

Barcelona, 29 de setembre de 2021

**Resolució:** 282/2021 (N-2021-0094)

Vist el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor J.M.H.D.A, en nom i representació de l'ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS, i *ad cautelam* per al cas que l'òrgan de contractació no accedís a la rectificació sol·licitada, contra els plecs que han de regir la licitació del contracte de serveis de gestió energètica i manteniment i conservació de l'enllumenat públic, instal·lacions semafòriques i el seu sistema de telegestió, dels aparells elevadors i plataformes dels edificis municipals i el subministrament de Nadal de la ciutat de Viladecans que tramita l'AJUNTAMENT DE VILADECANS (expedient AEP/ASG/Contractació/2020/36-64/2020/CSERV) a data d'avui, aquest Tribunal ha adoptat la resolució següent:

## **ANTECEDENTS DE FET**

**PRIMER.** En data 19 i 20 de novembre de 2020 es va publicar, respectivament, al perfil de contractant de l'Ajuntament de Viladecans integrat a la Plataforma de Serveis de Contractació Pública de la Generalitat de Catalunya ("PSCP") i al Diari Oficial de la Unió Europea ("DOUE") l'anunci d'informació prèvia del contracte referenciat.

En data 3 de març de 2021, l'Ajuntament de Viladecans (en endavant, Ajuntament, consistori o òrgan de contractació) va publicar l'anunci de la licitació de referència en el perfil de contractant allotjat a la PSCP, a través del qual va posar a disposició dels interessats el plec de clàusules administratives particulars (PCAP) i de prescripcions tècniques (PPT), entre altra documentació contractual. En aquella mateixa data la licitació també es va publicar en el DOUE S43.

El valor estimat del contracte es va fixar en 4.068.595,03 euros.

La data de presentació d'ofertes es va fixar pel 9 de març de 2021.

**SEGON.** En data 10 de març de 2021, l'ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS (en endavant, AMI), va presentar davant l'Ajuntament de Viladecans, un escrit d'al·legacions adreçat a l'òrgan de contractació en el qual, per al cas de no atendre aquest la seva petició, de forma subsidiària i *ad cautelam* anunciava la seva intenció que servís als efectes de formular recurs especial en matèria de contractació davant el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (des d'ara, el Tribunal) contra el PCAP que ha de regir aquesta contractació.

En síntesi, les al·legacions d'AMI van encaminades a impugnar el criteri de valoració del punt 2.1 de la clàusula 3.7 del PCAP per considerar que no està degudament concretat, limitat ni vinculat a l'objecte del contracte, ja que no especifica el topall màxim de l'import que se'n pot oferir, afavorint la formulació d'ofertes d'impossible compliment i que acabin distorsionant el preu del contracte i la igualtat de condicions i competència efectiva en l'elaboració i la valoració de les ofertes i el resultat de l'adjudicació.

Per aquest motiu, sol·licita a l'òrgan de contractació que, per al cas de no accedir d'ofici a la rectificació del PCAP conformement amb les al·legacions de l'escrit presentat, el trameti al Tribunal com a recurs especial i aquest òrgan, prèvia la suspensió del procediment de contractació, anul·li i deixi sense efectes el criteri d'adjudicació impugnat i es procedeixi a rectificar el plec en el sentit expressat en el recurs, es publiqui, i s'atorgui un nou termini per presentar ofertes.

**TERCER.** Derivat el recurs l'11 de març de 2021 al Tribunal als efectes de la tramitació com a recurs especial, en data 12 de març de 2021, la Secretaria Tècnica del Tribunal va sol·licitar la remissió de l'expedient de contractació i de l'informe corresponent, als efectes de l'article 56.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP), l'article 22 del Decret 221/2013, de 3 de setembre, pel qual es regula el Tribunal i s'aprova la seva organització i el seu funcionament (Decret 221/2013), i preceptes concordants del Reial decret 814/2015, d'11 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments especials de revisió de decisions en matèria contractual (RD 814/2015).

**QUART.** Simultàniament, en la mateixa data la Secretaria Tècnica del Tribunal va requerir AMI perquè aportés la documentació acreditativa de la seva legitimació consistent en l'acord del govern que acredités la intenció de la interposició del recurs i que va ser esmenat per AMI en la mateixa data.

**CINQUÈ.** El procediment de contractació resta suspès pel Tribunal, d'acord amb el previst als articles 49 i 56.3 de la LCSP i 25.1 del RD 814/2015, per mitjà de la Resolució S-36/2021, de 8 d'abril de 2021.

**SISÈ.** En data 17 de març de 2021, va tenir entrada en el Tribunal l'expedient de contractació i l'informe relatiu al recurs.

En l'informe, el consistori sol·licita la inadmissió del recurs per la manca d'argumentació i incoherències i, subsidiàriament, sol·licita la desestimació del fons de l'assumpte. I sol·licita la imposició de multa per temeritat.

## **FONAMENTS JURÍDICS**

**PRIMER.** Aquest Tribunal resulta competent per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, de conformitat amb l'article 46 de la LCSP, la disposició addicional quarta de la Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres de la Generalitat de Catalunya, i el Decret 221/2013.

**SEGON.** El contracte de serveis de referència és, atès el seu valor estimat, susceptible del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.1 a) de la LCSP.

**TERCER.** L'escrit d'al·legacions d'AMI es formula en relació amb el PCAP que ha de regir la licitació, que és un acte objecte del recurs especial en matèria de contractació d'acord amb l'article 44.2 a) de la LCSP.

**QUART.** Atenent el caràcter associatiu de l'entitat recurrent, cal assenyalar que l'AMI ha aportat un certificat acreditatiu de l'acord del seu respectiu òrgan de govern favorable a la interposició del recurs, a efectes de l'anàlisi de la seva legitimació, d'acord amb la doctrina que resulta d'aplicació (entre moltes d'altres, les resolucions 189/2020, 334/2019, 291/2019, 246/2019, 244/2019, 191/2019, 182/2019, 180/2019, 291/2019, 246/2019 i 93/2019 d'aquest Tribunal, en consonància amb la resta de tribunals de recursos contractuals i la jurisprudència del Tribunal Suprem reflectida, també, per totes, en sentències de 9 de maig de 2011, 5 de maig de 2010 i 5 de novembre de 2008). És per això, que el Tribunal aprecia que, en principi, l'entitat recurrent pot tenir drets i interessos afectats per les condicions de la licitació que s'impugnen, en la defensa i representació col·lectiva que s'atribueix en el recurs i, per tant, legitimació activa per interposar el recurs, d'acord amb els articles 48 de la LCSP i 16 del Decret 221/2013.

També ha quedat acreditada la representació de l'entitat recurrent per actuar en aquest procediment, de conformitat amb l'article 51.1.a) de la LCSP

**CINQUÈ.** Quant a la temporalitat del recurs, tenint en compte les dates exposades, cal concloure que el recurs s'ha presentat dins del termini de quinze dies hàbils previst a l'article 50.1 de la LCSP.

El recurs també s'ha presentat en forma, ja que compleix els requisits establerts a l'article 51.1 de la LCSP.

**SISÈ.** Respecte al fons de l'assumpte, l'associació recurrent es dirigeix contra la redacció i la configuració del punt 2.1 de la clàusula 3.7 del PCAP relativa als criteris d'adjudicació consistent en puntuar fins a 2 punts la borsa d'hores per treballs elèctrics diürns, nocturns o festius durant tot el contracte incloent la pròrroga, per considerar que es tracta d'una millora de caràcter gratuïta per a l'òrgan de contractació que no queda mínimament definida respecte a la limitació i acotació del major import addicional per a actuacions elèctriques gratuïtes a oferir, doncs manca el número d'hores màximes addicionals a oferir, quedant il·limitat aquest número, de manera que es presentin ofertes d'impossible compliment. En concret retreu:

- Manca de determinació i de limitació del criteri: afavorint la presentació d'ofertes d'impossible compliment, que pot distorsionar el resultat de la licitació i fer incomplir el caràcter oneros del contracte.
- La redacció del criteri dóna lloc a confusió i incertesa atesa la manca de precisió.
- Manca de límits màxims de satisfacció fixats que pot comportar proposicions impossibles de complir, irrealitzables, que desvirtuïn el criteri, alterant les condicions d'atribució de les puntuacions i les condicions de competència sana i efectiva, impeding efectuar un anàlisi comparatiu de les ofertes amb ple respecte dels principis rectoris de la contractació pública.
- Manca d'adequació d'aquest criteri a l'article 145 apartats b) i c) de la LCSP i vulneració del 145.7 de la LCSP.
- Existència d'inseguretat pels operadors econòmics que vulguin concórrer a la licitació.
- Manca també la precisió de la vinculació amb l'objecte del contracte.

Per això sol·licita la retroacció de l'expedient, la rectificació dels plecs i l'aprovació d'uns de nous, o bé, la correcció dels plecs per a procedir a la seva publicació i la fixació d'un nou termini per a la presentació de les ofertes.

Al seu torn el **consistori** informa, en primer lloc, que el recurs presentat no argumenta de quina manera s'infringeixen les normes que regeixen el procediment de contractació (no desenvolupa ni detalla els motius concrets de la manca d'adequació del criteri a allò establert a l'article 145.7 LCSP) i presenta múltiples incongruències en el seu redactat (respecte a la ponderació del criteri, els aspectes a valorar, i respecte a la vinculació del criteri amb l'objecte del contracte) i errades en la remissió de doctrina i articular; pel que sol·licita inadmetre el recurs, per manifesta manca de fonament de conformitat amb l'article 51 de la LCSP en relació amb l'article 116.e) de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú.

Subsidiàriament, quant al fons de l'assumpte, defensa que el criteri controvertit està vinculat a l'objecte del contracte, tenint en compte, les tres tipologies de prestacions (P1, P2 i P3) que comprèn i les prestacions que engloben cadascuna, atès que gran part dels serveis a prestar pel contractista consistirà en realitzar treballs elèctrics sigui en el marc de les operacions de manteniment (normatiu i preventiu) de les instal·lacions, en la detecció d'anomalies durant les inspeccions de les instal·lacions o al reparar les avaries o incorreccions apreciades, entre d'altres.

Per tot això, defensa que una millora que valora econòmicament la borsa d'hores que s'ofereix per a treballs elèctrics diürns, nocturns o festius independents de les hores de manteniments cobertes pròpiament en el preu del contracte és indubtablement una millora que està vinculada a l'objecte del contracte al afegir prestacions addicionals al mateix.

També afirma que el criteri està formulat de manera objectiva, amb ple respecte als principis d'igualtat, no discriminació i transparència i, en tant que millora, està suficientment especificada perquè concreta de forma ponderada els requisits, límits, modalitats i característiques): el límit mínim d'hores a oferir (*amb un mínim de 500 hores anuals*), la puntuació màxima que podrà obtenir (*fins a 2 punts*), els requisits a complir (*han d'estar valorades econòmicament amb els mateixos preus unitaris de la proposició econòmica*) i com es puntuarà el valor econòmic de les borses d'hores ofertes (fórmula).

En relació amb la valoració de la millora, posa de relleu el fet d'incloure dos apartats addicionals on es descriu la fórmula (*es donarà la màxima puntuació a la proposta d'hores amb major dotació econòmica, la resta d'ofertes seran valorades de forma proporcional amb el seu valor econòmic*) i s'adverteix que si algun licitador opta per no oferir millora en aquest apartat, es valorarà amb 0 punts. D'acord amb això, sosté que l'òrgan de contractació no gaudirà de cap llibertat de decisió il·limitada a l'hora de valorar les millores ofertes pels licitadors sinó que, únicament podrà aplicar la fórmula a les millores ofertes per obtenir les puntuacions corresponents sense gaudir de cap discrecionalitat ni aplicar cap judici de valor al respecte al tractar-se d'una valoració purament automàtica. Per aquest fet, entén que queda garantit que les ofertes s'avaluaran en condicions de competència efectiva tal com exigeix l'article 145.5.c) de la LCSP.

Quant al requisit de la proporcionalitat del criteri, incideix que la valoració de la millora controvertida és de fins a 2 punts com a màxim, del total dels 100 punts a obtenir en total com a màxim, 51 d'ells es van dividir entre vuit criteris d'adjudicació avaluables de forma automàtica i els 49 restants es van repartir entre cinc criteris d'adjudicació subjectes a judici de valor, de manera que la millora controvertida té un indubtable caràcter residual del criteri que impedeix que tingui cap efecte distorsionador del caràcter oneros del contracte. Ultra això, fa esment que en la clàusula 3.7 del PCAP es preveu dos mecanismes de garanties per tal de comprovar l'efectivitat, exactitud i viabilitat de les millores ofertes, eliminant el risc d'obtenir borses d'hores d'impossible realització, en el sentit que (i) el consistori es reserva la facultat d'optar per executar les millores presentades o convertir el seu valor econòmic en una

reducció en el preu del contracte i (ii) s'obliga als licitadors a desglossar la valoració econòmica de les millores exigint que els amidaments i preus unitaris que la conformen coincideixin amb els que presentin a l'oferta econòmica.

Finalment recorda l'obligació de les empreses licitadores d'assegurar la viabilitat de les ofertes que presentin.

I demana la desestimació del recurs, i de manera subsidiària, d'anul·lar el criteri, atès que aquesta millora suposa el 2% de la puntuació total del contracte i, en base al principi de conservació dels actes administratius, que s'acordi la valoració de les ofertes sense considerar la seva aplicació doncs la seva eliminació no comportarà més que una reconfiguració de la puntuació total que ho seria en base a 98 punts totals i no 100 punts, sense que s'alteri, des del punt de vista teòric, el resultat de la valoració de les ofertes. Ultra això sol·licita la imposició d'una multa per temeritat de com a mínim 1.500 euros atesa la manca de fonamentació del recurs, amb la finalitat de demorar la licitació amb un clar perjudici per al funcionament normal de tots els serveis públics implicats.

**SETÈ.** Exposades les posicions de les parts, l'enjudiciament del recurs passa per conèixer la redacció exacta del criteri d'adjudicació automàtic controvertit previst a la clàusula 3.7 del PCAP:

**2** Propostes anuals en dotació econòmica i dotació d'hores per treballs. Rebaixa de preus unitaris (fins a 9 punts)

---

**2.1** Borsa d'hores per treballs elèctrics diürns, nocturns o festius durant tota la contracta incloent la pròrroga. (fins a 2 punts)

Es valorarà el valor econòmic de la borsa d'hores proposada per a treballs elèctrics diürns, nocturns o festius, sense cost per l'Ajuntament i independents de les hores de manteniment; que caldrà que estiguin valorades econòmicament, amb un mínim de 500 hores anuals, amb els mateixos preus unitaris de la proposició econòmica. (fins a 2 punts).

Es donarà la màxima puntuació a la proposta d'hores amb major dotació econòmica; les ofertes que no presentin millores en aquest apartat seran valorades amb 0 punts. La resta d'ofertes seran valorades de forma proporcional d'acord amb el seu valor econòmic.

L'Ajuntament podrà modificar el nombre d'hores de cada subapartat, aplicant els preus fixats pel licitador-adjudicatari en aquest apartat.

Les ofertes es puntuaran proporcionalment, d'acord amb la següent fórmula:

$$\text{Punts} = 2 * [\text{Valor a} / \text{Valor b}]$$

Valor a: Import econòmic borsa d'hores valorada.

Valor b: Import econòmic borsa d'hores de major valor.

Al respecte, cal indicar que no es troba justificat a l'informe de necessitat (document núm. 5) aquest criteri i, respecte a allò que consta el PCAP, es considera insuficient.

Dit això, respecte al grau de determinació i d'especificació de les millores, extrem retret per AMI, cal recordar que la regulació jurídica de les millores, la jurisprudència europea i la doctrina dels tribunals de recursos contractuals ha portat a què les millores han d'estar previstes als plecs i a l'anunci de licitació, han de tenir relació amb l'objecte del contracte, se n'ha de detallar amb precisió els requisits mínims, les modalitats de presentació i les característiques, no admetent-se les millores genèriques, i han de tenir una proporcionalitat respecte del contracte en què s'insereixen, atès el seu caràcter accessori (entre moltes altres, les resolucions Tribunal 185/2021, 159/2021, 261/2018, 194/2018, 77/2018, 100/2017, 194/2016, 10/2016, 194/2015, 101/2015 i 220/2014).

En aquest sentit, l'article 145.7 de la LCSP disposa:

*“7. En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.*

*En todo caso, en los supuestos en que su valoración se efectúe de conformidad con lo establecido en el apartado segundo, letra a) del artículo siguiente, no podrá asignársele una valoración superior al 2,5 por ciento.*

*Se entiende por mejoras, a estos efectos, las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato.*

*Las mejoras propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.”*

La doctrina ha vingut definint les millores com a prestacions addicionals, complementàries i vinculades amb la principal que conforma l'objecte del contracte, que, tenint la mateixa naturalesa, suposa un avantatge per al poder adjudicador i que són, de fet, una submodalitat de criteri d'adjudicació (en aquest sentit, les resolucions d'aquest Tribunal 94/2018, 19/2018, 9/2018 i 100/2017, entre d'altres) que, d'acord amb l'article 145.7 de la LCSP han d'estar concretades de conformitat amb el principi d'igualtat i lliure concurrència dels licitadors sense que puguin establir-se a posteriori subcriteris o nous aspectes de valoració no indicats inicialment al plec. Així ho ha afirmat aquest Tribunal, entre d'altres, en les resolucions 19/2018, 194/2016 i 193/2016, tot determinant la necessitat que els licitadors puguin efectuar

una avaluació de la seva proposició sobre la base d'una certesa raonable de les condicions de prestació de les millores (i també, entre d'altres, i per totes, les resolucions 395/2015, 498/2015 i 390/2014 del TACRC).

Una “millora” és tot allò que perfecciona la prestació del contracte, sense que vingui exigit o determinat en les prestacions que defineixen l'objecte del mateix, però que estan vinculades a ell. A més, com a tals criteris de valoració, són d'ofertament voluntari per les empreses, de manera que, de fer-ho, tindrien un cost per a les empreses, però no a càrrec de l'entitat contractant en el preu del contracte –les conegudes com “millores gratuïtes”-, en tant que duen implícit el caràcter de liberalitat, si més no, formal (per totes, les resolucions 170/2020, 12/2020, 215/2018 i 100/2017).

Doncs bé, en el cas examinat, i del que ha exposat el consistori, no es pot negar la vinculació de la millora qüestionada amb l'objecte del contracte. Ara bé, la legalitat de les millores no només passa per la seva vinculació amb l'objecte del contracte, sinó que, com s'ha vist, l'article 145.7 de la LCSP exigeix, a més, entre altres requisits, que se'n fixin els límits.

Així les coses, la mancança de un topall al número d'hores a oferir –tal i com al·lega l'AMI- no permet inferir la suficient delimitació, ni la necessària proporcionalitat en la puntuació assignable en funció del nombre d'hores que puguin oferir les empreses com aquest Tribunal ha anat insistint (entre d'altres, Resolució núm. 159/2021, 103/2017 i 100/2027) . Aquest plantejament propicia la formulació d'ofertes que puguin arribar a ser desproporcionades, irracionals o, fins i tot, d'impossible compliment, no permetent tampoc poder realitzar una anàlisi comparativa de les ofertes amb ple respecte als principis d'igualtat, no discriminació, transparència, proporcionalitat i competència efectiva a què obliga el mateix article 145.5 de la LCSP per a qualsevol criteri d'adjudicació.

Per tant, correspon estimar el recurs i, amb això, no pot prosperar la sol·licitud del consistori d'imposició de multa a AMI.

Quant a la sol·licitud subsidiària de la conservació dels plecs menys aquest criteri controvertit, val a dir que per exigència dels principis d'igualtat i de transparència (article 1 i 132 LCSP) no és possible en aquest moment procedimental ex article 122.1 de la LCSP, en què la configuració inicial de la licitació ha determinat la presentació d'unes empreses licitadores i d'altres no, amb la qual cosa, inevitablement s'han de retrotraure les actuacions al moment de la configuració dels plecs per tal que es depurin les mancances observades, es publiquin de nou el plecs i s'atorgui un nou termini per a la presentació d'ofertes.

D'acord amb l'exposat i vistos els preceptes legals d'aplicació, reunit en sessió, aquest Tribunal

## **ACORDA**

1.- Estimar el recurs especial en matèria de contractació presentat pel senyor J.M.H.D.A, en nom i representació de l'ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO INTEGRAL Y SERVICIOS ENERGÉTICOS, i *ad cautelam* per al cas que l'òrgan de contractació no accedís a la rectificació sol·licitada, contra els plecs que han de regir la licitació del contracte de serveis de gestió energètica i manteniment i conservació de l'enllumenat públic, instal·lacions semafòriques i el seu sistema de telegestió, dels aparells elevadors i plataformes dels edificis municipals i el subministrament de Nadal de la ciutat de Viladecans que tramita l'AJUNTAMENT DE VILADECANS (expedient AEP/ASG/Contractació/2020/36-64/2020/CSERV), d'acord amb els fonaments de dret.

2.- Aixecar la suspensió del procediment de contractació acordada pel Tribunal mitjançant la Resolució S-36/2021, de 8 d'abril, a l'empara del que disposa l'article 57.3 de la LCSP.

3.- Declarar que no s'aprecia la concurrència de mala fe o temeritat en la presentació del recurs, per la qual cosa no escau la imposició de la sanció prevista en l'article 58.2 de la LCSP.

4.- Indicar a l'òrgan de contractació que, d'acord amb l'article 57.4 de la LCSP, ha de donar coneixement a aquest Tribunal de les actuacions que adopti per complir aquesta Resolució.

5.- Notificar aquesta resolució a totes les parts.

Aquesta resolució posa fi a la via administrativa i és directament executiva, sense perjudici que es pugui interposar recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en el termini de dos mesos a comptar des de l'endemà de la recepció d'aquesta notificació, de conformitat amb el que disposen els articles 10.1 k) i 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i l'article 59 de la LCSP.

Aprovat per unanimitat dels membres del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic en la sessió de 29 de setembre de 2021.

Vist i plau

M. Àngels Alonso Rodríguez  
Secretària

Neus Colet i Arean  
Presidenta