

Recurso 347/2021
Resolución 498/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 25 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PROSELIM SERVICIOS INTEGRALES, S.L.**, contra los pliegos relativos al procedimiento de adjudicación del “Contrato de Servicio de Limpieza de los Edificios Municipales y Colegios Públicos del Municipio de Ronda”, (Expediente 946/2021), promovido el Ayuntamiento de Ronda (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de junio de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio fue, asimismo, publicado en el DOUE el 22 de junio de 2021. El valor estimado del contrato asciende a 1.462.243,20 €.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 15 de julio de 2021 tiene entrada en Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación. La Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida tuvo entrada en el registro de este Tribunal.

Con fecha 4 de agosto de 2021, este Tribunal acordó adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados»*.

TERCERO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) de un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso presentado el 15 de julio de 2021, en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto conforme al artículo 50.1 LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, resulta de interés las alegaciones de las partes:

1. Alegaciones de la entidad recurrente.



Infracción del artículo 145, apartados 5 a 7 en relación con el 99.7 de la LCSP. La recurrente señala que el PCAP no se ha redactado de conformidad con lo prescrito por el artículo 99.7 LCSP.

Señala que dado que cada uno de los lotes es susceptible de constituir un contrato, el PCAP establece los mismos criterios de adjudicación para cada lote, lo cual es imposible, puesto que no puede ser criterio valorable para cada lote el relativo al segundo criterio de adjudicación, que es la mejora consistente en la limpieza trimestral con agua osmotizada de los cristales, tanto interiores como exteriores, de la Biblioteca Municipal, dado que la biblioteca es solo uno de los edificios socioculturales que integran únicamente el lote 3.

Continúa que *“su configuración no dota de la necesaria seguridad jurídica a los licitadores a la hora de formular sus ofertas, pues, al ser una mejora cuyo objeto únicamente puede ejecutarse en el caso del lote 3, genera serias dudas sobre si la valoración de las ofertas de aquellos licitadores que no opten al lote 3 se ha de efectuar sobre un total de 100 puntos o sobre un total de 90 puntos - si únicamente se tiene en cuenta la valoración de la oferta económica.*

Por otro lado, dicha mejora no queda suficientemente especificada como tal por cuanto el PPT determina que la limpieza de elementos acristalados interiores debe hacerse semanalmente. Por su parte, la limpieza interior y exterior de cristalerías exteriores debe efectuarse con periodicidad mensual. Por tanto, la mejora no supone una prestación adicional a la que constituye el objeto del contrato”.

Concluye expresando que *“las infracciones expuestas en el presente fundamento jurídico constituyen causa de anulabilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 LCSP, por lo que procede anular las cláusulas afectadas por la misma y retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la aprobación del Pliego anulado”.*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Admite que existe un error *<<un error de hecho al poner “biblioteca municipal” en la Cláusula 12 del PCAP dado que la limpieza osmotizada puede efectuarse y consecuentemente ofertarse sobre todos los edificios que componen los 5 lotes del pliego, en tanto que todos cuentan con cristales exteriores que permiten ese tipo de limpieza, por tanto debe entenderse que se trata de un error de hecho, en base al art 122.1 LCSP puede rectificarse, sin necesidad de anular el pliego y retrotraer el procedimiento>>.*

En cuanto a la limpieza a la que se refiere el PPT señala que la *“limpieza de elementos acristalados interiores debe hacerse semanalmente. Por su parte, la limpieza interior y exterior de cristalerías exteriores debe efectuarse con periodicidad mensual”, no tienen nada que ver con la limpieza osmotizada que como ya hemos indicado es una limpieza especial por lo que si que supone una prestación adicional a las incluidas en contrato, que es una limpieza normal. Señala que el agua osmotizada es un agente limpiador muy poderoso y agresivo con la suciedad, siendo totalmente ecológico, dando unos resultados muy superiores a los sistemas tradiciones de limpieza que utilizan productos químicos. Olvidamos la limpieza tradicional con cubo, agua y un sinfín de productos con sustancias tóxicas”.*

Invoca el artículo 122.1 de la LCSP, de tal modo que los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden ser *“modificados con posterioridad por error material, de hecho, o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”.*

Solicita la desestimación del recurso interpuesto.



SEXTO. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

La cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), divide el contrato, a efectos de su ejecución, en cinco lotes, que son los siguientes:

- Lote 1. Colegios públicos.
- Lote 2. Edificios municipales.
- Lote 3. Edificios socioculturales.
- Lote 4. Instalaciones deportivas.
- Lote 5. Edificios anejos, barriadas y otros.

La cláusula 12 del PCAP establece una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio, fijando los siguientes criterios objetivos:

“1. Mejor oferta económica (hasta 90 puntos).

2. Mejoras ofrecidas por los licitadores (hasta 10 puntos): limpieza trimestral con agua osmotizada de los cristales, tanto interiores como exteriores, de la Biblioteca Municipal.”

El Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), en su cláusula 2ª, es el único que recoge este edificio, ello significa que dicha mejora únicamente podría ser propuesta por un licitador que ofertase al lote 3 o bien a éste y otros lotes o incluso a la totalidad de los mismos. En cambio, no podría ser propuesto por un licitador que, por ejemplo, ofertase a los lotes 4 y 5, pues, en caso de serles adjudicados, tendría que ejecutar prestaciones que integran el objeto del lote 3, por lo que no podría ofertarse. Es decir, existe una contradicción, el PCAP tiene en cuanto a los criterios de adjudicación un criterio imposible para los que propongan únicamente a los lotes que no sean el 3.

El órgano de contratación reconoce el error, que lo califica como de hecho.

No obstante, el denominado, como error de hecho, a pesar de reconocerse, lo cierto es que antes de la interposición del recurso no se ha rectificado. En cualquier caso, el error material o de hecho, conforme a la doctrina de este Tribunal sustentada en la del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Alto Tribunal de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\6001)), *“se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorización prima facie con su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:*

- a) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;*
- b) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;*
- c) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;*
- d) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;*
- e) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);*



f) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y

g) Que se aplique con un hondo criterio restrictivo.”

Visto el expediente, observamos que en la propia memoria donde se deben justificar los criterios de adjudicación elegidos se establece en el apartado 5.2:

“Mejoras ofrecidas por los licitadores. Hasta 10 puntos.

Limpieza trimestral de cristales de la Biblioteca Municipal con agua osmotizada. 10 puntos

Se puntuará con un total de 10 puntos a aquellos licitadores que ofrezcan la limpieza trimestral de los cristales, tanto interiores como exteriores, de la Biblioteca Municipal”.

En el supuesto analizado, establecerlo como criterio de adjudicación para los otros 4 lotes, siendo imposible su oferta en ellos, tiene trascendencia jurídica, pues la imposibilidad de ofertarlo (dado que el criterio alude a la biblioteca específicamente), tal y como está redactado, desconfigura la licitación, en cuanto al peso o importancia de la oferta económica con relación al criterio de calidad que se ha intentado introducir para todos los lotes como se reconoce. Lo justificado en el informe por el órgano de contratación, con relación a la propia justificación que de los criterios se da, y que deben velar por la relación calidad precio, no se cumple con la simple rectificación, pues debería justificarse que la limpieza con agua osmotizada en los otros edificios es un criterio justificado en relación con, por ejemplo, a la propia evaluación previa que se haya hecho, antes de la configuración del PCAP, de la cristalería que cada uno de los edificios de los otros lotes contenga.

Estimamos pues que, con relación a la Sentencia del Tribunal Supremo reproducida no concurrirían las circunstancias e) y f) citadas. El artículo 145.5 de la LCSP exige que se vinculen los criterios al objeto del contrato, lo que solo ocurre en el caso del lote 3, y, al haberse establecido con carácter general para todos y cada uno de los lotes es ejecutable únicamente en el caso del referido lote, su formulación no permite que las ofertas puedan ser evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

En su informe al recurso el órgano de contratación intenta demostrar el error material cometido, pero el mismo no se desprende del expediente de contratación, sino del razonamiento que en el informe al recurso efectúa el citado órgano. Quiere ello decir que la equivocación padecida en los documentos de la licitación adolece de los elementos necesarios para su consideración como error material susceptible de rectificación o subsanación en cualquier momento. El artículo 122 de la LCSP exige, en estos casos, la retroacción de actuaciones.

Ello nos lleva a concluir que, con los datos obrantes en los documentos contractuales, el motivo debe ser estimado acordándose la retroacción de actuaciones al momento previo a la elaboración de los pliegos y de la memoria justificativa para que se modifique en ellos los criterios de adjudicación, a efectos de que los mismos sean coherentes, y se justifique debidamente su elección, si resultan aplicables a todos los lotes, algo que no se deduce de la memoria.

Por otro lado, y con relación al segundo motivo del recurso, se estima que el criterio o justificación técnica del criterio de adjudicación, la limpieza de la cristalería con agua osmotizada, establecida en el lote 3, no supone un solapamiento con la limpieza de cristalería mensual establecido con carácter mensual en el programa básico. Es



decir, es un criterio diferenciador respecto de la limpieza ordinaria que señala el programa básico de la cláusula quinta del PPT. Es decir, a mayor abundamiento, sí sería extensible a otros lotes, si existiere esta cristalería en esos lotes, por ser distinto tipo de limpieza el de agua osmotizada. Estimamos que estaría justificada, estando comprendida dentro de su discrecionalidad técnica, si bien su justificación debería ser trasladada a la memoria justificativa respecto de la idoneidad de los criterios elegidos, todo ello, conforme al artículo 145 de la LCSP.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PROSELIM SERVICIOS INTEGRALES, S.L.**, contra los pliegos relativos al procedimiento de adjudicación del “Contrato de Servicio de Limpieza de los Edificios Municipales y Colegios Públicos del Municipio de Ronda”, (Expediente 946/2021), promovido el Ayuntamiento de Ronda (Málaga), a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 4 de agosto de 2021.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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

