

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 427/2021

Recurso nº 208/21 C.A. Illes Balears nº 10//2021

Resolución nº 427/2021

En Madrid, a 16 de abril de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.A.R.R., frente al anuncio de licitación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y los restantes documentos contractuales que establecen las condiciones que rigen en la licitación de la contratación del “Contrato de Servicio de Limpieza Viaria del Municipio de Porreres” (CPV 906100000), expediente 80/2021 publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 27/01/2021, licitado por el Ayuntamiento de Porreres, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. - En fecha 27 de enero de 2021 se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato y los pliegos.

Tercero. - Con fecha 16 de febrero de 2021 se presenta recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. – Con fecha 1 de marzo de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, trámite no evacuado por ninguno de ellos.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 5 de marzo de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Sexto. - El órgano de contratación remitió informe sobre el recurso interpuesto, conforme a lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP. En él solicita la inadmisión del recurso, por falta de legitimación del recurrente, y subsidiariamente, se opone a la estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC) y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Segundo.- Se recurre el anuncio de licitación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y los restantes documentos contractuales que establecen las condiciones que rigen en la licitación de la contratación del “Contrato de Servicio de Limpieza Viaria del Municipio de Porreres” (CPV 906100000), contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de recurso ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2.a) de la LCSP.

Tercero. - El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP, por persona física que comparece en su propio nombre y derecho, gozando de legitimación activa.

Cuarto. - En el recurso se solicita se anule la licitación de referencia, por los vicios de los pliegos que se alegan en el mismo.

Se analizan a continuación los motivos de nulidad alegados por el recurrente:

1.- En primer lugar, alega éste que la ausencia de inclusión del contrato en el Plan Anual y la ausencia de justificación de no haberse previsto en dicho plan supone la nulidad del acuerdo de aprobación de los Pliegos en los términos del art. 47.1.e) Ley 39/2015, y a su vez, ello implica la nulidad de los Pliegos allí aprobados. A este respecto, ha de recordarse que la nulidad de pleno derecho es una figura excepcional en nuestro Derecho, reservada para casos tasados (art. 39 LCSP y art. 47 Ley 39/2015), sin que disponer de un Plan de Contratación lleve aparejada como sanción la nulidad de los pliegos; de hecho, el art. 39.2.d) LCSP sanciona con la nulidad la omisión del anuncio de licitación en los medios previstos en el art. 135 LCSP, no la omisión del anuncio previo previsto en el art. 134 LCSP, que es potestativo.

Además, este Tribunal ha declarado en varias de sus resoluciones (833/2020, 572/2020, y 551/2020) que el Plan Anual de Contratación no es un acto recurrible, por no figurar entre las actuaciones que enumera el artículo 44.2 de la LCSP.

2.- En segundo lugar, manifiesta el recurrente que no consta en el expediente acreditación del acuerdo del órgano competente de la Entidad Local para seleccionar cuáles de sus contratos deben ser reservados. Considera por ello que la decisión de reservar este lote es nula de pleno derecho por vulnerar la libre circulación de servicios, por cuanto buena parte de las empresas quedan excluidos de poder optar al lote de referencia.

En el mismo sentido añade el recurrente que -atendiendo al código CPV indicado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (906100000)- el presente contrato no sería susceptible de ser declarado reservado por no estar incluido dentro del Anexo VI de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Teniendo en cuenta que la obligación que impone la Disposición Adicional Cuarta LCSP es la de acordar un porcentaje mínimo, no un máximo, no se aprecia vulneración de dicha Disposición Adicional.

Por otra parte, el Anexo VI menciona los códigos CPV 90610000-6 y 90611000-3, en materia de limpieza; en el cuadro de características del PCAP, en la descripción del contrato, se menciona como código CPV el 90610000, es decir, se omite el noveno dígito "-6"; no obstante, ello no es susceptible de generar confusión con otro código CPV, dado que el noveno dígito sirve para verificar los dígitos precedentes, como indica el Anexo I del Reglamento (CE) No 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007 que modifica el Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo; es decir, no distingue un CPV de otro. Así, se puede comprobar examinando el Anexo de dicha disposición que el único código CPV cuyos

primeros ocho dígitos son 90610000 es aquel que finaliza en “-6”; en otras palabras, no hay confusión posible, sin que pueda atribuirse un efecto anulatorio a un mero error material, como lo es la omisión del noveno dígito del código CPV “-6”, ex art. 109.2 Ley 39/2015.

3.- En tercer lugar, considera el recurrente que el estudio de costes yerra al calcular los costes de personal, siendo un 30% inferiores a los exigidos por el Convenio aplicable (que a su criterio es el Convenio colectivo estatal de jardinería 2017-2020) y además, no contempla todos los costes que deben ser asumidos por el contratista. En concreto no contempla el coste de instalación y mantenimiento del GPS y software contemplados en el PPT.

Sin embargo, no se aprecia error alguno, pues como aclara el órgano de contratación en su informe, no se ha aplicado el Convenio estatal de jardinería para el cálculo de costes de personal, ya que el servicio objeto de licitación es la limpieza viaria, y los costes de informatización del servicio se encuentran incluidos en los costes indirectos, “al tratarse de un sistema que no es exclusivo ni específico del servicio, además añadir que dicha informatización es una herramienta muy extendida en las empresas del sector y que forma parte del sistema de organización y control de la flota de cualquier organización que pretenda optimizar sus recursos, reduciendo costes innecesarios derivados del estudio y análisis de rutas, itinerarios, paradas en el servicio, etc.”

4.- En cuarto lugar, alega el recurrente que además de la clasificación señalada en el pliego, se podría haber admitido otras clasificaciones, como por ejemplo, los diversos subgrupos de conservación y mantenimiento contemplados en el Grupo O del artículo 37.1 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Añade además que la categoría exigida en el Lote dos es totalmente desproporcionada por cuanto se exige - para un contrato de dos años con posibilidad de prórroga por dos años más- el importe equivalente al valor estimado del contrato.

En cuanto a la existencia de otras clasificaciones que se consideran adecuadas para poder concurrir a la licitación, conforme al art. 37 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y su Anexo II “Correspondencia entre subgrupos de clasificación y códigos cpv de los contratos de servicios”, la clasificación admisible (alternativamente a los otros medios de solvencia previsto en el pliego) es la que se corresponda con el CPV del contrato, siendo ésta la exigida: Grupo U Subgrupo-1.

En cuanto a la categoría exigida para el segundo de los lotes se admite por el órgano de contratación que se trata de un mero error, indicándose que se va a corregir.

Procede estimar este motivo de recurso, puesto que de conformidad con el artículo 26 del Real Decreto 1098/2001 (RGLCAP), la categoría de la clasificación se determinará por referencia al valor estimado del contrato, cuando su duración sea igual o inferior a un año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.

5.- En quinto lugar, señala el recurrente que la cláusula M del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares recoge como condición especial de ejecución del contrato la siguiente: “De tipo social: Promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. Las empresas de menos de 250 trabajadores tendrán que elaborar un Plan de Igualdad. Las empresas de más de 250 trabajadores tendrán que justificar la efectiva implantación del citado plan de igualdad”.

La recurrente considera que sería una obligación relativa a las características de la empresa, por lo que no cumple directamente con la vinculación al objeto ni a la finalidad última de este tipo de cláusula, que no se puede establecer como condición especial de ejecución de un contrato una obligación legal, máxime cuando la obligación de disponer de un Plan de Igualdad respecto a las empresas de más de 250 trabajadores se configura como una prohibición de contratar.

El órgano de contratación alega que efectivamente, se ha producido un error material o de hecho en la expresión de las condiciones especiales de ejecución expresadas en la letra M. del cuadro de características del PCAP, y que donde dice “250” debe expresar “150” trabajadores, “pues por encima de dicho número de trabajadores se trataría del mero cumplimiento de la norma señalada en la Ley orgánica 3//2007, de 22 de marzo, para la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en los términos que resultan de la disposición transitoria décima segunda de la Ley, en su redacción dada por el artículo 1.3 del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo.” Y manifiesta que se ha procedido a aclarar esta cuestión en el apartado de preguntas y respuestas de la licitación, a los efectos oportunos.

En relación con los criterios de adjudicación, señalamos en nuestra Resolución de 30 de abril de 2019, con cita de la Resolución núm. 972/2018, de 26 de octubre, que:

“El apartado 5 de dicho artículo 45 de la L.O. 3/2007 establece que la elaboración y aplicación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas. Por tanto, conforme a nuestra normativa nacional los planes de igualdad son obligatorios para unas empresas, y para otras no. Puntuar en un criterio de adjudicación la elaboración de un plan, a las empresas que están obligadas a tenerlo según la Ley, no se considera adecuado, y sería discriminatorio, como hemos dicho, respecto de aquellas empresas que no están obligadas a su elaboración y aplicación (artículo 1 de la LCSP).”

De la misma manera, no puede configurarse como condición especial de ejecución disponer un Plan de Igualdad, en tanto sería obligatorio para algunos licitadores y voluntario para otros.

Por ello, resulta indiferente la corrección efectuada por el órgano de contratación, pues no se trata de que se exija dicho Plan como condición especial de ejecución a empresas con más o menos trabajadores, siendo lo esencial que no puede articularse como condición especial de ejecución aquello que para unos licitadores no supondría un plus o valor añadido respecto de la legalidad vigente (pues ya dispondrían del Plan por estar obligados legalmente a ello), y para otros no (los no obligados a ello). De hecho, para estos últimos, empresas de menores dimensiones, sería discriminatorio, y tendría por efecto restringir la concurrencia, al exigirles un Plan que la normativa no contempla como obligatorio para ellas, y haciéndolas de peor condición que aquellas empresas de mayores dimensiones, que cuentan ya con el Plan, insistimos, por estar obligadas a ello por la LO 3/2007.

6.- En sexto lugar, entiende el recurrente que es nulo el criterio de adjudicación “Compromiso de implantación del sistema de seguimiento GPS el primer día del inicio del contrato”, pues no comporta la valoración de una mejora, sino que lo que se está valorando es una obligación que ya está expresada en el contrato.

No obstante, como explica el órgano de contratación, el cumplimiento de esta obligación requiere con carácter general de un plazo prudencial para poder disponer de los sistemas e implantarlos adecuadamente. No obstante, existe la posibilidad de que haya empresas que dispongan de acuerdos comerciales con proveedores que permitan su implantación desde el día “1” de la prestación y ello es una cuestión que aporta valor añadido a la prestación y a la capacidad por parte del órgano de contratación de control efectivo de la misma de manera inmediata, motivo por el que se considera que es válido el criterio indicado.

7.- En séptimo lugar, el recurrente considera que la ponderación de los criterios de adjudicación del Lote número dos es errónea.

Alega la recurrente que, de acuerdo con el desglose de costes incluido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el peso de la mano de obra en los costes directos supera el 97 % del total. Asimismo, si incluimos los costes indirectos y el beneficio industrial dicho coste queda por encima del 80 %. Por ello, conforme al art. 145.3.g) LCSP, considera que estamos ante un contrato con servicios intensivos de mano de obra que promueve el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, y que por ello no sería ajustado a Derecho establecer un peso del 55 % al criterio de adjudicación “Oferta económica”.

En el presente caso, no hallándonos ante un servicio previsto en el Anexo IV, ni ante un servicio de carácter intelectual de los previstos en el art. 145.4 segundo párrafo LCSP, la única regla a tener en cuenta en relación con los criterios de adjudicación es la del art. 145.3.g) LCSP, y valorándose no uno, sino varios criterios de adjudicación, tal requisito se cumple.

8.- Por último, en octavo lugar, el recurrente argumenta que en ninguna parte de la documentación se facilita la información completa para poder determinar el coste empresarial del personal a subrogar, incumpliendo lo establecido en el artículo 130 LCSP.

Dado que el órgano de contratación manifiesta que tal omisión ha sido ya corregida, habiéndose adjuntado en la documentación de la presente licitación la documentación exigida por el artículo 130 de la LCSP, nada cabe añadir a este respecto.

Por lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto, por no estar correctamente determinada la categoría de la clasificación, y por no ser ajustada a derecho la exigencia del Plan de Igualdad como condición especial de ejecución, conforme a lo indicado en el apartado 5 del Fundamento de derecho cuarto de esta Resolución.

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. G.A.R.R., frente al anuncio de licitación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y los restantes documentos contractuales que establecen las condiciones que rigen en la licitación de la contratación del “Contrato de Servicio de Limpieza Viaria del Municipio de Porreres” (CPV 906100000) publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 27/01/2021, licitado por el Ayuntamiento de Porreres, anular la categoría establecida para la clasificación, y la condición especial de ejecución de tipo social indicada en la cláusula M del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

Segundo. Levantar la medida cautelar.

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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.