

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 207/2013

Recurso nº 238/2013

Resolución nº 207/2013

En Madrid, a 5 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. C.G.P.D.L., en representación de la empresa Servicios Auxiliares de Mantenimiento y Limpieza, S.L. (en adelante, SAMYL o la recurrente), contra la Resolución de adjudicación del contrato de servicios de limpieza en las dependencias de la sede del Instituto Cervantes (Expediente G-2013/02-0072), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Instituto Cervantes convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE y en el BOE, los días 27 de febrero y 7 de marzo de 2013, respectivamente, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de servicios de limpieza en las dependencias de la sede del Instituto Cervantes. Presentó oferta, entre otras, la mercantil SAMYL. El valor estimado del contrato se cifra en 1.500.000 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo previsto en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en adelante TRLCSP) fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). El contrato, de la categoría 14 del Anexo II del TRLCSP, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. El 8 de abril de 2013, se reúne la mesa de contratación para calificar la documentación administrativa presentada. El 11 de abril, en acto público, se procede a la apertura de las ofertas económicas. El 16 de abril, se formula el informe técnico de análisis y valoración de las ofertas admitidas. El mismo día, la Mesa de contratación formula la propuesta de clasificación y, de acuerdo con ella, el Director del Instituto Cervantes resuelve adjudicar el contrato a la empresa Realce de Edificios y Exteriores, S.L. (en adelante, REX), clasificada en primer lugar con 74,44 puntos, de los que 25 corresponden a la valoración de las mejoras. A la recurrente se le asignaron 53,90 puntos (de ellos, 4 por mejoras); quedó clasificada en el puesto decimoquinto entre las 23 ofertas presentadas. El acuerdo se notificó a los licitadores el 22 de abril.

Cuarto. Contra dicho acuerdo, SAMYL ha interpuesto recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado el 10 de mayo de 2013 y anunciado el mismo día al órgano de contratación. Solicita que se anule la Resolución de adjudicación.

Quinto. El 20 de mayo se recibió en el Tribunal el recurso junto al expediente y el informe del órgano de contratación. Considera éste que el contrato queda fuera del ámbito del recurso especial por no estar encuadrado en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP y solicita por ello su desestimación. En informe complementario recibido el 30 de mayo, manifiesta su desacuerdo con las alegaciones de la recurrente.

Sexto. El 23 de mayo, el Tribunal acordó mantener la suspensión en la tramitación del expediente producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP. El día anterior, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las empresas que habían presentado oferta para que formularan las alegaciones que estimasen oportunas, sin que ninguna lo haya hecho en el plazo habilitado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso, se interpone contra el acuerdo de adjudicación en un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

El informe del órgano de contratación equivoca la referencia al TRLCSP -sólo se refiere al artículo 40.1.b)- y no tiene en cuenta el propio pie de recurso de la Resolución impugnada que, correctamente, señalaba que contra la misma cabe interponer el recurso especial.

Segundo. La competencia para resolver el citado recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido y por persona legitimada para ello, al haber concurrido a la licitación.

Cuarto. La empresa SAMYL fundamenta su recurso en errores advertidos en la valoración:

- Que en el punto 4 referente a las horas semanales de prestación se le debieron asignar 5,26 puntos, en lugar de los 3,11 otorgados porque no se han tenido en cuenta la totalidad de las horas semanales ofertadas.
- En el punto 3 de mejoras en la prestación de los servicios, no se le han tenido en cuenta las mejoras logísticas ofertadas ni otras mejoras con repercusión económica.
- A algunas empresas se les han puntuado mejoras no valoradas económicamente como exigen los pliegos.

Quinto. Respecto a las alegaciones de SAMYL, el órgano de contratación considera que:

- En el punto 4, las horas consideradas para todos los licitadores fueron las horas adicionales a las que necesariamente debe dedicar el licitador con los recursos humanos especificados en el Pliego de prescripciones técnicas (PPT).
- En cuanto al punto 3, de mejoras en la prestación, “solo se han valorado, aplicando el mismo criterio para todos los licitadores, por una parte, aquellas que suponían un ahorro efectivo para el Organismo...y, por otra parte aquellas que implicasen una mejora en los aspectos logísticos de la prestación”. En la oferta de la recurrente no se han tenido en consideración las mejoras relativas al empleo de determinada maquinaria

porque se entiende que “el material ofertado, no ahorra nada al Instituto y desde el punto vista logístico carece de entidad alguna”.

Tampoco el empleo de determinados útiles puede considerarse una mejora, ni el “apoyo a cristaleros” u otras mejoras propuestas por la recurrente y faltas de concreción.

Sexto. A fin de enmarcar debidamente la cuestión, conviene analizar las disposiciones de los pliegos respecto a la presentación y valoración de las ofertas.

La cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece que la presentación de las proposiciones se hará en tres sobres, el sobre nº 1 con la documentación general, el sobre nº 2 “Proposición económica” y el sobre nº 3 con la “Proposición técnica”, en el que se debe incluir la relación y muestras de materiales a emplear; la “relación detallada y valorada de las mejoras en la prestación de los servicios que se proponen para lo optimización de los mismos” y la memoria con el plan de ejecución.

La cláusula I del cuadro de características del PCAP, relativa a los criterios de adjudicación, no distingue los criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas, de los restantes criterios. No obstante, la única fórmula detallada se refiere a la oferta económica (ponderada con 35 puntos). Los restantes criterios corresponden a: 2. Calidad de los materiales (25 puntos); 3. Mejoras en la prestación de los servicios (30 puntos) y 4. Plan de ejecución de los servicios (10 puntos). Se indica también que en los apartados 3 y 4 “las puntuaciones se otorgarán siempre con un criterio proporcional, en función de los datos que se obtengan para cada uno de los conceptos de la documentación aportada”. También señala que en el apartado 3 “sólo se tomarán en consideración aquellas mejoras que supongan una repercusión económica o logística. (No se considerará mejora el ofrecimiento de personal complementario)”.

De lo indicado en las cláusulas transcritas del PCAP, se deduce que el único criterio valorable de forma automática es el de la oferta económica, con una ponderación de 35 puntos sobre 100.

El artículo 150 del TRLCSP, relativo a los criterios de valoración de las ofertas, establece:

“2.... Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la

correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

...

4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos,... En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo...”.

Por su parte, el capítulo IV del Real Decreto 817/2009, de desarrollo de la Ley, concreta la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor y determina (artículo 27) que la apertura de los sobres con la documentación relativa a criterios de juicio de valor, se llevará a cabo en un acto de carácter público y, en ese acto, “sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado”.

En la licitación impugnada, aunque la documentación relativa a los criterios no valorables mediante fórmula se presentó en sobre independiente (sobre 3), en el procedimiento de valoración de las ofertas se han incumplido palmariamente las disposiciones legales transcritas:

- No consta que la apertura del sobre 3 se hiciera antes de abrir las ofertas económicas.
- La valoración de los criterios no cuantificables automáticamente, no se hizo por un comité de expertos o por un órgano técnico especializado, ni se indicó nada al respecto en el PCAP.

- La valoración de esos criterios se hizo después de abrir las ofertas económicas.

Séptimo. En cuanto a la valoración de las mejoras, el PCAP se limita a señalar, como se transcribe en el fundamento anterior, que se hará con un “criterio proporcional”, que sólo se tomarán en consideración las que supongan una “repercusión económica o logística” y que, en el sobre 3, se debe incluir la relación detallada y valorada de las mejoras que se proponen “para la optimización de los servicios”.

En el PCAP no se especifican las pautas para valorar las mejoras, pues sólo se indica la puntuación máxima (nada menos que 30 puntos) y que se hará con criterios de proporcionalidad. Tampoco se concreta el tipo de mejoras que se vayan a tener en cuenta; en su lugar, se utilizan expresiones genéricas (repercusión económica o logística) que permiten, como alega la empresa recurrente, seguir normas o patrones de valoración no justificados. Las genéricas explicaciones del informe complementario del órgano de contratación, no justifican por qué se valoran unas mejoras y no otras, ni cómo se valoran:

- El informe de valoración, entre las más de 30 mejoras detalladas por la recurrente -valoradas en casi 60.000 €-, sólo considera una de ellas (limpieza de las exposiciones en domingo) por valor de 3.370 € (104 horas/año).
- A la empresa adjudicataria se le da la máxima puntuación otorgada (25 puntos); se tienen en cuenta las cuatro mejoras presentadas, aunque estuvieran sin valorar, entre ellas la limpieza extraordinaria, en domingo, de las exposiciones “que estiman en 450 horas/año”.
- El informe afirma que las puntuaciones “se han otorgado con un criterio de proporcionalidad, de 0 a 30 puntos, en función de los datos obtenidos de cada una de las empresas, por la documentación aportada y tomando en consideración sólo aquellas mejoras que supongan una repercusión económica o logística”. Pero la puntuación máxima, asignada a la empresa adjudicataria, es de 25 puntos.

Tampoco se especifica cómo se ha aplicado ni respecto a qué el “criterio de proporcionalidad”, ni las pautas o criterios seguidos para determinar si una mejora tiene o no una repercusión “económica o logística”.

Todo ello pone de manifiesto que en la valoración de las mejoras se ha incurrido en arbitrariedad que tiene su origen en una insuficiente concreción en los pliegos de los criterios a aplicar y en la no fijación de reglas de ponderación.

Ante supuestos similares, en numerosas resoluciones de este Tribunal se ha declarado la improcedencia de la aplicación de ese tipo de cláusulas. Como referencia, en la Resolución 69/2012, de 21 de marzo, con apoyo doctrinal, entre otras, en la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008, -asunto C-532/06, consorcio Lianakis y otros contra el municipio de Alexandroupolis y otros -, se concluía que unas cláusulas que pueden dar lugar a una valoración de las ofertas contraria a los principios de igualdad y de trato no discriminatorio han de calificarse como nulas de pleno derecho "... porque basta con que permitan la posibilidad de una aplicación discriminatoria para que deban considerarse afectadas por el vicio de nulidad absoluta".

Por tanto, la conclusión es que, al no haberse establecido previamente las mejoras a considerar y las pautas para su valoración, las cláusulas del PCAP relativas a esas mejoras incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho por colisionar con los principios rectores de la contratación pública exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

Como también señalábamos en nuestra resolución 65/2013, de 6 de febrero, al anular el criterio de adjudicación relativo a las mejoras, hay que declarar también la nulidad del proceso de licitación. Como ha declarado el TJUE (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) "los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión".

Todo ello conlleva a la estimación del recurso con expresa declaración de nulidad de la adjudicación y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor y la plasmación en los pliegos de los criterios para una correcta apreciación de las mejoras que presenten las empresas licitadoras.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. C.G.P.D.L., en representación de la empresa Servicios Auxiliares de Mantenimiento y Limpieza, S.L. (en adelante, SAMYL), contra la Resolución de adjudicación del contrato de servicios de limpieza en las dependencias de la sede del Instituto Cervantes y anular el proceso de licitación.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.