinculante.

Por último y en relación a la posibilidad de subsanación de la oferta a este criterio que apunta el recurrente, la jurisprudencia comunitaria se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12-y 6 de noviembre de 2014 – asunto C42/13-). Sin embargo, muestra una actitud más reservada cuando los defectos atañen a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T195/08-). En la Resolución 264/2019, de 25 de marzo del TACRC se afirma *“En efecto, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas dicha*

solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras)”.

Este criterio es asumido por este Tribunal, entre otras en nuestra Resolución 226/2017 de 4 de agosto de 2017, que dispone: *“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”.*

La oferta presentada por SACYR no requería de aclaración o subsanación, pues la misma modificaba el Anexo II del pliego en que las cantidades venían previstas para esta inversión incluyendo el IVA, expresando que la cantidad ofertada lo era IVA excluido. También era claro el pliego a la hora de regular la puntuación que debía otorgarse a las ofertas de mejoras que no se ajustasen a los importes, tramos y condiciones indicadas, o aquellas que establecieran algún condicionante para la ejecución del importe ofertado, las cuales recibirían 0 puntos. De forma que la valoración de la mejora ofertada por el recurrente en concepto de inversión para acciones de mejora energética y sostenibilidad, ha sido valorada conforme a pliego.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Fulton Servicios Integrales, S.A. y Sacyr Facilities, S.A.U., contra el Decreto de adjudicación del contrato de “Servicios de Mantenimiento Integral y Asistencia a Eventos en el Edificio e Instalaciones del Palacio de Cibeles adscrito al Área de Gobierno de Cultura, Turismo y Deporte” del Ayuntamiento de Madrid. Expte N° 300/2021/00207.

Segundo.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Fulton Servicios Integrales, S.A. contra el Decreto de adjudicación del referido contrato, anulando la adjudicación y retrotrayendo las actuaciones al momento de valoración de los criterios valorables en cifras o porcentajes, a efectos de proceder a una nueva valoración de los criterios 2 y 3 en los términos del Fundamento Jurídico Sexto de la presente resolución.

Tercero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la representación legal de Sacyr Facilities, S.A.U. contra el mismo Decreto de adjudicación, por los motivos expuestos en el mismo Fundamento Jurídico Sexto.

Cuarto.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe en la interposición de los recursos, por lo no que procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Quinto.- Dejar sin efecto la suspensión automática de la tramitación del expediente prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Sexto.- 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.