

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

Resolución nº 358/2017

En Madrid, a 29 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don A.A.A., en nombre y representación de Acciona Medio Ambiente S.A. (Acciona), contra el Acuerdo de 28 de septiembre de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tres Cantos, por el que se adjudica el contrato “Servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes, plantaciones y espacios libres de la ciudad de Tres Cantos y el fomento del empleo de personas con dificultades particulares de inserción laboral”, número de expediente: 2016/17, este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 14 de noviembre y 7 de diciembre de 2016, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato de servicios mencionado. El presupuesto de licitación es de 10.159.112,06 euros. Segundo.- Al procedimiento concurren dieciséis empresas incluida la recurrente.

Tras los trámites oportunos, la Mesa de contratación en su reunión de 6 de julio de 2017, tras la apertura del sobre nº 3 de criterios ponderables de forma automática y tras el examen de las proposiciones económicas, una vez descartadas las ofertas incursas en presunción de temeridad que no justificaron sus ofertas, realiza la clasificación de las admitidas y propone la adjudicación del contrato a favor de Ferrovial Servicios S.A., clasificada en primer lugar con una puntuación de 69,52. En segundo lugar aparece clasificada Acciona con una puntuación de 68,29.

Segundo.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tres Cantos mediante Acuerdo de 28 de septiembre de 2017, adjudicó el contrato de acuerdo con la propuesta de la Mesa. La notificación del Acuerdo fue realizada el día 10 de octubre de 2017.

Tercero.- El 30 de octubre de 2017, la representación de Acciona presentó ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de 28 de septiembre de 2017, argumentando que su oferta no había sido debidamente valorada en uno de los apartados de los criterios sometidos a juicio de valor, concretamente el aumento de los medios mecánicos de disposición puntual y además que la oferta de la adjudicataria incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas que obliga a la subrogación de los trabajadores, puesto que en el estudio económico presentado no contempla a los 59 trabajadores que han de ser subrogados sino a 57 y tampoco incluye los costes de su despido o de la rescisión de los contratos.

Cuarto.- El 8 de noviembre de 2017, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe 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 (en adelante TRLCSP), en el que solicita la desestimación del recurso.

Quinto.- Con fecha 8 de noviembre de 2017 el Tribunal acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación, ex artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Ha presentado alegaciones Ferrovial Servicios S.A., de las que se dará cuenta al resolver sobre 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 recurso.

Segundo.- La recurrente está legitimada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP que establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”, al estar clasificada en segundo lugar por lo que la eventual estimación del recurso la colocaría en posición de ser adjudicataria del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el Acuerdo de adjudicación se adoptó el 28 de septiembre de 2017, notificándose el 10 de octubre e interponiéndose el recurso el 30 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2. c).

Quinto.- Los motivos del recurso son dos. En primer lugar, la errónea valoración del criterio sometido a juicio de valor establecido en el apartado 8 el Anexo I del PCAP que determina lo siguiente:

“CRITERIOS NO EVALUABLES AUTOMÁTICAMENTE:

(...)

3) Aumento de los medios mecánicos. Hasta 7 puntos.

La descripción, forma de acreditación y valoración del referido criterio de adjudicación se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 28, apartado 3.3 del pliego de prescripciones técnicas particulares”.

Por su parte, el mencionado apartado 3.3 del artículo 28 del Pliego de

Prescripciones Técnicas (PPT) establece:

“- Aumento de los medios mecánicos: Hasta 7 puntos.

Se valorará el aumento de los medios mecánicos sobre los mínimos exigidos por este pliego que los licitadores pongan a disposición del servicio, diferenciando los de uso exclusivo, con una valoración máxima de 5 puntos, de los de disposición puntual, especificando en este caso el alcance de su disposición (ejecución de trabajos hasta su finalización, horas o jornadas de trabajo) con una valoración máxima de 2 puntos”.

La recurrente alega que “ACCIONA incluyó en su oferta técnica un apartado específico relativo a la “maquinaria con dedicación parcial o puntual al servicio”, el apartado 5.5.4.2, en el que se ofertaban medios

mecánicas de uso puntual que sí han sido valorados en el resto de las ofertas (...) las mismas máquinas incluidas en la oferta de ACCIONA, que no han sido valoradas respecto de ésta, sí han obtenido puntos en el caso de otros licitadores. No existen razones materiales que justifiquen el hecho de que el informe técnico haya decidido excluir de puntuación a las máquinas ofertadas por ACCIONA cuando son exactamente las mismas que las propuestas por otros licitadores que sí han sido puntuadas. Es evidente que las máquinas indicadas por ACCIONA cumplen las mismas necesidades y resultan tan idóneas para el cumplimiento de los servicios licitados como las de los otros licitadores. La única justificación formal que parece ofrecer el informe técnico para excluir de puntuación la oferta presentada por ACCIONA es la siguiente: "los medios de disposición puntual no han sido tenidos en consideración si no se ha especificado el alcance de su disposición".

También argumenta que si bien este criterio formal de no otorgar puntos parece fundamentarse en el primer párrafo del artículo 28 apartado 3.5 del PPT, en ningún caso dicho precepto habilita a la Mesa de contratación para negar toda puntuación a aquellas ofertas que se hayan limitado a indicar el alcance parcial o puntual de los medios propuestos, como es la de ACCIONA. "Prueba de ello es que todos los medios mecánicos que han sido valorados en el informe técnico han recibido exactamente la misma puntuación (0,5 puntos), con total independencia del ámbito de disposición señalado en las ofertas, ya fueran 20 días, 3 o 4 meses, o se indicara "según necesidades". Por otro lado, carece de toda proporción excluir de puntuación los medios mecánicos ofertados por ACCIONA por haberse limitado a indicar el alcance parcial o puntual de su uso, y conceder todos los puntos a aquellas ofertas que simplemente han señalado "según necesidades" (cfr. datos de la tabla de las páginas 12 y 13 relativas a la oferta de UTE Raga o UTE San José), es decir, hay ofertas que también han indicado que sus medios materiales serán con dedicación puntual, y estas sí han recibido alguna puntuación, sin embargo ACCIONA cero puntos. No cabe duda de que el significado de las expresiones "según necesidades" y "alcance parcial o puntual" es el mismo, por lo que no resulta admisible ni justificada una diferencia" de trato tan exagerada únicamente con base en esa circunstancia semántica".

El Ayuntamiento en su informe alega respecto a esta cuestión que "en el PPT se indica que para valorar los medios mecánicos adicionales puestos a disposición del Ayuntamiento de forma puntual es necesario que se señale el alcance de esa disposición. Sin embargo de conformidad con el informe emitido por el Ingeniero Agrónomo de fecha 13 de marzo de 2017 y se reitera en el informe de 6 de noviembre de 2017, emitido a la vista del recurso presentado, el recurrente no especifica en modo alguno el alcance de dicha disposición, incumpliendo la exigencia determinada en el PPT, lo que conlleva de conformidad con la cláusula undécima del PCAP a la no valoración de dicho criterio porque la documentación relativa a dicho criterio no reúne los requisitos establecidos para su valoración. En ningún momento se ha establecido un subcriterio de valoración como señala el recurrente, únicamente se aplica lo establecido en los pliegos y es que para poder valorar los medios mecánicos adicionales puntuales es necesario indicar el alcance de dicha disposición."

Respecto a la valoración realizada a otros licitadores se citan los informes del Ingeniero Agrónomo de 13 de marzo y el de 6 de noviembre, los cuales justifican esa puntuación porque dichos licitadores sí indican el alcance de dicha disposición: “En cuanto los medios puestos a disposición puntual que otros licitadores ofertan expresando que el alcance de esa disposición será según necesidades han sido valorados teniendo en cuenta que esa disponibilidad será la que resulte necesaria y por el tiempo necesario a juicio de la entidad contratante para la prestación del servicio cuando así se requiera, ajustándose a lo establecido en el PPT, que establece que se especificará el alcance de la disposición de los medios mecánicos adicionales de uso puntual en horas, jornadas de trabajo o en ejecución de trabajos hasta su finalización, encajando de manera inequívoca en este último concepto la disponibilidad según necesidades”.

Ferrovial en su escrito de alegaciones argumenta que “es evidente que la recurrente incumple con esta obligación impuesta por los pliegos ya que no especifica en modo alguno dicho alcance. No existe desigualdad en la valoración de las ofertas en este punto puesto que todos los licitadores que no facilitaron dicha información obtuvieron cero puntos (valoración ésta consecuenta con el principio de concurrencia y la necesidad de evitar interpretaciones rigoristas y excluyentes que limiten la libre competencia), y los que indicaron dicha información no fueron privilegiados por ello en la puntuación. Pues ésta se realizó de conformidad con lo previsto en el pliego (número de unidades, características técnicas e idoneidad para

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, vid por todas STS, de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

El Tribunal comprueba que el Pliego establece claramente que en el caso de adscripción de medios de forma puntual, para recibir puntuación debe especificarse el alcance de su disposición, “ejecución de trabajos hasta su finalización, horas o jornadas de trabajo”. Por lo tanto, si la recurrente no especificó ninguno de esos aspectos en su oferta, de acuerdo con el Pliego no puede otorgarse ninguna puntuación. Resulta evidente también que aquí no se ha tenido en cuenta un subcriterio no previsto o que se haya interpretado el Pliego de forma rigorista, simplemente se ha aplicado el criterio en sus términos.

La indicación del alcance puntual de los medios, que la recurrente admite fue lo que se incluye en su oferta, no resulta suficiente para obtener la puntuación por lo que la Mesa actuó correctamente al otorgar 0 puntos en este apartado.

La circunstancia de que a otros licitadores se les haya puntuado expresando simplemente que la disposición puntual de medios es “según necesidades”, si bien puede ser discutible desde el punto de vista de la aplicación del Pliego, en nada varía la consideración anterior. En primer lugar, porque lo que solicita la recurrente es que se le otorgue una puntuación que considera debida y no que se les quite a los demás licitadores y en segundo lugar, porque los licitadores afectados, UTE Raga- Cointer y UTE San José-El Ejidillo, se encuentran clasificados por detrás de la recurrente por lo que la hipotética reducción de sus puntuaciones en nada variaría su posición respecto de la adjudicataria del contrato y tampoco se vulnera por otra parte el principio de igualdad.

En consecuencia, el motivo de recurso debe desestimarse.

El segundo motivo de recurso se refiere a la subrogación de personal. Argumenta la recurrente que examinando la oferta de Ferrovial Servicios, S.A. a la que tuvo acceso el día 18 de septiembre de 2017, “se constata que la misma ha contemplado únicamente la subrogación de 57 trabajadores. En efecto, en el estudio económico justificativo de la oferta económica presentado por Ferrovial Servicios, S.A. no se incluyen los costes necesarios para la subrogación o, en su caso, rescisión del contrato de 2 auxiliares jardineros y de 2 peones, previstos en la tabla actualizada de la plantilla a subrogar (...) A la vista de lo expuesto, no cabe duda de que la oferta formulada por Ferrovial Servicios, S.A. incumple el artículo 10 del PPT relativo a la obligación de subrogación de los trabajadores, así como el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2015-2016”.

El órgano de contratación en su informe indica que el estudio económico que el PPT obliga a presentar junto con la oferta económica no forma parte de los criterios de adjudicación y por tanto no es objeto de valoración, siendo el objetivo de solicitarlo el conocimiento por parte de la entidad contratante de la valoración del servicio calculada por los licitadores. Además añade que “la obligación que debe cumplir el futuro adjudicatario respecto a la subrogación del personal, no puede suponerse a priori incumplida, ya que hasta que no se produzca la sustitución de empresas en la prestación del servicio no se puede dar cumplimiento a la cláusula de subrogación establecida en el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2015-2016 y en la que el PPT incide en la obligación de su futuro cumplimiento en caso de sucesión de empresas”.

“su oferta se ajusta plenamente a las 8 exigencias del pliego y por lo tanto la Administración sólo debe soportar los costes relativos al servicios contratados incluidos en dicha oferta y no otros que sean ajenos a la misma. Por lo tanto las medidas que eventualmente FERROVIAL tuviese que adoptar en el ámbito laboral para adaptar las necesidades de personal a los servicios contratados (reasignación de funciones, traslado a otros centros, etcétera) serán de su exclusiva responsabilidad, siendo en todo caso una decisión empresarial que afectaría únicamente a la esfera de la relación empresario/trabajador. Pues sea cual sea la opción por la

que finalmente se opte, el coste económico de la misma no tiene que ser soportado por la oferta presentada por FERROVIAL a esta licitación”.

Como ha señalado el Tribunal en diversas ocasiones, baste citar la Resolución 86/2014 de 11 de junio, la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio es de carácter laboral derivada del Estatuto de los Trabajadores y del Convenio Colectivo que sea de aplicación y se ha de llevar a cabo en los términos que establezca el referido convenio.

Ahora bien como ha sostenido el Tribunal, entre otras en la Resolución 99/2013, de 3 de julio, “una vez que los trabajadores subrogados pasan a formar parte de la plantilla de la nueva empresa, podrá adscribirlos o no al contrato indicado o a cualquier otra actividad y establecer sus condiciones de trabajo, dentro del ámbito de la facultad de dirección empresarial cumpliendo la normativa laboral vigente, puesto que la subrogación implica la asunción o sucesión del adjudicatario en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral entre el empresario que viniera prestando el servicio y sus trabajadores, pero no significa que dicho personal deba ser adscrito necesariamente a la prestación del servicio contratado”.

Por tanto, el hecho de que la oferta de Ferrovial y el correspondiente estudio económico de la misma no contemple un determinado número de trabajadores que deben ser subrogados, en concreto 2 auxiliares jardineros y 2 peones, no significa que no vaya a realizarse la subrogación ni que se haya producido incumplimiento del Pliego como indica la empresa en sus alegaciones, pudiendo adscribirlos a otros contratos o actividades de su empresa sin que deba justificarlo en la oferta, tampoco cabe considerar que la oferta es inviable por dicha circunstancia, al no encontrarse incurso en presunción de temeridad.

Por lo tanto el motivo de recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por don A.A.A., en nombre y representación de Acciona Medio Ambiente S.A. (Acciona) contra el Acuerdo de 28 de septiembre de 2017, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tres Cantos, por el que se adjudica el contrato “Servicio

de conservación y mantenimiento de zonas verdes, plantaciones y espacios libres de la ciudad de Tres Cantos y el fomento del empleo de personas con dificultades particulares de inserción laboral”, número de expediente: 2016/17.

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.- Dejar sin efecto la suspensión mantenida el 8 de noviembre de 2017.

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.