

Recurso nº 48/2015

Resolución nº 153/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de febrero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.J.V.A. en representación de CLECE, S.A. (en adelante CLECE o la recurrente), contra la adjudicación por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas del contrato de *“Prestación del servicio de mantenimiento del edificio e instalaciones del Instituto de la Grasa”* (expediente 724/15), a la empresa GENERA QUATRO S.A. (en lo sucesivo, GENERA o la adjudicataria) el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Consejo Superior de Investigaciones Científicas (en adelante, el CSIC, o el órgano de contratación) convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el DOUE y en el BOE los días 29 de septiembre, 2 y 15 de octubre de 2014, respectivamente licitación para adjudicar por procedimiento abierto, el contrato de servicios de mantenimiento de los edificios e instalaciones del Instituto de la Grasa. El valor estimado del contrato se cifra en 345.454,56 euros y el presupuesto base de licitación anual (sin IVA), en 157.024,80 euros.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como con lo previsto en las normas de desarrollo en materia de contratación. El contrato, de la categoría 1 del anexo II del TRLCSP, está sujeto a regulación armonizada. Fueron admitidas en la licitación diez empresas, entre ellas la que recurre.

Tercero. El Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), en el Anexo 6 relativo a los criterios de valoración, incluye entre los valorables mediante fórmula (sobre 3), además de la oferta económica (que se valora hasta 67 puntos), las mejoras, hasta un máximo de 8 puntos, repartidos en la forma siguiente:

“Bolsa de materiales y repuestos valorados económicamente en euros e IVA incluido:

Hasta un máximo de 2 puntos. Se asignará puntuación máxima a la empresa licitadora que oferte el mayor presupuesto IVA incluido en euros, y al resto de las empresas las que proporcionalmente corresponda aplicando una regla de tres,...

Bolsa de horas de oficial de primera polivalente, jefe de equipo, especialista en climatización con conocimientos de electricidad:

Hasta un máximo de 4 puntos. Se asignará la máxima puntuación a la empresa licitadora que oferte la mayor bolsa de horas y al resto de las empresas las que proporcionalmente les corresponda aplicando una regla de tres,...

Bolsa de horas de peón:

Hasta un máximo de 2 puntos. Se asignará la máxima puntuación a la empresa licitadora que oferte la mayor bolsa de horas y al resto de las empresas las que proporcionalmente les corresponda aplicando una regla de tres,...”

Cuarto. Tras los trámites oportunos, en la reunión de la Mesa de contratación del 9 de diciembre, en sesión pública se informó de la puntuación obtenida en los criterios técnicos evaluables mediante juicio de valor y se procedió a la apertura y lectura de las ofertas económicas y las mejoras incluidas en el sobre 3. La oferta de GENERA fue de 138.672,70 €, una bolsa de materiales de 19.360 € y una bolsa de 3.270 horas de oficial de primera y de 1.680 horas de peón; quedó clasificada en primer lugar con 91,99 puntos (65,19 por la oferta económica; 7,55 por las mejoras y 19,25 por la oferta técnica). La oferta de CLECE fue de 134.931,41 €, una bolsa de materiales por 1.500 €, 575 horas adicionales de oficial de primera y 225 de peón; quedó en segundo lugar con 91,09 puntos (67 por la oferta económica; 1,09 por las mejoras y 23 por la oferta técnica). A la vista de la clasificación de las ofertas propuesta por la Mesa, el 23 de diciembre el órgano

de contratación acordó la adjudicación del contrato en favor de GENERA, lo que se notificó a los licitadores el 26 de diciembre.

Quinto. El 15 de enero de 2015 tiene entrada en el registro del CSIC escrito de CLECE, previamente anunciado, de interposición de recurso especial en materia de contratación; pide que se declare *“la nulidad del Concurso al existir causa legal para ello al no haberse puesto un límite a las mejoras, habida cuenta de que cualquier valor de un parámetro superior al que resulte necesario no presenta mejora alguna sobre otro inferior pero que cubra perfectamente las necesidades en la materia, retrotrayendo las actuaciones al momento inicial del mismo y por tanto, ordenando una nueva evaluación de las ofertas”*.

Alega que *“la cláusula relativa a las mejoras,... es nula de pleno derecho, al no establecerse límites en la misma, de hecho, dicha nulidad radical queda claramente traducida en que las Mejoras ofertadas por la entidad a la que ha sido adjudicado el contrato son de imposible cumplimiento”*, dado que, con la bolsa de horas ofertada, la empresa adjudicataria estaría ofertando casi 8 personas, con un coste salarial superior al presupuesta de licitación (el pliego pide 5 trabajadores).

Sostiene que el criterio de puntuar en proporción con la mayor bolsa de horas ofertadas, *“al no establecer un umbral máximo se está favoreciendo que los licitadores oferten para este criterio suministros innecesarios con el objeto de obtener una mayor puntuación,... la adjudicataria destaca de forma anormal y desproporcionada respecto del resto de los licitadores en la oferta de la bolsa de horas”*. Considera que, en aplicación del principio de conservación de actos y trámites, debe declararse la nulidad de la adjudicación y la *“retroacción del procedimiento hasta la fase de valoración para efectuar una nueva, sin aplicar la cláusula anulada”*.

Sexto. El expediente administrativo se recibió en el Tribunal el 16 de enero de 2015, junto al correspondiente informe del órgano de contratación, en el que concluye que *“las motivaciones por las que el recurrente justifica su recurso son totalmente infundadas. Los pliegos dejaban claro qué mejoras se valoraban y cómo, por lo que si consideraba, como ahora alega, que uno de los criterios de valoración era nulo de pleno derecho debía haber recurrido los citados Pliegos”*. El hecho de poner un límite en la bolsa de horas a valorar

“es algo potestativo del órgano de contratación y en este caso se consideró que no era lo más adecuado en pos de buscar las ofertas más competitivas posibles”.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las demás empresas licitadoras para que, si lo estimaran oportuno, pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho GENERA que solicita la desestimación del recurso y manifiesta que va contra los actos propios el participar de una licitación no impugnando una cláusula determinada y que sólo cuando se aprecia que no le beneficia en sus posiciones a la vista de las ofertas presentadas, recurra y declare entonces, y no antes, que la citada cláusula sea nula. Señala también que es incongruente y contradictoria la petición de que se haga la valoración de las ofertas sin tener en cuenta las mejoras pues dicha cláusula *“es obvio que habrá influido en el balance económico y los costes tenidos en cuenta por los licitadores en sus ofertas”*, con lo que anularla y mantener la valoración del resto de criterios *“sí sería injusto para unas empresas que han mesurado los costes soportables, y ajustado sus ofertas para poder ofertar en dichas condiciones”*.

Octavo. Con fecha 2 de febrero de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, producida de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se recurre la resolución de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de dicha norma.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP. La empresa CLECE concurrió a la licitación por lo que está legitimada para recurrir conforme señala el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. La cuestión de fondo a dilucidar es si la valoración de las mejoras, en particular de la bolsa de horas complementarias, se hizo correctamente y si tal valoración implica la nulidad de la cláusula donde se definen los criterios de valoración de las mismas.

Bien al contrario, como alega el órgano de contratación, la fórmula para atribuir los puntos a las mejoras está claramente indicada en el anexo 6 del PCAP transcrito en el antecedente tercero.

No obstante, resulta llamativo que las ofertas de horas complementarias para el conjunto de las dos categorías consideradas hayan sido tan dispares: desde 4.950 (GENERA) y 800 horas (CLECE) hasta un mínimo de solo 40 horas de una de las ofertas y una media de 767 horas de las diez ofertas valoradas.

Pero hay que tener en cuenta que en el Pliego de prescripciones técnicas (PPT) se establece (apartado 10.1) una jornada semanal mínima de 200 horas (cuatro oficiales de primera con especialidades diversas que se especifican y un peón, con jornada de 8 horas de lunes a viernes). También se establece que el mantenimiento correctivo “se realizará sin limitación de horarios ni mano de obra... Las piezas o equipos a sustituir se facturarán aparte”. Se establecen también los tiempos de respuesta en la reparación de averías. En el PPT no se especifica si el tiempo de reparación de averías, fuera de la jornada de 8 horas, se incluye o no en la bolsa de horas adicionales.

Respecto a la bolsa de horas, el PPT se limita a recoger que se refieren a dos categorías concretas de las especificadas en el apartado 10.1; por una parte, al “Oficial de primera polivalente, jefe de equipo, especialista en climatización con conocimientos de electricidad” y, por otra, al “peón con conocimientos de albañilería, pintura”. Aunque sería una lectura posible de lo dispuesto en el PPT, no se explicita si la “bolsa de horas” se refiere a “horas adicionales” de los dos trabajadores con las categorías especificadas y que deben permanecer en el centro 8 horas diarias de lunes a viernes. Lo cierto es que tanto la adjudicataria, como la propia recurrente y casi todos los licitadores han ofrecido un número de horas adicionales muy superior a las que la normativa laboral permitiría a un trabajador fijo, entendiendo por tanto que las “horas adicionales” se prestarían en su mayor parte por trabajadores distintos de los que están en el centro. Tampoco se especifica en los pliegos si la prestación de las horas adicionales se ha de realizar

efectivamente o sólo si lo exige el órgano de contratación para servicios extraordinarios y hasta el límite ofertado.

En la Resolución de un recurso interpuesto también por CLECE, aunque entonces manteniendo justamente los argumentos contrarios a los que aduce ahora, (Resolución nº 841/2014, de 7 de noviembre, con referencia a otras de este Tribunal), ya indicábamos que, al valorar la bolsa de horas según el número de las ofertadas sin tomar en cuenta su valoración económica, puede suceder que en el pliego los esfuerzos económicos de la oferta y de las horas adicionales no estuviesen correctamente proporcionados con la ponderación otorgada a cada uno de los criterios.

En la Resolución indicada también nos referíamos al hecho de que si, además de esa falta de “balance”, la realización efectiva de las horas complementarias depende única y exclusivamente de la voluntad del propio órgano de contratación que, llegado el momento, podrá decidir si exige o no al contratista adjudicatario la realización de las horas anuales sin coste para servicios extraordinarios, hasta el límite ofertado, *“esta circunstancia permitiría fácilmente atentar contra el principio de igualdad y libre concurrencia si previamente existiera un acuerdo entre el órgano de contratación y alguno de los licitadores en el sentido de no exigir la prestación de las citadas horas... Para evitarlo, bastaría con que el PCAP hubiera establecido un límite máximo en el número de horas sin coste que pudieran ofrecer los licitadores...”*.

Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la conveniencia de que los pliegos establezcan márgenes de referencia dentro de los cuales deban situarse los valores de las mejoras, pero, como en el caso citado, lo dispuesto en el Anexo 6 del PCAP sobre la valoración de las horas complementarias no es nulo de pleno derecho, lo que permitiría a este Tribunal entrar a conocer de oficio sobre tal disposición.

Puesto que el PCAP no fue impugnado en su momento, la aplicación correcta y completa de las cláusulas del pliego exige que las ofertas de los licitadores se valoren y puntúen con arreglo a los criterios previstos en las mismas, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Cuarto. Como ya hemos hecho referencia, CLECE es bien conocedora del criterio de este Tribunal expresado en el fundamento anterior y no es aceptable que en unos

recursos argumente en favor de su propia oferta de horas complementarias muy superior a la de otros licitadores y en otros, como en el que ahora se resuelve, pretenda con los argumentos contrarios que se declare nula tal posibilidad. No resulta admisible que en defensa del propio interés se empleen consideraciones y argumentos contradictorios. Por todo ello, consideramos que el recurso se presenta con temeridad, con el único objetivo aparente de retrasar la formalización del contrato. Se aprecia un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo torcidamente para otros fines, sin reparar en el daño que se causa al adjudicatario y a la entidad contratante mediante la suspensión del acto de adjudicación.

Por consiguiente, resultan de aplicación las previsiones del artículo 47.5 del TRLCSP, por lo que procede la imposición de una multa a la empresa recurrente, dada la evidente temeridad y mala fe del recurso interpuesto y el también innegable perjuicio para el adjudicatario y para el CSIC. Al no haber ofrecido éste una cuantificación del perjuicio, se fija la multa en su importe mínimo de 1.000 euros.

Por todo lo expuesto,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.J.J.V.A. en representación de CLECE, S.A., contra la adjudicación por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas del contrato de *“Prestación del servicio de mantenimiento del edificio e instalaciones del Instituto de la Grasa”*, a la empresa GENERA QUATRO S.A.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Apreciar la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso e imponer a CLECE, S.A. una multa de mil euros (1.000,00 €).

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.