Recurso nº 762/2024 C.A. Illes Balears nº 42/2024
Resolución nº 935/2024
Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 18 de julio de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.H.D.A., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA), contra los pliegos para la contratación del *"Servicio de mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y jardines en el municipio de Sant Josep de Sa Talaia"*, con expediente E-9521/2023, convocado por el Ayuntamiento de Sant Josep de Sa Talaia, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 25 de abril de 2024, el Pleno del Ayuntamiento de Sant Josep de Sa Talaia aprueba el expediente de contratación, mediante procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada y tramitación ordinaria del *"Contrato del servicio público de mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y jardines en el municipio de Sant Josep de Sa Talaia*" expediente E-9521/2023, con un valor estimado de 3.345.714,42 €.

El anuncio de la contratación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 3 de mayo de 2024.

Segundo. Contra el anterior pliego del *"Contrato del servicio público de mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y jardines en el municipio de Sant Josep de Sa Talaia"*, D. J.M.H.D.A., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA), interpone recurso especial en materia de contratación; recurso que tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 12 de junio 2024.

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

Tercero. En fecha 17 de junio de 2024 la secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formulasen las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya presentado alegaciones.

Cuarto. Por Resolución de 20 de junio 2024 este Tribunal acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la 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 en adelante), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.4 y 46.2 de la LCSP y Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 3/10/2020).

Segundo. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días previsto en el artículo 50.1.b) LCSP.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios que supera el umbral del valor estimado del contrato fijado en el artículo 44.1, a) de la LCSP, es decir, superior a 100.000 € y además los actos recurridos, los pliegos se refieren a actuaciones susceptible de revisión ex artículo 44.2. a) de la LCSP.

Cuarto. En cuanto a la legitimación para la interposición de recurso, concurre en la Asociación recurrente conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que establece lo siguiente:

"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, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados".

En el mismo sentido se regula en el artículo 24 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La peculiaridad de la actuación en el procedimiento de las organizaciones o asociaciones empresariales es que la intervención de la persona jurídica se hace en defensa de los intereses comunes de sus asociados, de manera que deberá reconocérsele la existencia de interés legítimo siempre que una eventual estimación del recurso genere una ventaja para sus integrantes o la eliminación de un gravamen o situación de desventaja que les afectaba (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 11 de junio de 2013 –Roj STS 3174/2013-, 26 de febrero de 2008 –Roj STS 1052/2008-, 14 de septiembre de 2004 –Roj STS 5670/2004-, 29 de enero de 2002 –Roj STS 514/2002-, 16 de noviembre de 2001 –Roj STS 8951/2001-, 16 de marzo de 1967 –Roj STS 189/1967-, entre otras muchas).

Igualmente, este Tribunal en numerosas resoluciones (29/2011, 248/2012, 219/2013 y 1/2014 o en otras posteriores como la 1451/2021 o la 502/2021) ha reconocido que la decisión sobre determinadas cláusulas de los pliegos, que afectan a la esfera jurídica de intereses de los posibles licitadores, son para una asociación que asume la defensa de los

intereses colectivos del sector y a la que pertenecen las empresas que pueden ser licitadoras algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos.

Por otra parte, a la misma Asociación profesional ahora recurrente este Tribunal le ha reconocido en anteriores ocasiones legitimación para impugnar los pliegos de la licitación, como así hemos hecho en, por ejemplo, las resoluciones nº 525/2024, de 26 de abril o en la nº 849/2023, de 21 de septiembre 2023. Debe, por todo ello, concluirse que la referida ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA) está legitimada para la interposición del presente recurso.

Quinto. Pasando a analizar el fondo del recurso, la recurrente se alza contra los pliegos que rigen la licitación sobre la base de entender que el pliego configura como criterio de adjudicación una condición que es, a su vez, un criterio de solvencia.

Fundamenta su pretensión en que, al establecer las condiciones de solvencia, el apartado F5 del Cuadro de Características del Contrato del contrato exige *"disponer de instalaciones en la isla de Ibiza"* y al fijar los criterios de adjudicación se valoran esas instalaciones. En su opinión con esto se está valorando una condición de solvencia como criterio de adjudicación lo que sería contrario a la Ley.

Por su parte el órgano de contratación se opone al recurso interpuesto interesando su íntegra desestimación.

Sexto. Pues bien, para resolver este recurso es necesario analizar lo que prevén las cláusulas del pliego invocadas por el recurrente.

Por un lado, el apartado F5 del Cuadro de Características del Contrato al que se remite el punto 5.2 del Pliego dispone:

"Además de la solvencia o clasificación indicadas, se exige el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales que se indican (art. 76.2 LCSP):

Para participar en la licitación, la empresa deberá aportar declaración responsable relativa al cumplimiento de los siguientes requisitos:

A) Disponer de instalaciones en la isla de Ibiza para garantizar la correcta ejecución del contrato:

i. Instalaciones industriales para almacenaje de maquinaria, vehículos y materiales necesarios

ii. Instalaciones y vestuarios para el personal vinculado al contrato.

iii. Oficinas para trabajo técnico y administrativo".

Por otro lado, al regular los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor, en el Cuadro de Criterios de Adjudicación del mismo documento, prevé en el apartado A1 que:

"Las empresas licitadoras deberán presentar una MEMORIA TÉCNICA para exponer de qué manera y con qué medios se va a ejecutar el contrato. Este documento tendrá, como mínimo, el contenido expuesto en el Apartado 10 del Pliego de Prescripciones Técnicas".

En el apartado A2 relativo a la valoración de la memoria técnica se atribuye, en el punto 3.1, una puntuación de 6 puntos sobre 15 a la *"Suficiencia, adecuación, concreción y características de las instalaciones disponibles por parte de la empresa para la ejecución del contrato. Se valorará la idoneidad y disponibilidad efectiva de las mismas".*

Este apartado 10 del Pliego de Prescripciones Técnicas dispone:

"Las empresas licitadoras deberán presentar una MEMORIA TÉCNICA para exponer de qué manera y con qué medios se va a ejecutar el contrato. Este documento tendrá, como mínimo, el contenido siguiente:

(…)

5. Descripción de las Instalaciones en la isla de Ibiza y disponibilidad real de las mismas".

Séptimo. En este contexto, lo que plantea el recurrente es, en definitiva, si los pliegos pueden prever, como criterio de adjudicación, requisitos de adscripción de medios. En el caso objeto de recurso se trata de determinar si las características de las instalaciones de la empresa para la ejecución del contrato pueden ser considerado como un criterio de adjudicación si previamente se ha establecido su disponibilidad como exigencia de adscripción de medios.

Como ha declarado este Tribunal en Resolución nº 494/2019, de 9 de mayo, citando, entre otras la Resolución 361/2017, de 21 de abril:

"El recurso se dirige tanto contra los requisitos de solvencia como a los criterios de valoración, y por ello nos referiremos a nuestra doctrina sobre el particular. Recordando nuestra doctrina (por todas resoluciones 187/2012, de 6 de septiembre, 220/2012, de 3 de octubre, y 290/2012, de 14 de diciembre) es necesario distinguir, dos fases del procedimiento de licitación, por un lado la de valoración de la solvencia de los licitadores y por otro la de valoración de sus ofertas.

A estos efectos conviene traer a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que, con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se expone que, 'el Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes'.

En cuanto a los elementos o circunstancias que han de ser tenidos en cuenta en cada una de estas dos fases, el mencionado informe 45/2002 concluye que, 'la valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como

acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta'. En relación con la experiencia este Tribunal recogió igualmente la improcedencia de excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como el criterio experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador, en conformidad tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (SST JUE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Gebroeders BeentjesPaíses Bajos, y de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06, Lianakis-Afexandroupolis), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así por todas, SSTS de 11 de junio de 2006 y 21 marzo 2007) en la que se sostiene que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa y que debe ser considera en un momento previo del procedimiento, en el momento de valorar la solvencia empresarial del ofertante.

Así dijimos en nuestra resolución 220/2012, de 3 de octubre, reiterada en las Resoluciones 189/2014 y 295/2014, que 'se puede por tanto concluir que la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como también la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador. Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto'".

Resulta de esta doctrina que, en un primer momento, los criterios de solvencia tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de la empresa mientras que, en un segundo momento, en los criterios de adjudicación la valoración se refiere, en concreto, a la oferta presentada y a las características de la misma.

El recurrente, invocando esta misma doctrina transcrita, considera que tal y como están configurados los *pliegos del Contrato del servicio público de mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y jardines en el municipio de Sant Josep de Sa Talaia* se incumple la Ley, pues se estarían valorando los medios acreditativos de la solvencia, que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato. también como criterios de adjudicación para determinar la mejor oferta.

Pues bien, como pasamos a exponer, no procede acoger los argumentos invocados por el recurrente ya que, en el caso actual, de una lectura de las cláusulas invocadas y del objeto del contrato no puede concluirse que se está sometiendo a valoración como criterio de adjudicación el mismo criterio que se ha fijado como criterio de solvencia.

Octavo. De la lectura de los pliegos resulta que, como criterio de solvencia, se exige únicamente *disponer de instalaciones* (F5 Cuadro de Características). En cambio, como criterio de adjudicación sometido a juicio de valor lo que se examina son las características de estas instalaciones. Para ello se exige que se aporte una memoria técnica en la que se describan estas instalaciones con el objeto de determinar la *"Suficiencia, adecuación, concreción y características"* (apartado A2 relativo a la valoración de la memoria técnica en relación con el apartado 10 del PPT).

En efecto, la cláusula 5.2 del Pliego se prevén los *requisitos de solvencia adicionales*, remitiéndose a lo dispuesto en la letra F5 del Cuadro de Características. Se trata del compromiso de adscripción de medios en los términos del artículo 76.2 LCSP, teniendo este compromiso el carácter de obligación esencial a los efectos del artículo 211 LCSP. En particular en la letra F5 se exige al licitador aportar declaración responsable relativa al cumplimiento, entre otros, del requisito de *"Disponer de instalaciones en la isla de Ibiza para garantizar la correcta ejecución del contrato".*

En este caso, únicamente se exige que el licitador cumpla con el requisito de disponer de instalaciones. En cambio, nada se dice de las características de estas, cuestión que se configura como criterio de adjudicación y que sí resulta determinante para determinar la calidad de la oferta.

Por su parte, se configura como criterio de adjudicación la *"Suficiencia, adecuación, concreción y características de las instalaciones disponibles por parte de la empresa para la ejecución del contrato".* Tanto la descripción de este criterio de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos están fijadas con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas (ver, en este sentido, Resolución 297/2019).

Aplicando la doctrina expuesta en el fundamento de derecho anterior puede concluirse que el Pliego no está exigiendo como criterio de adjudicación lo mismo que se ha exigido como adscripción de medios. En el primer caso, de acuerdo con el artículo 76.2 LCSP, se exige el compromiso de disponer de medios materiales para la ejecución del contrato. Con ello, se está evaluando la aptitud del licitador. En cambio, en el segundo caso, lo que se hace es valorar, en concreto, la oferta y, por ello, las características de las instalaciones.

Podemos concluir que los medios personales y materiales pueden utilizarse como criterio para determinar la solvencia técnica o profesional, y que las características de estos medios pueden ser utilizado como criterio de adjudicación, dado que la enumeración de la Ley (LCSP art.145.2) no es exhaustiva y es un criterio objetivo cuyo posible efecto discriminatorio quedará eliminado si el criterio se consigna expresamente en el pliego. Las características de los medios ofertados por los licitadores son elementos cualitativos de la oferta que influyen en su valor técnico, lo que justifica que pueden ser utilizados como criterios de adjudicación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.M.H.D.A., en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA VERDE (ASEJA), contra los pliegos para la contratación del *"Servicio de mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y jardines en el municipio de Sant Josep de Sa*

Talaia", con expediente E-9521/2023, convocado por el Ayuntamiento de Sant Josep de Sa Talaia.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES