

Recurso nº 283/2021
Resolución nº 313/2021

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 8 de julio de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la UTE Clece, S.A. y Klemark Espectáculos Teatrales, S.A. (en adelante Clece–Klemark), contra la adjudicación del Lote 1 “Gestión, mantenimiento y limpieza” del contrato de servicios de “Gestión de los Teatros del Canal de Madrid, incluido el Centro Coreográfico Canal, y del Teatro Auditorio de San Lorenzo de El Escorial (2 lotes)”, número de expediente C-334A/003-20 (A/SER-009161/2020), de la Consejería de Cultura y Turismo, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 22 de diciembre de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria de licitación pública del contrato de servicios de referencia, mediante licitación electrónica por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 36.266.464,56 euros, para un plazo de duración de 24 meses, prorrogable hasta un máximo de 48 meses, correspondiendo al Lote 1 impugnado el importe de 33.179.845,97 euros. El 23 de diciembre se publicó en el BOCM.

Segundo.- La fecha límite para la presentación de ofertas fue el 22 de enero de 2021, presentándose a la licitación del Lote impugnado 3 empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 31 de mayo de 2021 el órgano de contratación adjudicó el contrato de servicios a la UTE Salzillo Servicios Integrales, S.L.U.-Imesapi, S.A. (en adelante Salzillo-Imesapi), a propuesta de la mesa de contratación de 10 de marzo, una vez calificada la documentación presentada por la adjudicataria en sesión celebrada el 18 de mayo. El mismo día 31 de mayo de 2021 se notifica a los interesados y se publica en el perfil de contratante el acuerdo de adjudicación adoptado.

Tercero.- Con fecha 21 de junio de 2021, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de Clece-Klemark presentado el 18 de junio interponiendo recurso contra la adjudicación del contrato del lote 1 del contrato de servicios a Salzillo-Imesapi, solicitando la anulación del acto recurrido, retrotraer las actuaciones al momento anterior al acto administrativo de adjudicación, excluyendo la oferta de la adjudicataria por carecer de la solvencia técnica o profesional exigida, o supletoriamente por incumplimiento del contenido de los pliegos, en cuanto que la adjudicataria no ha incluido en su propuesta económica las bolsas de horas correspondientes al segundo año de prestación de servicios. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de contratación.

Cuarto.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 25 de junio de 2021, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso por carecer de fundamento jurídico.

Quinto.- Por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y

de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

El 2 de julio de 2021, dentro del plazo concedido, el adjudicatario presenta alegaciones solicitando la desestimación del recurso interpuesto por Clece-Klemark.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 1 se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que el lote restante se vea afectado por la suspensión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del RPERMC, y sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Clece-Klemark para la interposición del recurso, por tratarse de la UTE licitadora clasificada en segundo lugar para la adjudicación del contrato de servicios, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que prevé *“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.*

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 18 de junio de 2021, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP, dado que la adjudicación del contrato se ha publicado en el perfil de contratante el 31 de mayo de 2021.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto se concreta en determinar si la proposición presentada por el adjudicatario reúne los requisitos exigidos en los pliegos que rigen la contratación del servicio.

A los efectos de la resolución del recurso resulta de interés citar lo dispuesto en los siguientes apartados de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP):

Cláusula 1. Características del contrato.

“1.- Definición del objeto del contrato:

(...)

LOTE 1

A) La gestión de la actividad programada por la Comunidad de Madrid en los Teatros y la coordinación y logística de festivales.

B) La conducción y el mantenimiento de los edificios, zonas colindantes, adyacentes y zonas verdes, instalaciones interiores y exteriores y de la totalidad de los equipamientos escénicos y no escénicos.

C) Los servicios y asistencias técnicas necesarias para el desarrollo de la actividad escénica y no escénica que se programe y produzca en Los Teatros del Canal y el Teatro Auditorio, por parte de la Comunidad de Madrid.

D) La limpieza, tanto interior como exterior, de todas las dependencias e instalaciones.

(...)

Códigos CPV LOTE 1:

Código CPV: 92320000-0 (Servicio de explotación de instalaciones artísticas)

Código CPV: 50700000-2 (Mantenimiento)

Código CPV: 90911200-8 (Limpieza)”

7. - Solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

“LOTE 1

Acreditación de la solvencia económica y financiera

(...)

Acreditación de la solvencia técnica o profesional

Artículo 90.1.de la LCSP apartado a): Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

Criterios de selección:

Se considerará solvente al licitador que haya realizado contratos por un importe igual o mayor a 9.000.000 euros en servicios de gestión de instalación artística, mantenimiento integral de edificios y de limpieza de edificios en el año de mayor ejecución dentro de los tres últimos.

Para determinar si los trabajos son de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos CPV de los contratos que hayan realizado y su coincidencia con los CPV de este contrato establecidos en el apartado 1: 50700000-2, 90911200-8 y 92320000-0.

Forma de acreditación:

Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañada de los documentos obrantes en su poder que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Los certificados deberán precisar el objeto del contrato, su importe y plazo de ejecución”.

Sexto.- La recurrente fundamenta el recurso contra la adjudicataria en dos motivos de impugnación: la falta de cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica o profesional exigidos en el PCAP; y la Inconsistencia entre la oferta económica formulada y las exigencias de los pliegos, habida cuenta que no incluye la segunda anualidad completa de las bolsas de acomodadores, montaje/desmontaje y carga/descarga y limpieza.

En relación al incumplimiento de los requisitos de solvencia técnica o profesional la recurrente analiza los 6 certificados de ejecución de servicios presentados por la adjudicataria, considerándola insuficiente e inadecuada por no coincidir los códigos CPV de dos de los certificados aportados y solo parcialmente un tercero con los de igual o similar categoría, no alcanzando el importe justificado los 9.000.000 de euros exigidos. El PCAP exige como criterio de selección la realización de contratos por un importe igual o mayor a 9 millones de euros en servicios de gestión de instalaciones artísticas, mantenimiento integral de edificios y de limpieza, especificando que se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos CPV, es decir los que empiecen por 507, 909 y 923, para ser considerados como trabajos de igual o similar naturaleza.

Asimismo, indica que solo un 14,86% de la solvencia corresponde a la actividad principal objeto de contrato cuando el peso en el objeto del contrato de esta actividad

supone un 74,19%, habiendo justificado en demasía la actividad correspondiente al mantenimiento integral con más de 11 millones, y abandonado por completo las prestaciones relativas a la limpieza de edificios. En este sentido la recurrente filtra la información de la solvencia de la adjudicataria, eliminando el IVA indebidamente tenido en cuenta, desechando aquellos certificados que no vienen referidos a los CPV identificados en el PCAP, y en proporción al peso de cada prestación sobre el total del contrato. Así pone de relieve que la Adjudicataria no ha acreditado haber realizado contratos por importe de 9 millones de euros, aunque se aceptara la totalidad de la solvencia presentada, pues habiendo identificado tres CPV diferentes, con un peso completamente distinto, se pretende acreditar la solvencia con trabajos o servicios que ninguna relación tienen con el objeto del contrato. En consideración a los certificados que resultan válidos, acredita a lo sumo 2.068.589,84 € (un 22,98%) del total exigido, y ello sin ponderar los pesos de cada prestación, lo que nos conduciría con mayor fuerza a confirmar su insuficiente solvencia, que solamente ha justificado un 13'86% de la prestación principal, un 9,13% de la actividad de mantenimiento y nada en cuanto a la actividad de limpieza.

Por otra parte, menciona que el artículo 2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), permite la posibilidad de que los contratos contemplen una pluralidad de objetos, si bien, cada una de las prestaciones debe ser definida con independencia de las demás, sin que, con carácter general, resulte posible que las prestaciones del contratista queden condicionadas a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración. Si todas las prestaciones no correspondiesen a un mismo tipo de contrato nos encontraríamos ante un contrato mixto y por analogía en aplicación de los artículos 18 y 34.2 de la LCSP podríamos considerar que en el presente contrato se deberá atender al carácter predominante de la prestación principal, esto es, gestión de instalaciones artísticas.

En este caso se acumulan tres objetos en el mismo contrato, dado que el contrato incluye prestaciones de servicios de gestión de instalación artística, de

mantenimiento integral de instalaciones y de limpieza de edificios, siendo la prestación más importante desde el punto de vista económico la gestión de instalaciones artísticas, que suponen un 74,19% del total de costes del contrato, el mantenimiento supone un 17,30% y la limpieza un 8,51%, por ello la exigencia de la solvencia y su acreditación debe estar ponderada en función de la prestación nuclear objeto de contrato, sin que la experiencia relativa a una prestación accesorio sirva como justificación de la mayor parte del importe exigido, como se pretende en este caso.

Por ello afirma, que caso de que el Tribunal entienda que la solvencia aportada en su globalidad por la adjudicataria podría ser suficiente, con carácter supletorio, ante la necesidad de anteponer la solvencia de la actividad predominante al del resto de prestaciones, y respetar la finalidad de la exigencia de esta solvencia de garantizar que el servicio público se prestará por empresas que tienen una experiencia acreditada, tampoco resulta acreditada la solvencia exigida pues la mayor parte de la solvencia justificada está referida a la actividad de mantenimiento de instalaciones. En apoyo de la afirmación de la actividad preponderante, cita el criterio manifestado por el TACRC en su resolución 503/2014, en la que se considera que no procedía exigir que los licitadores acrediten la solvencia para todas y cada una de las prestaciones integradas en el mismo, sino únicamente la que corresponda a la prestación más importante económicamente, dado que nos encontramos ante un único contrato y no ante contratos independientes.

El órgano de contratación en primer lugar manifiesta respecto a la no inclusión del IVA en los certificados que no habiéndose establecido en el PCAP el criterio de selección sobre el presupuesto de licitación sin IVA, ni sobre el valor estimado, que no conlleva IVA, y sí sobre los contratos realizados, no puede concluirse que este último concepto deba ser excluido del cálculo a efectos de determinar la suficiencia de la solvencia técnica, conforme a lo dispuesto en la cláusula 1.7 y el artículo 102 de la LCSP.

A continuación, la Consejería pasa a analizar detalladamente la validez de cada uno de los 6 certificados aportados por la adjudicataria para acreditar su solvencia técnica o profesional:

Certificado de la Universidad de Cantabria, el importe ejecutado sería 767.611,58 €, coincidente con el aceptado por la recurrente

Certificado del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. La UTE recurrente considera que únicamente hay que incluir los trabajos realizados para el mantenimiento integral de edificios, por importe de 53.978,26 euros, no obstante el objeto del contrato es el "mantenimiento integral de los edificios y locales e instalaciones de los Centros Sanitarios adscritos a la Gerencia de Atención Primaria en Valdepeñas", y no puede considerarse incluido el mantenimiento de edificios, excluyendo el mantenimiento de las instalaciones, por lo que el importe a considerar es 134.945,64 euros en el año 2018.

Certificado del Ayuntamiento de Barcelona, Mantenimiento integral de edificios adscritos a diversas gerencias y distritos del Ayuntamiento. La recurrente lo considera inválido para justificar la solvencia técnica basándose en que el contrato se publicó con la CPV 5080000-3 Servicios varios de reparación y mantenimiento. No obstante, a la vista del contenido del pliego y las clasificaciones solicitadas, es evidente que la CPV asignada al contrato no es adecuada, atendiendo a la desagregación de las CPV 508 y 507, debiendo prevalecer el objeto del contrato y el contenido de la prestación del mismo a efectos de calificar los servicios prestados como equivalentes a los solicitados en la actualidad para acreditar la solvencia técnica de la empresa. En definitiva, atendiendo a la certificación emitida por el Ayuntamiento de Barcelona en la que no se especifica CPV, habiendo quedado demostrado que las prestaciones definidas en el objeto del contrato y PCAP se identifican plenamente con lo solicitado para acreditar la solvencia técnica del presente contrato, no siendo adecuada la codificación CPV por estar plenamente definidas en los pliegos las prestaciones (servicios de gestión de instalación artística, mantenimiento integral de edificios y de

limpieza de edificios), debe admitirse el certificado con importe para el año 2018 de 4.228.983,18 euros.

Certificado del Ayuntamiento de Madrid. Igualmente se considera inválido por la recurrente por la CPV, sin embargo la asignada al contrato, aun siendo la principal, atendiendo al importe de las distintas prestaciones, no comprende la totalidad del objeto del contrato ni de las prestaciones certificadas, por lo que la Consejería determina desagregadamente qué trabajos de los certificados por el Ayuntamiento son coincidentes con las prestaciones detalladas en los pliegos, concluyendo que del importe total certificado para trabajos contemplados en el PCAP y PPTP asciende para 2018 a 6.548.316,41 euros atendiendo al 50% de participación de Imesapi en la UTE.

Certificado del Ayuntamiento de Murcia. Servicios para el funcionamiento de los centros culturales, auditorios y teatros municipales. El importe certificado para el año 2018 asciende a la cantidad de 1.157.000 euros, coincidente con el contemplado por la recurrente.

Certificado del Ayuntamiento de Valencia. Servicios necesarios para la adecuada ejecución de las actividades escénicas propias del Teatro El Musical y del Auditori La Motant. Todos los trabajos descritos en el certificado son coincidentes con la solvencia técnica adecuada requerida (servicios de gestión de instalación artística, mantenimiento integral de edificios y de limpieza de edificios) y con los servicios descritos en el PPTP. Al haberse adjudicado el contrato el 25 de junio de 2018 y sin constancia de la fecha de inicio del mismo se procede a reconocer para la anualidad de 2018 el importe de 108.900,00 euros.

En consecuencia, se considera acreditada la solvencia técnica del contrato por importe total de 12.945.756,81 €.

Por otra parte, respecto a los porcentajes de acreditación de la solvencia técnica, la UTE recurrente pretende que se establezcan parámetros limitadores de la solvencia técnica una vez licitado el contrato y en base a su propio criterio, no a las necesidades del órgano de contratación expresadas a través de los pliegos, lo cual vulneraría los principios de igualdad y concurrencia. En ningún caso el PCAP establece porcentajes de acreditación de solvencia técnica para cada prestación, habiendo presentado la UTE adjudicataria certificados acreditativos de la realización de servicios de gestión de instalación artística, de mantenimiento integral de edificios y de limpieza de edificios. El órgano de contratación, como las empresas licitadoras deben ceñirse a la literalidad del pliego no siendo ajustado a derecho la introducción ad hoc de limitaciones y condicionantes a la solvencia técnica no previstos y que vulnerarían los principios de igualdad de trato, concurrencia y transparencia.

El adjudicatario en su escrito de alegaciones manifiesta que ha acreditado ampliamente el cumplimiento de los requisitos mínimos de solvencia técnica exigidos por el pliego. El pliego exige haber realizado contratos por un Importe Igual o superior a 9,000.000 euros en "servicios de gestión de instalación artística, mantenimiento integral de edificios y de limpieza de edificios", sin que se exija de forma individualizada para cada prestación, sino a las tres prestaciones en su conjunto. Los años de acreditación comprenden 2017, 2018 y 2019, habiéndose superado ampliamente la cifra de 9 millones tanto en el año 2017 (13.226.529,60 euros) como en el 2018 (12.945.756,69 euros), adjuntando tabla detallada con el resumen de los certificados aportados, describiendo los servicios años, importe, % de UTE, CPV equivalente y observaciones.

El pliego no precisa de forma expresa si la cuantía exigida incluye o no IVA, no obstante, no cabe duda de que lo incluye al no hacer referencia al presupuesto de licitación, ni pronunciarse acerca de su exclusión. Por el contrario, el criterio se refiere a *"contratos realizados"*, esto es, al precio que como recoge el artículo 102 de la LCSP *"En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido"*.

A lo anterior debe sumarse el hecho de que en la apreciación de la solvencia técnica los órganos de contratación tienen un amplio margen de discrecionalidad, al tratarse de elementos de carácter estrictamente técnicos.

Por otra parte, respecto a los porcentajes específicos de acreditación de la solvencia técnica en función del coste de cada prestación alega que el PCAP, que es ley del contrato y cuyo contenido ha asumido la recurrente al igual que el resto de licitadores, no establece porcentaje de acreditación de solvencia técnica para cada prestación con respecto al total.

Este Tribunal, examinado el expediente de contratación y las alegaciones formuladas por todas las partes, considera que la UTE adjudicataria cumple con los requisitos de solvencia técnica o profesional exigida en la cláusula 1.7 del PCAP, toda vez que analizados los certificados de prestación de servicios aportados por Salzillo-Imesapi se observa que los trabajos acreditados son de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto de las prestaciones a contratar, habiéndose ejecutado dentro de los tres últimos años, incluyendo el importe, fecha y destinatario, como prevé el artículo 90.1.a) de la LCSP y la citada cláusula del PCAP.

En relación a la no coincidencia de alguno de los certificados con los tres primeros dígitos de los CPV indicados en la cláusula 1.1 del PCAP, se ha de recordar en primer lugar que el artículo 2.4 de la LCSP dispone que *el “Vocabulario común de contratos públicos”*, aprobado por el Reglamento (CE) n.º 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), o normativa comunitaria que le sustituya, se utiliza a los efectos de identificar las prestaciones que son objeto de los contratos regulados en esta Ley, disponiendo el Manual del vocabulario común de contratos públicos (CPV 2008) que las entidades adjudicadoras deben buscar el código que responda a sus necesidades con la mayor precisión posible, pudiendo

utilizar más de un código para responder mejor a las necesidades particulares en cada caso.

Por su parte el artículo 92 de la LCSP al regular la concreción de los requisitos y criterios de solvencia dispone que *“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos”*. Asimismo, el párrafo segundo del artículo 90.1.a) de la LCSP expresamente recoge el carácter supletorio que tienen los tres primeros dígitos de los correspondientes códigos de la CPV al indicar que *“se atenderá a ellos en defecto de previsión en el pliego, además para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el PCAP podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos”*.

En este sentido conviene traer a colación la consideración 5 del Informe 7/2016, de 22 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid sobre aplicación del criterio de solvencia técnica o profesional, al manifestar que *“La exigencia de que los trabajos o servicios efectuados se correspondan con una determinada división de la CPV resulta precisa para encuadrarlos dentro de una división concreta (en el supuesto objeto de consulta: Servicios de salud y asistencia social) que es la que determina dónde se encuadra el objeto del contrato, y evitar así que se puedan acreditar mediante trabajos o servicios efectuados en divisiones distintas, ajenas al objeto del contrato. Se trata, por tanto, de establecer una mínima relación entre los servicios y trabajos efectuados y el objeto del contrato, a fin de imposibilitar la acreditación de la solvencia mediante trabajos o*

servicios sin ninguna relación con el objeto del contrato. Es una medida de garantía para la correcta selección del contratista.

Sin embargo, es evidente que en algunos casos no deben admitirse todos los servicios o trabajos incluidos en la división correspondiente de la CPV, por lo que el órgano de contratación habrá de establecer un grado mayor de precisión en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al amparo de lo dispuesto en los artículos 62.2 y 78.1 del TRLCSP, indicando los trabajos o servicios que, estando incluidos en dicha división, se consideren adecuados para acreditar la solvencia exigida para cada contrato, tal como indican los artículos 75 a 78 del TRLCSP.”

De lo expuesto se desprende claramente que los códigos CPV sirven para facilitar la identificación de los trabajos codificando las prestaciones, pero sin que ello pueda llegar a suponer que no se deban tener en cuenta para acreditar la experiencia exigida la realización de trabajos que conforme a los pliegos y contrato son de naturaleza análoga al objeto del contrato que se licita.

Por otra parte, es competencia de la mesa de contratación calificar la documentación acreditativa, entre otras, de la solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores conforme establece el artículo 22.1.a) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; como igualmente prevén los artículos 157.1 y 326 2.a) de la LCSP al disponer que la mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada ejercerá, entre otras funciones, la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación. Función en la que la mesa goza de discrecionalidad técnica, presunción iuris tantum de acierto que no ha quedado desvirtuada por las alegaciones de la recurrente, dado que no se ha apreciado en su actuación arbitrariedad, discriminación, ni error manifiesto al considerar que el adjudicatario reúne los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP.

En lo que respecta a la alegada exclusión del importe del IVA de las cuantías que figuran ejecutadas en los certificados presentados hemos de convenir con el órgano de contratación y con la adjudicataria en que no procede, dado que la cláusula 1.7 del PCAP alude al importe del contrato, y en el precio del contrato como establece el artículo 102 .1 de la LCSP se entiende incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, siendo doctrina asentada, que los pliegos de contratación son lex inter partes conformando la ley del contrato y vinculando en sus propios términos tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación, (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.

Por último, se ha de señalar que los artículos 18 y 34.2 de la LCSP no aplican en el presente supuesto puesto que las prestaciones objeto de contrato pertenecen al mismo tipo contractual de servicios, aunque incluya diferentes clases de actividades, refiriéndose la Resolución 503/2014 del TACRC citada por la recurrente a un contrato mixto que no es el caso. En definitiva este Tribunal considera artificiosa la argumentación de Clece-Klemark en cuanto a la aplicación analógica de los contratos mixtos para tratar de justificar que se aplique a la acreditación de la solvencia técnica unos porcentajes específicos en función del coste de cada prestación, que no figuran recogidos en el PCAP ni en la LCSP, y que por tanto no serían aplicables a efectos de la pretendida exclusión de la adjudicataria, además de como afirma el órgano de contratación su carácter claramente restrictivo y sobrevenido al momento de la calificación.

Por lo expuesto se desestima el primer motivo de impugnación al considerar que la adjudicataria ha acreditado contar con la solvencia técnica o profesional exigida en la forma requerida para el Lote 1 en la cláusula 1.7 del PCAP.

Clece-Klemark como segundo motivo de impugnación alega incongruencia entre la oferta económica presentada por la adjudicataria y las exigencias del pliego.

Así indica que el PCAP en su Anexo IX, en el desglose del presupuesto de licitación del contrato, establece tres bolsas de horas: de acomodadores, de montaje/desmontaje y carga/descarga, y de limpieza. Asimismo, el PCAP incorpora en el Anexo I.1. el modelo de proposición económica que han de respetar los licitadores, conteniendo un desglose de los capítulos que componen el precio ofertado, que resultará de la suma de los apartados A) Gestión y mantenimiento y B) Limpieza. El citado Anexo si bien solicita el presupuesto total del contrato (2 años), al incorporar también la obligación de desglosar el presupuesto de las bolsas de horas las refiere al parecer a solo un año, ante la duda se realizó consulta, conforme a lo dispuesto en el artículo 138.2 de la LCSP, contestando el Área de Contratación:

“Respecto de la oferta del Anexo I.1, se tiene que establecer la oferta por el período inicial del contrato, es decir, por 2 años.

Respecto del Anexo I.1. B de desglose de la oferta del lote nº1, es cierto, como indica que el mismo viene desglosado para cada uno de los años del contrato, al haberse fijado el número de las bolsas de horas de manera anual, en lugar de por la totalidad del contrato.

Así que una vez rellenado el modelo y al final del mismo puede indicar que estas cuantías se multiplican por los 2 años del contrato dando como total la cuantía señalada en el Anexo I.1 de oferta económica”.

La adjudicataria no multiplica por dos los importes que oferta a las bolsas de horas dando lugar a la incongruencia de su proposición económica al mezclar partidas anuales con partidas bienales, lo que redundo en una falta de cumplimiento de las exigencias y obligaciones contenidas en los pliegos, en cuanto a las tres bolsas de horas, pues las incluye para un solo año, faltando las horas correspondientes al segundo año de ejecución del servicio, que no han sido tenidas en cuenta. Ello ha provocado que el órgano de contratación haya realizado la consignación

presupuestaria sin haber tenido en cuenta las bolsas de horas del segundo año de contrato, no pudiendo hacer efectivas tales horas si llegado el caso fueran solicitadas por la Administración, y no porque no las exija el pliego, sino porque no tiene crédito suficiente para hacerlas efectivas, lo que provocaría un indiscutible conflicto en la fase de ejecución del contrato. Por tanto, el total ofertado por la Adjudicataria (sin IVA) asciende a 12.562.681,34 euros cuando la oferta debería haberse incrementado en 255.414 euros, ascendiendo a un total de 12.818.095,34 euros.

Clece-Klemark concluye indicando que la infracción cometida por el adjudicatario provoca incoherencia entre la oferta económica y las prestaciones propias del contrato, que no han sido tenidas en cuenta, sin que en ningún caso se pueda postergar su resolución a la fase de ejecución del contrato, pues tal circunstancia debe ser valorada y analizada por el órgano de contratación en el momento de la valoración de las ofertas a los efectos de cumplir con la selección de la “mejor oferta” atendiendo a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, como lo afirman recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo; ni encuadrar tal circunstancia dentro del principio de riesgo y ventura por el que el contratista asume los riesgos a que está expuesto el desarrollo de un contrato y que repercuten en el beneficio económico que esperaba obtener, habida cuenta que la circunstancia se conoce con anterioridad al desarrollo del contrato.

El órgano de contratación informa que entre las prestaciones objeto del contrato se encuentra una previsión de bolsa de horas, estimada como máximos a realizar en caso de que su uso fuera requerido en base a necesidades puntuales que puedan ocasionarse con motivo de la ejecución del contrato. Los importes máximos previstos para las bolsas se detallan en el PCAP, suponiendo en total un 3,13% de los costes directos del lote nº 1.

La UTE Salzillo-Imesapi, siguiendo el modelo establecido, realiza la oferta por dos años de ejecución, contabilizando en su desglose 12.000 horas de bolsa de horas de acomodadores, 6.000 horas de bolsa de horas de montaje y desmontaje y 600

horas de bolsa de horas de limpieza, sin multiplicar por 2 el importe de las bolsas de horas, ni elevar la base imponible. Ello no indica que su oferta adolezca de error o inconsistencia que invalide su propuesta, pues respecto a las bolsas de horas se establece un límite máximo de coste para la Administración para los dos años de ejecución del contrato, estando toda la oferta formulada para ambos años sin efectuar ninguna aclaración respecto al periodo imputable, ni elevar la base imponible en consideración al mayor número de horas, como sí hizo Eulen al indicar que los importes de las bolsas de horas se correspondían con importes anuales y sumarlas multiplicadas por dos a la base imponible.

Las bolsas de horas previstas no son prestaciones que en todo caso deban ser llevadas a cabo por el contratista como servicios necesarios, ciertos y determinados anualmente, sino que son estimadas como servicios a realizar en la eventualidad de que, por causas que a priori no se conocen, pudieran ser demandadas por la Administración, cuando la programación lo exigiera. Lo que la recurrente considera una infracción por parte de la adjudicataria no tomada en cuenta por el órgano de contratación, se considera por la Consejería una propuesta que responde a una posible estrategia empresarial a la hora de determinar el valor de la oferta, ya que las horas pueden ser, o no, necesarias en la ejecución del contrato, dependiendo de las circunstancias de la programación que en un futuro puedan tener lugar, y que no pueden ser conocidas con total precisión en el momento de presentación de la oferta. Por ello, el precio ofertado por la adjudicataria en este apartado, se entiende que juega con la posibilidad de que las horas previstas en un principio en los pliegos no sean, finalmente, necesarias en su totalidad y, en consecuencia, proponga un precio que asciende al 50% del coste estimado, con el consiguiente ahorro para la Administración.

Por tanto, las bolsas de horas podrán hacerse efectivas si fueran solicitadas por la Administración, por ser obligaciones del adjudicatario contenidas en los pliegos, debiendo llevarlas a cabo el contratista independientemente del coste que le supongan, sin que represente un obstáculo el crédito previsto en el contrato para este

fin, dado que la Administración no necesita de un presupuesto adicional para abonar las horas que fueran necesarias, pues el precio del contrato adjudicado las incluye determinadas como máximo. En este sentido, añade, que la ejecución de las horas queda incluida en el ámbito del riesgo y ventura asumido por la empresa, pues si las horas presupuestadas por la adjudicataria son suficientes, habrá hecho una oferta adecuada a sus previsiones de coste, pero si no lo son, la Administración podrá exigirle el número de horas máximo previsto en los pliegos, sin que la adjudicataria pueda negarse a realizarlas ni, por supuesto, reclamar que le sean abonadas. En consecuencia, de producirse la eventual circunstancia de que en el desarrollo de la ejecución de los trabajos se requiera un número de bolsa de horas superior al estimado por la UTE adjudicataria en su presupuestación, dentro del límite máximo estimado en pliegos, la adjudicataria realizará la prestación sin cargo al presupuesto del contrato, debiendo repercutirse a 0 euros, siendo pacífica la admisión de precios de cero euros siempre que se conserve el carácter oneroso del contrato.

La Consejería concluye indicando que del desglose de costes presentado por la adjudicataria, que no incurre en baja temeraria, no puede deducirse error de cálculo o imprevisión ya que es perfectamente factible el hecho de que a efectos de realizar la oferta económicamente más ventajosa se haya asumido el riesgo de la eventual realización de un número mayor de bolsa de horas de las presupuestadas que deberán realizarse a coste 0 para la Administración. Tampoco cabe identificación con las sentencias mencionadas por la recurrente, ya que la propuesta económicamente más ventajosa, además de ser viable, puede satisfacer la necesidad que da origen al contrato, sin que exista falta de correlación entre la oferta económica y la oferta técnica.

La adjudicataria alega que su oferta se ajusta perfectamente al modelo previsto en el pliego, como reconoce el propio recurrente, sin que se dé ninguno de los supuestos de exclusión previstos en el artículo 84 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

El Importe máximo previsto para cada uno de los tipos de bolsas de horas está perfectamente determinado en el pliego y por tanto, la UTE Adjudicataria ha presentado su oferta conociendo la realidad de tales costes y dimensionando la oferta, dentro de su margen de riesgo empresarial. La previsión de bolsa de horas es una prestación potencial que podrá o no ser requerida, lo que permite al licitador poder asumir riesgos empresariales para ajustar su oferta a un precio más competitivo. Los tres tipos de bolsas de horas que previstas en los pliegos no constituyen prestaciones necesarias y ciertas que haya que realizar con carácter anual (como erróneamente parece entender el recurrente), sino que se prevén como hipotéticas o potenciales en caso de ser requeridas, cuando por circunstancias derivadas de la programación así lo exijan. Es, pues, por su naturaleza, un Importe variable e Incierto, a diferencia de lo que ocurre con el resto de prestaciones del contrato, pueden materializarse o no, por ello, juega aquí un papel muy Importante el riesgo empresarial que asuma el licitador, conforme a su experiencia en el sector. La UTE Adjudicataria ha realizado un estudio de viabilidad técnica y económica, y fundadamente, ha decidido asumir con cargo a su riesgo operacional, el precio de las hipotéticas horas que se le puedan requerir una vez consumidas las horas ofertadas. Ello es plenamente conforme con los principios básicos de la contratación pública y, en concreto, no supone contravención del principio de concurrencia efectiva. Obviamente si finalmente fuese preciso consumir la totalidad de las bolsas de horas, las horas prestadas una vez consumidas las presupuestadas por la UTE Adjudicataria, se realizarán a precio o coste cero, pues de acuerdo con los pliegos ha aceptado y asume su ejecución en el caso de ser necesarias, careciendo de sentido la afirmación de la recurrente de que la Administración no dispondrá de presupuesto suficiente para pagar más horas más allá del 50% presupuestado y que la UTE Adjudicataria no podrá ejecutar el resto de horas

Concluye alegando que no hay incongruencia o incoherencia alguna entre la oferta formulada y las prestaciones incluidas en el objeto del contrato, habiendo ofertado con conocimiento de causa e informado de los costes del contrato, incluyendo un descuento en el coste a la Administración de la bolsa de horas, que entra dentro

del riesgo operacional que legítimamente asume el licitador y que se traduce en último término en la obtención por parte de la Administración de una oferta con un precio más ajustado, fundamentando su argumentación en diversas resoluciones de Tribunales Administrativos de Contratación y sentencias del Tribunal Supremo.

Este Tribunal a la vista de las exigencias recogidas en los pliegos, las ofertas presentadas a la licitación y las alegaciones formuladas por las partes, considera que en la proposición presentada por la adjudicataria no se dan las circunstancias que la normativa contractual exige para el rechazo de la oferta y consiguiente exclusión de la UTE Salzillo-Imesapi del procedimiento de adjudicación.

A estos efectos, conviene recordar que el rechazo de las proposiciones figura regulado en el artículo 84 del RGLCAP disponiendo que *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.”*

Siguiendo los motivos de rechazo previstos en el RGLCAP, en primer lugar, hemos de convenir con las partes en que la oferta presentada por la adjudicataria es formalmente correcta respetando lo dispuesto en la cláusula 12 del PCAP, que al regular la forma y contenido de las proposiciones establece en su apartado C) el contenido de el sobre nº 3 *“proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas”*, con expresa remisión al modelo de oferta recogido en el Anexo I.1 del pliego, habiéndose ajustado Salzillo-Imesapi al modelo de proposición económica establecido así como al desglose previsto en el Anexo I.1.B para el Lote 1. Asimismo, la oferta guarda concordancia con la documentación examinada y admitida por el

órgano de contratación, y su importe no excede del presupuesto base de licitación del contrato. Por otro lado, no se ha producido error en el Importe de la proposición, pues como mantienen tanto el propio adjudicatario como el órgano de contratación, se han ofertado a coste 0 las horas que caso de ser necesarias excedan de 12.000 para acomodadores (hasta un máximo de 12.000 horas más), de 6.000 para montaje/desmontaje y carga/descarga (hasta un máximo de 3.000 horas diurnas y 3.000 nocturnas), y 600 de limpieza (hasta un máximo de 300 horas diurnas y 300 nocturnas). Además, huelga mencionar que no hay reconocimiento por parte del licitador de que la oferta presentada adolezca de error o inconsistencia que la hagan inviable, siendo de interés reseñar a estos efectos que la oferta de la adjudicataria no contiene valores anormales o desproporcionados conforme a lo dispuesto en la cláusula 1.9 del PCAP, representando el importe correspondiente a las horas ofertadas a 0 euros una cuantía inferior al 1% del contrato, en el supuesto de darse las circunstancias de que se llegasen a necesitar el máximo de las horas previstas en los pliegos.

Respecto a la legalidad de que determinadas unidades comprendidas en el objeto del contrato puedan ser ofertadas a coste cero es admitida pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia. Este Tribunal ya se ha manifestado en este sentido en anteriores resoluciones baste citar a los efectos la 38/2018 de 31 de enero citada por el adjudicatario en la que acogiendo la doctrina del TACRC *“considera que la proposición ofertada por la adjudicataria (cero euros/hora en el coste de uno de los integrantes del equipo que prestará el contrato) no es contraria a derecho ni anula la nota de onerosidad del contrato, en la medida que puede entenderse, que dicho coste se retribuye con cargo al precio general del contrato. Abunda en esta consideración la circunstancia de que existen supuestos admitidos normativa y doctrinalmente en que eventualmente una prestación o producto de los ofertados puede serlo a precio cero euros, como sería el caso de las ofertas integradoras, variantes con rapeles, ofertas 3x2, etc. Este Tribunal considera además que la oferta de la adjudicataria no infringe los principios de concurrencia e igualdad una vez que se admite la onerosidad del*

contrato, puesto que nada impide que otros licitadores hubieran realizado la misma oferta”

A mayor abundamiento cabe hacer mención de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-367/19 de 10 de septiembre de 2020, relativa a una cuestión prejudicial planteada en relación con el rechazo de una oferta presentada en el procedimiento de adjudicación de un contrato público, que respecto a la onerosidad de los contratos públicos manifiesta *“Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que no sirve de fundamento legal para rechazar la oferta de un licitador en un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el único motivo de que el importe de la oferta sea de cero euros.”*

Por lo expuesto se desestima también este motivo de impugnación, por no considerar incongruente la oferta de la adjudicataria, ni suponer incumplimiento de las exigencias técnicas del PPTP, y no incurrir en ninguno de los motivos de rechazo de la oferta previstos en el artículo 84 del RGLCAP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 la representación de la de la UTE Clece, S.A. y Klemark Espectáculos Teatrales, S.A., contra la adjudicación del Lote 1 “Gestión, mantenimiento y limpieza” del contrato de servicios de “Gestión de los Teatros del Canal de Madrid, incluido el Centro

Coreográfico Canal, y del Teatro Auditorio de San Lorenzo de El Escorial (2 lotes)”, número de expediente C-334A/003-20 (A/SER-009161/2020), adoptada por la Consejería de Cultura y Turismo el 31 de mayo de 2021.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe y no procede la imposición de multa, conforme a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2021.07.12 11:49