



Recurso nº 1114/2017 C.A. Castilla-La Mancha 84/2017

Resolución nº 1163/2017

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

En Madrid, a 12 de diciembre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. H. A. en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (en lo sucesivo ASEJA), contra el anuncio de licitación pública y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Anexos del Pliego de Prescripciones Técnicas del procedimiento “*Servicios de conservación, mantenimiento, adecuación y mejora de las zonas verdes y espacios naturales de la ciudad de Albacete y Pedanías*” expediente 75/2016-3553K, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 28 de septiembre de 2017 se publicó en DOUE anuncio por el que se convoca licitación para adjudicar el contrato de “*servicios de conservación, mantenimiento, adecuación y mejora de las zonas verdes y espacios naturales de la ciudad de Albacete y Pedanías*”. El contrato se califica como contrato mixto, de suministros, servicios y obras. Con un valor estimado del contrato de 36.894.588 € y un presupuesto base de licitación de 23.513.660 euros (netos, IVA excluido).

El procedimiento de contratación es un procedimiento abierto y los criterios de adjudicación son criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor (Organización, planificación, optimización y adecuación de los servicios: desarrollo de los trabajos de mantenimiento y conservación de zonas verdes y espacios naturales, 20 puntos) y criterios de cuantificación automática (80 puntos); dentro de estos, se distingue entre la oferta económica (52 puntos), los precios unitarios aplicados a las diferentes tipologías indicadas en la prescripción 4.6 del pliego de prescripciones técnicas para cada superficie

y unidad de arbolado de alineación objeto del contrato, a efectos de modificación del contrato por incremento de nuevas superficies de zonas verdes y espacios naturales o unidades de arbolado (8 puntos), mejoras admisibles ofertadas y valoradas económicamente (15 puntos) e incremento de medios humanos (5 puntos).

Se establece plazo de presentación de solicitudes hasta el día 24 de octubre de 2017.

Segundo. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) detalla tal esquema para la valoración de las ofertas. Así, en particular, y en cuanto a los criterios valorables mediante fórmula, se incluyen las “mejoras admisibles ofertadas y valoradas económicamente”.

No cabe ofertar cualquier mejora, sino las establecidas en el pliego. A saber, “*Los licitadores de conformidad con lo establecido en el artículo 147 del TRLCSP podrán presentar mejoras sobre los siguientes elementos: - Adecuación de zonas verdes existentes. - Realización y mantenimiento de nuevas zonas verdes. - Mejora de la eficiencia energética en fuentes ornamentales. - Centralización de la gestión de los sistemas de riego. - Implantación de nuevas tecnologías, no contempladas en el pliego de prescripciones técnicas, que mejoren la gestión del servicio. - Otras mejoras relacionadas con los servicios objeto del contrato como, por ejemplo, el incremento de las frecuencias establecidas para determinadas operaciones, el incremento de servicios como consecuencia de eventos, así como, el incremento del ámbito espacial del servicio o de alguna operación.*”

Las mejoras podrán ser valoradas hasta con 15 puntos. Se establece una valoración automática, valorándose económicamente cada una de ellas, al disponer que: “*Al licitador que ofrezca un mayor importe en mejoras valoradas económicamente y que sean admisibles se le otorgará la máxima puntuación (15 puntos) y, al resto, se le puntuará proporcionalmente con arreglo a la siguiente fórmula:*

$$X = \frac{\text{Mejoras valoradas económicamente y admisibles de otros licitadores} \times 15}{\text{Mayor importe de mejoras valoradas económicamente y admisibles ofertado.}}$$



El epígrafe correspondiente a las mejoras se titula “c) Mejoras admisibles ofertadas y valoradas económicamente (15 puntos).”

Tercero. En cuanto a la subrogación de trabajadores, el PCAP establece, en su apartado 12, que en este contrato sí procede la subrogación de los trabajadores y, dentro de la información que se facilita, que el adjudicatario está obligado a absorber al personal de la empresa saliente. Así, se dispone que: *“En el pliego de prescripciones técnicas (Anexo XIII) figura la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores de la plantilla actual a fecha 31 de agosto de 2016 para facilitar a los licitadores la evaluación de los costes laborales, sin perjuicio de lo que resulte en la fecha de inicio de la ejecución del contrato a los efectos de subrogación.”*

En consecuencia, el listado de trabajadores a subrogar es orientativo “para facilitar la evaluación de los costes laborales, sin perjuicio de lo que resulte en la fecha de inicio de la ejecución del contrato a los efectos de subrogación”.

Cuarto. En 20 de octubre del 2017 se ha interpuesto, ante el Órgano de Contratación escrito suscrito por ASEJA dirigido al “Excmo. Ayuntamiento de Albacete para en su caso, y “ad cautelam”, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En tal escrito se solicita al Ayuntamiento de Albacete y, “en su caso y ad cautelam” a este Tribunal que:

1. *“...tenga por presentado este escrito, con la documentación adjunta y se sirva admitirlo, teniendo por formulado “ad cautelam” y para el supuesto de no accederse de oficio a las modificaciones interesadas, RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ...”*
2. *“...dicte resolución en virtud de la cual se proceda de oficio:*

-A dejarse sin efecto lo dispuesto en la letra C “Mejoras”...

-A modificarse los anuncios de licitación (...) procediendo a establecerse un nuevo plazo para la presentación de proposiciones y a la correlativa modificación de las fechas de apertura pública de las ofertas.

“Ad cautelam” de lo anterior, y para el supuesto de no accederse de oficio conforme se solicita, proceda a remitirse el presente escrito que habrá de tener consideración de RECURSO ESPECIAL, en orden a que sea conocido y se decida sobre el mismo, por el TACRC”

El escrito contiene otrosí en que “solicita al órgano de contratación o “a cautelam” al Tribunal Administrativo Central que acuerde la suspensión del presente procedimiento de contratación hasta tanto no se resuelva el presente”.

Quinto. En el escrito anterior el solicitante vierte, en apoyo de su solicitud, y en resumen, las siguientes alegaciones:

Que la redacción del PCAP en relación con las mejoras admisibles, en cuanto que se refiere a las “mejoras admisibles ofertadas y valoradas económicamente” introduce un criterio subjetivo en el sobre de valoración de los criterios automáticos, lo que supone apreciar por el órgano evaluador de forma subjetiva las ofertas, haciéndose una idea conjunta de las mismas sin diferenciar momentos e información. Con ello, estaríamos ante un condicionamiento de la puntuación técnica de las ofertas. En suma, se vicia el criterio de evaluación automática por una evaluación por juicios de valor. Para valorar las ofertas se da entrada al criterio de juicio de valor.

Por otra parte, la modificación del listado del “personal a subrogar” (Anexo XIII del Pliego de Prescripciones Técnicas) efectuada en fecha 30 de septiembre de 2017 no es admisible por cuanto es una modificación del Pliego de Prescripciones Técnicas, prohibida por el ordenamiento y requiere, en consecuencia, el otorgamiento de nuevo plazo para la presentación de ofertas.

Sexto. En fecha 30 de octubre de 2017 se emitió informe del órgano de contratación sobre el “recurso especial en materia de contratación “ad cautelam” interpuesto por ASEJA” en que, a modo de síntesis, argumenta:

-Que el escrito presentado en 20 de octubre de 2017 no contiene un recurso especial en materia de contratación, sino una solicitud de revisión de actos ya dictados por la Administración. Por tanto, contiene una solicitud de revisión de oficio a la que no se

puede atender por cuanto, los actos son susceptibles de recurso especial en materia de contratación. En su caso, una vez resuelta la revisión, o no habiendo atendido a las mismas, cabría entender interpuesto el recurso especial formulado, y, en tal momento, el recurso sería extemporáneo.

-Que la redacción por el PCAP de las mejoras, no da entrada a la subjetividad en la valoración, porque sólo son admisibles las en él enumeradas. Asimismo, no se va a viciar la valoración, porque las valoraciones de los criterios evaluables por juicio de valor se realizan por la Unidad Técnica de Valoración. No será la mesa, sino que “a posteriori” la Unidad Técnica de Valoración, junto con la Mesa, se encargará de constatar que los licitadores presentan ofertas. La asignación de puntos es automática y mediante fórmula matemática.

-Que la modificación del listado de personal a subrogar no es una modificación sustancial del pliego, dado que el personal a subrogar es el que específicamente se halle en tal condición (de ser subrogado) y, por ello, los listados se presentan de manera orientativa. Asimismo, no tiene sentido una ampliación del plazo de presentación de ofertas porque a la fecha de modificación del listado (30 de septiembre) tal plazo estaba abierto (hasta el 25 de octubre).

Séptimo. En fecha 16 de noviembre de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Octavo. En fecha 24 de noviembre de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo



3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en lo sucesivo) así como en el Convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma Castilla La Mancha aprobado mediante resolución de 22 de octubre de 2012.

Segundo. Sin perjuicio de lo que se argumentará en relación con la admisibilidad del presente recurso, es objeto del mismo el anuncio de licitación y pliegos para la contratación del “servicio de mantenimiento, adecuación y mejora de las zonas verdes y espacios naturales de la ciudad de Albacete y pedanías, Expediente 75/2016”.

Tercero. En aplicación del artículo 42 del TRLCSF ha de entenderse que el recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Cuarto. Se ha cumplido el requisito de plazo para interposición del recurso, previsto en el artículo 44 TRLCSF y forma de interposición, al haber sido interpuesto ante el propio Tribunal.

Quinto. Con carácter previo a entrar en el fondo del presente recurso, procede, vistas las alegaciones vertidas por el órgano de contratación, el análisis de si el escrito presentado en fecha 20 de octubre de 2017 contiene un verdadero recurso especial en materia de contratación o si lo que se califica como “ad cautelam” recurso especial en materia de contratación es un mecanismo impugnatorio para cuya resolución este Tribunal resulte competente.

El Capítulo VI, del Título I del Libro I del TRLCSF regula el “recurso especial en materia de contratación”, desarrollando en sus arts. 40 y ss. Los actos susceptibles de recurso (contratos en que se incardinan), el órgano competente para su resolución, su legitimación, medidas provisionales y procedimiento para su resolución y efectos.

En particular, el art. 47.2 TRLCSF dispone, como es sabido: *“La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el*



procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151."

El recurso especial en materia de contratación aparece así como un recurso administrativo específico por razón de la materia. Por ello, encuentra su fundamento en el art. 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *"2. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo."*

Por lo tanto, el recurso especial de contratación es un "procedimiento de impugnación", y, como tal un mecanismo para privar de eficacia, a instancia de parte, un acto administrativo. Así, un mecanismo impugnatorio, de reclamación o de revisión a instancia de parte. En los términos del extractado art. 47.2 TRLCSP, *"para proceder a la anulación"*.

El recurso administrativo por tanto, en general, y el que nos ocupa, en particular, debe definirse como aquel acto (instancia, solicitud...) por el cual el administrado solicita a la Administración que deje sin efecto un acto administrativo, porque el mismo adolece de una causa de invalidez (nulidad de pleno Derecho o anulabilidad). En consecuencia, es un mecanismo para eliminar de la vida jurídica un acto que adolece de contravención al ordenamiento jurídico.

En el supuesto que nos ocupa, el escrito de 20 de octubre de 2017 dirige una solicitud al órgano de contratación y, subsidiariamente (“ad cautelam”, según su autor) a este Tribunal en forma de “recurso especial”. Siendo que tal solicitud es “que se deje sin efecto lo dispuesto en PCAP” en relación con las mejoras (cfr. Hecho Cuarto) no podemos dejar de examinar tal escrito como un mecanismo de impugnación, superando, pues, el óbice para su admisión.

Sexto. En cuanto a los motivos de impugnación planteados por la actora, se refiere el primero de ellos al análisis del modo en que el PCAP regula la presentación de mejoras y su admisión y valoración con la oferta.

Examinadas las alegaciones de la actora y el PCAP, no puede compartir este Tribunal que la valoración de las mejoras dé cabida a un juicio de valor. El examen del pliego acredita que el órgano de contratación ha establecido de un modo taxativo la valoración de las mejoras, y esta valoración es una valoración automática, por cuanto atiende a un criterio económico y debe realizarse por aplicación de la fórmula establecida en el pliego, una vez determinada la “mejor oferta” para cada caso.

Evidentemente, el recurrente puede discrepar de que tal forma de valoración sea la idónea, pero ello no implica que esta forma de evaluación vulnere el principio de igualdad, objetividad y no discriminación. La opción por esta fórmula para la evaluación de las mejoras (y la introducción de las mejoras admisibles) forman parte del ámbito de discrecionalidad de la Administración, conforme a Derecho.

La redacción de los pliegos establece que sólo serán admisibles las mejoras que el PCAP enumera y las mismas serán evaluables, en función de su precio (por tanto, según un criterio económico –objetivo-) por aplicación de la fórmula que el mismo pliego contiene. Bien es verdad que podría atentar al principio de determinación del objeto del contrato e, indirectamente, al de objetividad en la valoración de las ofertas, que para la admisión de las ofertas se hubiera permitido una valoración por parte del órgano de contratación, pero no es así. Sólo resultarán admisibles las ofertas enumeradas en el pliego y, reiteramos, las mismas serán valoradas, según su precio, mediante la fórmula que el mismo pliego contiene.

Por tanto, procede desestimar tal alegación.

Séptimo. En cuanto a la alegación relativa a que se ha producido la mutación del pliego como consecuencia de que el listado de personal a subrogar ha pasado de 123 a 133 personas entre las fechas de publicación del anuncio de licitación (28 de septiembre) y el día 19 de octubre, momento en que se publicó una rectificación por el órgano de contratación, el alegato debe ser, asimismo, desestimado.

No puede verse en ello la denunciada mutación de los pliegos, por cuanto tal listado no forma parte de los mismos, y así resulta evidente del redactado del PCAP a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento fáctico tercero. El personal que deberá subrogar es el que esté en tales condiciones al momento de la ejecución del contrato. Es una magnitud cambiante, como recoge el órgano de contratación, por cuanto puede haber bajas voluntarias, jubilaciones, o nuevas contrataciones. Es por ello que el listado recogido en el Anexo XIII sólo puede tomarse como una referencia orientativa y, por ello, precisamente, que se imponen las obligaciones de información a la empresa que actualmente desempeña el servicio cuya contratación se oferta.

Pero, aún en hipótesis, si se hubiera producido la modificación que la recurrente denuncia, no podría dársele los efectos pretendidos. Es así que, a la fecha de presentación de la solicitud de ampliación de ofertas (20 de octubre) la reclamante no había presentado su oferta, y el plazo estaba abierto hasta el día 24. Por lo demás, la rectificación ha sido debidamente publicitada.

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. A. en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (en lo sucesivo ASEJA), contra el anuncio de licitación pública y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Anexos del Pliego de Prescripciones Técnicas del procedimiento “Servicios



de conservación, mantenimiento, adecuación y mejora de las zonas verdes y espacios naturales de la ciudad de Albacete y Pedanías” expediente 75/2016-3553K.

Segundo. Proceder al levantamiento de la medida cautelar otorgada de conformidad con lo establecido en el art. 47.4 TRLCSP.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, 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 letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.