

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

En Madrid, a 4 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (en adelante ASPEL) contra los pliegos del contrato “Servicio de Limpieza en los edificios y Locales de la Universidad Politécnica de Madrid” número de expediente SER-02/22ML, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 17 de octubre de 2021 en la Plataforma de la Contratación del Sector Público y el posterior 20 de octubre en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 6 lotes

El valor estimado del contrato asciende a 62.472.657,5 euros y su plazo de duración será de un año con posibilidad de prórroga hasta cuatro años.

Segundo.- El 18 de octubre de 2021 se publicaron en la Plataforma de la Contratación del Sector Público los pliegos que rigen la licitación de referencia.

Tercero.- El 25 de octubre de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ASPEL en el que solicita la anulación de los pliegos y la suspensión del procedimiento de licitación.

El 29 de octubre 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 .- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 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.- Se acredita la legitimación activa de ASPEL para la interposición del recurso al tratarse de una persona jurídica representante de los intereses colectivos *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos fueron publicados el 18 de octubre de 2021, e interpuesto el recurso el 25 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos que rigen la licitación 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.a) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar de los pliegos la cláusula 9 relativa a los criterios de valoración:

“Criterio 2.- Certificados vigentes. Puntuación máxima de 10 puntos.

Subcriterio 2.1: Certificado de calidad ISO 9001, con una puntuación máxima de 4 puntos. Se valorará con la máxima puntuación si la empresa licitadora presenta certificado de calidad vigente conforme a la ISO 9001, y cero puntos en caso contrario. Deberá acompañarse del compromiso de mantener su vigencia durante la ejecución del contrato.

Subcriterio 2.2: Certificado de sistema de gestión de prevención de riesgos laborales conforme ISO 45001/ o a la OHSAS 18001, con una puntuación máxima de 4 puntos. Se valorará con la máxima puntuación si la empresa licitadora presenta dicho certificado, y cero puntos en caso contrario. Deberá acompañarse del compromiso de mantener su vigencia durante la ejecución del contrato.

Subcriterio 2.3: Certificado de eficiencia energética conforme a la NORMA ISO 50001, con una puntuación máxima de 2 puntos. Se valorará con la máxima puntuación si la empresa licitadora presenta dicho certificado, y cero puntos en caso contrario. Deberá acompañarse del compromiso de mantener su vigencia durante la ejecución del contrato.

Criterio 3.- Bolsa de horas ofertadas. Con una puntuación máxima de 4 puntos. Se otorgará a la proposición que oferte el mayor nº de horas 4 puntos, puntuando el resto en relación directamente proporcional (regla de tres) al nº de horas ofertado por cada licitador4.”

Alega la recurrente que los criterios de adjudicación únicamente gozan de validez si guardan la debida vinculación con el objeto del contrato y considera que la exigencia de certificados no cumplen con la preceptiva vinculación con el objeto del contrato que no es otro que la limpieza de las distintas dependencias, no suponiendo una mejora en la prestación del servicio ofertado sino que únicamente se está haciendo referencia a características concretas de las empresas que no debieran ser valoradas como criterio de adjudicación, no sirviendo por tanto a la finalidad que le es propia, que es la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta con mejor relación calidad precio.

Añade que las certificaciones requeridas se refieren genéricamente a los procesos productivos y estrategias de la empresa, es decir a una característica de la propia empresa, pero no a una característica de la prestación en sí misma que permita efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato de limpieza. Además, no se permite en los pliegos la aportación de ningún certificado equivalente.

Manifiesta ASPEL que es doctrina pacífica de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales que la inclusión de certificados de calidad como criterios de adjudicación es contrario a la naturaleza de la fase de "valoración de las ofertas", en donde no se deben tener en cuenta las aptitudes o condiciones intrínsecas de los licitadores para el cumplimiento del objeto de ejecución, sino exclusivamente las ventajas de sus proposiciones confeccionadas para el caso concreto.

En defensa de sus pretensiones cita diversas resoluciones de Tribunales Administrativos de Contratación Pública y solicita la anulación del criterio 2 relativo a los certificados por vulnerar el artículo 145 de la LCSP.

Como según motivo de impugnación alega que el criterio relativo a la bolsa de horas ofertadas no establece un límite máximo de horas que son necesarias para cumplir con lo dispuesto en la LCSP por lo que en la práctica podrán darse insalvables distorsiones a la hora de puntuar dichos criterios. Al respecto cita diversas Resoluciones de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

Por ello solicita el recurrente la anulación del pliego o en su defecto la eliminación de las cláusulas referidas.

Por su parte el órgano de contratación alega en relación con el primer motivo de impugnación, esto es, los certificados vigentes, que las directivas de la Unión Europea ha incluido la integración en los procedimientos de licitación pública de los requisitos medioambientales, sociales y laborales y considera que la LCSP impone al órgano de contratación la obligación de introducir aquellas medidas, si bien con libertad si las incorpora como criterio de solvencia, de adjudicación, o como condición especial de ejecución siempre que se relaciones con el objeto del contrato. Al respecto cita el artículo 145 y 147 de la LCSP.

Así considera que las certificaciones referidas guardan relación directa con el objeto del contrato pues no se refieren directamente a la capacidad de la empresa licitadora, sino que afectan directamente a la ejecución del servicio pues la certificación ISO 9001 referente a las normas de calidad garantizan que las empresas presentes unos mejores resultados en la prestación del servicio.

En lo que se refiere al certificado de sistema de gestión de prevención de Riesgos laborales conforme ISO 45001 o de OHSAS18001, alega que ha de tenerse presente que en la prestación del servicio de limpieza resulta esencial el aporte de

recursos humanos por lo que la pertenencia de dicho certificado acredita disponer de un sistema de evaluación, control y gestión de prevención de riesgo laborales.

En relación con la norma ISO 50001 relativo a eficiencia energética alega que está directamente relacionado con la prestación del servicio que ha de prestarse en los edificios y locales de la Universidad suponiendo un menor coste.

En cuanto al criterio referente a la bolsa de horas ofertadas manifiesta la Universidad que debido a un error no se ha determinado el límite máximo de la bolsa de horas, por lo que procederá a fijar dicho límite.

Vistas las alegaciones de las partes, es preciso recordar que este Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los dos motivos de impugnación.

En relación con el criterio de adjudicación “*certificados vigentes*” ya se manifestó este Tribunal en su Resolución 26/2020 de 20 de enero “*En este momento es preciso recurrir a la doctrina de este Tribunal, coincidente con la del resto de Tribunales en cuanto a la cuestión planteada, valiendo por todas la reciente Resolución 54/2019 de 6 de febrero: “Señala la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 939/2018 de 11 de octubre: ‘Pues bien, lo cierto es que este Tribunal viene reiterando la imposibilidad de utilizar certificados de calidad como criterios de adjudicación, debiendo ser empleados los mismos como criterios de solvencia, tal y como se regulan en la LCSP, y en los textos legales precedentes’. En la reciente Resolución 405/2018 de 23 de abril, glosábamos la doctrina sentada sobre esta cuestión: ‘Al respecto, y como bien apunta el recurrente, habremos de estar a la consolidada doctrina de este Tribunal acerca de la improcedencia de configurar los certificados de calidad y de cumplimiento de normas de gestión ambiental como criterio de adjudicación de los contratos’. Así, en la Resolución nº 476/2016 de 17 de junio, razonábamos sobre este particular lo siguiente: ‘A estos efectos, debe recordarse que este Tribunal ha elaborado una ya consolidada doctrina sobre la improcedencia de configurar los certificados de calidad como criterio de adjudicación de los contratos’. Así, en la Resolución 628/2015 se ha dicho sobre este particular: <<*

Siguiendo en este punto las Resoluciones 255/2015, de 23 de marzo, y 906/2014, de 12 de diciembre, el Tribunal ha reiterado (cfr.: Resoluciones 143/2012, 223/2012, 461/2013, 113/2014, 129/2014 y 782/2014), en consonancia con el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 29/2010), que los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental a los que se refieren los artículos 80 y 81 TRLCSP son modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato, con lo que, por ser tales, no pueden ser empleados como criterio de valoración de las ofertas (cfr.: Sentencias TJCE de 19 de junio de 2003 – asunto C-315/01-, 24 de enero de 2008 – asunto C-532/06-y 12 de noviembre de 2009 – asunto C-199/07-; sentencia TJUE de 9 de octubre de 2014 –asunto C-641/13-; Resoluciones de este Tribunal 187/2012, 220/2012, 290/2012, 189/2014 y 295/2014). Ello es consecuencia de la existencia de dos fases diferenciadas en el procedimiento de licitación, cada una sometida a reglas propias (cfr.: artículos 160.1 y 165.1 TRLCSP y 44.1 Directiva 2004/18/CE; Sentencias TJCE de 20 de septiembre de 1988 –asunto C-31/87-; Resoluciones de este Tribunal 187/2012 y 220/2012): en la primera, se trata de comprobar la aptitud de los licitadores para asegurar que estos pueden ejecutar la prestación objeto de contrato (Sentencias TJCE de 2 de diciembre de 1999 –asunto C-176/98-y TJUE de 18 de octubre de 2012 –asunto C-218/11); en la segunda, lo único relevante es la oferta que los admitidos presentan, no las condiciones subjetivas de quien la presenta y que no guarden relación con la prestación objeto del contrato (cfr.: Sentencias TJCE de 18 de octubre de 2001 –asunto C-19/00-, de 27 de octubre de 2005 –asunto C-234/03; Resoluciones de este Tribunal 264/2012 y 189/2014). Solo cabe atender a estos extremos subjetivos de la empresa cuando puedan redundar en mejor provecho de la oferta, tal y como sucede, por ejemplo, con una mayor adscripción de medios personales o materiales a la ejecución del contrato que los reputados imprescindibles (cfr.: Resoluciones de este Tribunal 264/2012, 514/2013, 644/2013, 10/2014 y 198/2014). En este mismo sentido, la Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1995 (asunto C-324/93) admitió la posibilidad de emplear como criterio de adjudicación la capacidad de las empresas para asegurar de manera fiable y constante el abastecimiento de un determinado estupefaciente (...). En la medida de que el PCAP valora como criterio de adjudicación

la acreditación por las empresas licitadoras de determinadas normas ISO, las cuales, conforme a lo indicado, han de operar como criterio de acreditación de la solvencia en la fase previa de selección, se ha de concluir que el Pliego resulta en este punto contrario a la doctrina y a la jurisprudencia expuestas>> (...). El Tribunal no comparte la argumentación sostenida por el órgano de contratación en cuanto a que la nueva LCSP haya variado el régimen anterior permitiendo ahora utilizar los certificados de calidad como criterios de adjudicación. Según el órgano de contratación, el hecho de que se haya introducido en el artículo 145.2 de la LCSP la calidad como criterio de adjudicación avalaría referir los criterios de adjudicación a certificados de calidad que se encuentren vinculados con el objeto del contrato y no con las características de los licitadores. Se remite el órgano de contratación al Informe 56/04, de 12 de noviembre de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Pues bien, el informe de la Junta Consultiva es anterior a la doctrina mantenida por este Tribunal, por lo que no introduce ningún elemento nuevo que no hubiera sido tenido en cuenta con anterioridad. Por otro lado, la nueva LCSP no introduce ninguna novedad en la regulación de los criterios de adjudicación en lo referente a la admisión como tal de estar en posesión de determinados certificados de calidad o de gestión ambiental, la cual, sin embargo, podría haber aprovechado la ocasión para introducir la posibilidad que se invoca expresamente. Frente a ello, hay que tener en cuenta que la Directiva 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, ya se refería a la calidad como criterio de valoración en su artículo 53, como no podía ser de otra forma manera; y en similares términos lo hizo la Ley de Contratos del 2007, así como el texto refundido de 2011, en su artículo 150.1. En definitiva, al introducirse en el PCAP como criterio de adjudicación la aportación de certificados de cumplimiento de normas de calidad y de gestión ambiental se infringe la doctrina establecida al efecto en la interpretación de la normativa de aplicación, por lo que debe estimarse este punto del recurso.

En contra de lo expuesto por el recurrente, el requisito de la vinculación al objeto del contrato se ha venido entendiendo en el sentido de que los criterios de adjudicación deben referirse a los aspectos de la oferta, es decir, a las condiciones bajo las que los

licitadores proponen la ejecución de la prestación contratada. En cambio, no caben como criterios de adjudicación los aspectos relativos a la capacidad técnica, económica o profesional de los licitadores, especialmente los referidos a las características de la empresa, los cuales sólo son aceptables como criterios de determinación de la solvencia. Efectivamente, los certificados transcritos no determinan a priori cómo va a ser ejecutada la prestación por el adjudicatario, sino su cualificación técnica para llevarla a cabo.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera), de 24 de enero de 2008 (Asunto C-532/06, Lianakis y otros), declaró que se excluyen como ‘criterios de adjudicación’ aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.

De acuerdo con lo anterior, es doctrina unánime de los Tribunales administrativos de recursos contractuales que los certificados de aseguramiento de la calidad no pueden utilizarse como criterios de adjudicación, aunque pueden exigirse como requisito de solvencia técnica (baste citar, las Resoluciones 65/2013, 29/2015 y 30/2015 de este Tribunal, la Resolución 40/2011, de 14 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Acuerdo 84/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la Resolución 105/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, las Resoluciones 906/2014, de 12 de diciembre, y 255/2015, de 23 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la Resolución 76/2015, de 15 de julio, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi”.

De acuerdo con lo expuesto se estima el recurso debiendo eliminar el criterio 2 “*certificados vigentes*” como criterio de adjudicación.

En relación con el segundo motivo de impugnación relativo a no establecer en los pliegos un límite a la bolsa de horas ofertadas, el órgano de contratación se allana a las pretensiones del recurrente.

Sobre esta cuestión este Tribunal también se ha pronunciado en numerosas ocasiones, entre ellas la Resolución 26/2020 citada anteriormente *“Este Tribunal ha adoptado múltiples acuerdos sobre recursos fundamentados en los mismos motivos, valga por todas ellas la más reciente, la Resolución 527/2019, de fecha 19 de diciembre que establece: “Debe señalarse que la cuestión debatida no es si la mejora se valora con una puntuación mínima y máxima determinada o si las prestaciones están debidamente definidas. El tema crucial es que al no establecerse el número máximo de horas que pueden ofertarse para conseguir los 15 puntos y ponderarse a partir de esa oferta máxima indefinida la puntuación del resto de forma proporcional, puede darse el caso de ofertas absolutamente desproporcionadas en el número de horas que no supongan una mejora real del contrato y además distorsionen la puntuación de las demás y repercutan en la viabilidad de las ofertas, que además no pueden ser consideradas en baja desproporcionada por este concepto, de acuerdo con el PCAP”.*

Este Tribunal en su reciente Resolución nº 518/2019 de 12 de diciembre, matiza su criterio anterior y señala la distorsión que puede producir la hipotética oferta de un número desproporcionado de horas fuera de los mínimos del PPT sobre el resultado final de la clasificación de los licitadores.

En el concreto expediente de Resolución mencionado, se había producido la apertura de las proposiciones y se constató por el Tribunal lo siguiente: “Cabe observar que existe notable varianza en los valores consignados, existiendo algunos bastante disimétricos y desproporcionados en relación con las horas totales de cada grupo de categorías (limpiador y otras categorías) para los dos lotes. Las ofertas van de 290 a 3000 y de 550 a 2000. Aunque, en el caso de los limpiadores la oferta no sobrepasa normalmente licitador el 10% del número total de horas actualmente existente de cada lote, en el supuesto del cristalero/peón especialista sí puede apreciarse un número totalmente desproporcionado de horas adicionales ofertadas en relación con las actualmente existentes en algún licitador, que casi las iguala, ofertando casi el 100 por 100 de los mínimos, lo que hace muy problemático considerar que alguna vez esas horas van a ser objeto de utilización.

Independientemente de ello, con la plantilla arriba consignada y con la jornada semanal de la misma no es posible dentro de los términos legales ofertar tantas horas adicionales. A tenor del artículo 35 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el número máximo de horas extraordinarias en cómputo anual para los trabajadores con jornada ordinaria es de 80 y disminuye proporcionalmente la disminución de la jornada. Con 4 trabajadores limpia cristales/otras categorías en el lote 1 con jornadas además parciales es un brindis al sol ofertar 2000, 1500, incluso 550 horas adicionales (que son extraordinarias porque exceden de su jornada ordinaria). En el lote 2, en otras categorías (no todos limpia cristales) figuran tres personas que también es legalmente imposible, que asuman la cantidad de horas ofertadas por todos los licitadores, salvo el licitador que oferta 325”.

Por lo tanto, se concluye: “Entiende este Tribunal que en este caso concreto la asignación de puntos por ‘horas adicionales’ no es ponderada sobre el total (30 sobre 100), y no se fijan los límites cuantitativos de la misma, tanto en cuanto al número de horas adicionales posibles a ofertar sobre los mínimos del PPT, como en cuanto a la distribución de puntos por esas horas adicionales, que es directamente proporcional. Así, por ejemplo, la oferta de 3.000 horas de limpiadores en el lote 2 supone ya 15 puntos sobre 100, mientras la de 290 supone 1,45 puntos. Todo ello sin que exista garantía alguna de que esas horas adicionales ofertadas sea necesarias o se vayan a emplear”.

Resulta evidente, como se dice en la propia Resolución, que corresponde al órgano de contratación fijar las necesidades a satisfacer con el contrato y el modo de verificarlos (artículo 28 LCSP) y, dentro de ello, realizar una proyección sobre las horas adicionales necesarias en base a la experiencia existente en la ejecución de este tipo de contrato, no dejar la determinación de las mismas al albur de las ofertas de los propios licitadores.

Siguiendo ese criterio, a juicio del Tribunal, en este caso la definición de la mejora en número de horas adicionales sin determinar un máximo admisible, supone el establecimiento de un criterio de valoración automático que no posee la concreción requerida por la LCSP.

Como ya se ha evidenciado la no fijación de umbrales máximos para las ofertas de estas horas adicionales previsiblemente distorsionará las proposiciones de los licitadores y puede poner en riesgo la correcta ejecución del contrato, por lo que el recurso debe estimarse por este motivo.”

En consecuencia, se estima el recurso por este motivo debiendo modificarse la redacción del criterio 3 “bolsa de horas ofertadas” en el que se incluya unos umbrales máximos de horas adicionales en los términos expuestos anteriormente.

Por último, en relación con la solicitud del recurrente sobre la suspensión del procedimiento de licitación, una vez resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre la misma.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza contra los pliegos del contrato “Servicio de Limpieza en los edificios y Locales de la Universidad Politécnica de Madrid” número de expediente SER-02/22ML, anulando los pliegos y en consecuencia el procedimiento de licitación de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho quinto.

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.- 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.