



Recurso nº 848/2023 C.A. Región de Murcia 73/2023

Resolución nº 1200/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 21 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J. A. M., en representación de STV GESTIÓN, S.L., contra los pliegos del procedimiento de licitación del contrato denominado *“Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes y arbolado de alineación, medianas y rotondas, lagos y fuentes y mobiliario de jardines del municipio de Murcia, mediante cinco (5) lotes”*, convocado por el Ayuntamiento de Murcia, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia convocó la licitación pública, por procedimiento abierto ordinario, del contrato de *“Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes y arbolado de alineación, medianas y rotondas, lagos y fuentes y mobiliario de jardines del municipio de Murcia, mediante cinco (5) lotes”* (expediente P_22_0145).

El contrato tiene un valor estimado de 98.179.913,25 euros, por lo que está sujeto a regulación armonizada. Está dividido en 5 lotes.

Fue objeto de publicación el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 28 de mayo de 2023 y el 31 de mayo de 2023 en el DOUE (documentos nº 10, 11 y 12 del expediente administrativo). El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige aquélla fue insertado el día 29 de mayo en dicha Plataforma.



Segundo. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), así como en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Tercero. La mercantil recurrente interpone recurso contra los pliegos, ante el Registro electrónico del Ayuntamiento de Murcia, el día 16 de junio de 2023 porque considera que vulneran la regulación prevista en la LCSP, interesando su estimación para que, con retroacción de actuaciones, se modifique el PCAP.

Como argumentos concretos de su recurso, la actora formula las siguientes alegaciones:

- Cuestiona la naturaleza del contrato, pues considera que se ha determinado incorrectamente su régimen jurídico en los apartados 1 y 2.1 del PCAP, al calificarse como contrato de servicios, cuando también se prevén prestaciones propias del contrato de suministros, por lo que se debería haber calificado como un contrato mixto.
- Sostiene que el apartado 8.2 del PCAP fija una fórmula económica contraria a Derecho que distorsiona la competencia e infringe el principio de proporcionalidad. Cita, en apoyo de sus pretensiones, la Resolución 361/2023, de 23 de marzo, de este Tribunal que –a su juicio– resuelve un caso semejante al que aquí analizado.
- También señala que los precios unitarios son inferiores a los empleados para calcular el presupuesto base de licitación, de manera que el Ayuntamiento convocando se enriquecería injustamente a costa del adjudicatario. Así, dice que:

“El precio total de los lotes, según se indica en la cláusula 3 PCA, se calcula partiendo de las diferentes tipologías de zonas a mantener -conforme viene explicitado en el Anexo 2 PPT-, y el código que para tales tipologías ofrece la Bases de precio de paisajismo Edición 2021. Partiendo de ello, se multiplica el precio recogido por las Bases en función del código, por el número de metros cuadrados,



periodicidad o unidades (en función del lote) y, su resultado, se incrementa en unos gastos generales fijados en un 13% y un beneficio industrial del 6%.” Añade que “a la hora de prever el importe de las eventuales modificaciones previstas que pueda sufrir el contrato, se consignan unos códigos diferentes y, por ende, unos precios unitarios inferiores”.

- Por último, se aduce que el contenido mínimo de los pliegos incumple la regulación en materia de protección de datos. Defiende que:

“en la licitación que nos ocupa, la configuración de la prestación objeto del contrato, conlleva que los adjudicatarios tengan que realizar tratamientos de datos personales por cuenta de la Administración. Ello se extrae, entre otras, de las previsiones de los Apartados 7.3 y 7.5 del PPT”.

Por ello, a su juicio deberían haberse incluido determinadas menciones que los adjudicatarios deberían cumplir en materia de protección de datos como son las recogidas en el artículo 122.2.4.a) y e), así como el artículo 122.2.5 de la LCSP.

Por ello, interesa la estimación del recurso para que, con retroacción de actuaciones al momento anterior a la aprobación del PCAP, se redacte de nuevo dicho pliego.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente Informe.

En ellos, el citado órgano postula que las alegaciones de la recurrente deben ser desestimadas.

Defiende, con apoyo en el informe técnico, que:

- Sostiene que el contrato se ha calificado como de servicios debido a que el objeto del mismo consiste –invariable y necesariamente– en la prestación de un servicio de conservación y mantenimiento de jardines y del mobiliario integrado en los mismos. Se pone de relieve que:

“la parte fija del contrato (trabajos ordinarios de conservación/mantenimiento) supone más de un 95% del presupuesto base de licitación del contrato (78.310.805,31 €/ 82.293.165,11 €). Por otro lado, la parte variable (trabajos de medición/suministro) consiste en actuaciones que requieren intervenciones que van más allá del mantenimiento y conservación ordinarios de los elementos que integran los lotes 1, 2, 3 y 4 por causa de su deterioro o por cualquier otra circunstancia que pueda aconsejar su renovación o sustitución. El presupuesto correspondiente a esta parte variable tendrá carácter de máximo, sin que ello presuponga, no obstante, la obligación del consumo total del mismo, quedando en consecuencia el precio efectivo del contrato condicionado por las necesidades reales de esta Administración, no encontrándose ésta obligada a demandar una determinada cuantía de unidades ni a gastar la totalidad del presupuesto, que tiene carácter indicativo. Estos trabajos de medición o suministro también se corresponden con prestaciones propias de un contrato de servicios, contrato de servicios que recoge estas actuaciones consistentes en pequeñas obras o suministros”.

- Por lo que hace al supuesto error del apartado 8.2 del PCAP al fijar una fórmula económica contraria a Derecho, el órgano de contratación indica que:

“dicha fórmula está debidamente contrastada ya que es utilizada habitualmente en la mayor parte de licitaciones convocadas por esta y otras administraciones públicas. Es una fórmula proporcional inversa al precio ofertado, la cual posibilita tratar de manera ecuánime todas las ofertas presentadas, asignando una mayor puntuación a aquellas ofertas que más se alejan del valor del Presupuesto Base de Licitación. Así, para la valoración de este criterio de adjudicación se asigna la puntuación máxima prevista a la oferta más económica y se puntúan las restantes ofertas de forma proporcional. Asimismo, en este contrato la ponderación dada al criterio del precio ofertado, en relación con el total de criterios de adjudicación, es la siguiente: Lotes 1, 2, 3 y 4: 30% y Lote 5: 50%, por lo que la valoración dada al criterio económico no va a ser el único factor determinante para ser la mejor oferta calidad/precio”.



- Sobre el supuesto enriquecimiento injusto y la determinación de precios unitarios, se señala que habrá que estar a los fijados en la página nº 13 del PCAP, puesto que los que figuran en la tabla de la página 48 de dicho pliego, a los que se refiere la recurrente, incurren en error material.
- En cuanto a la supuesta infracción en materia de protección de datos, se señala que el adjudicatario ha de cumplir con lo previsto en la cláusula 18.7 del PCAP, de manera que:

“Las incidencias emitidas por los ciudadanos a través de una app integrada en la plataforma (TUMurcia), se llevan a cabo a través del Servicio de Información, cuyo titular es el Ayuntamiento de Murcia, con una finalidad de gestión administrativa del Servicio de Información al Ciudadano por el Ayuntamiento de Murcia, es por ello, que la empresa adjudicataria no tendrá acceso a los datos de carácter personal de los ciudadanos de la plataforma TUMurcia. La página web, tal y como se establece en la cláusula 7.5 del PPT, tendrá como objetivos informar a la población de las actividades que se llevan a cabo durante la ejecución del contrato (tratamientos fitosanitarios, podas, plantaciones, etc.), facilitar una mayor divulgación de las actuaciones municipales referentes a Zonas Verdes y Arbolado Urbano, así como dar a conocer los valores naturales, paisajísticos y culturales de los jardines de Murcia. Para ello, cada uno de los mapas generados deberá ser accesible mediante una URL específica por el navegador. Por lo que la web no requiere el tratamiento de datos personales de terceros ya que tendrá carácter informativo”.

Todo lo anterior determinaría, conforme al criterio del órgano de contratación, que no exista limitación de la concurrencia.

Por ello, el órgano de contratación concluye interesando que se desestime el recurso y que se confirmen los pliegos.

Quinto. Mediante Resolución de 29 de junio de 2023 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera 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.

Sexto. El día 24 de julio de 2023, a requerimiento de este Tribunal, se ha completado el expediente administrativo por parte del órgano de contratación a través de la aportación de certificado de presentación de ofertas a fecha fin de plazo de proposiciones, del que se deduce que ninguna empresa ha concurrido a esta licitación.

De este modo, una vez comprobado detenidamente dicho expediente, se constata que el mencionado plazo no ha llegado a finalizar por mor de que fue suspendido por parte del citado órgano, restando tres días hábiles para su conclusión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 y 4 de la LCSP y en el Convenio sobre atribución de competencia de recursos contractuales suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, el día 13 de noviembre de 2020 y publicado por Resolución de 17 de noviembre de 2020, de la Subsecretaría (BOE nº 306 del día 21 de noviembre de 2020).

Segundo. El recurso se interpone en la licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es 98.179.913,25 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, se impugnan los pliegos rectores de la licitación, ex artículo 44.2.a) del citado texto legal.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 de la LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del RPERMC.



Por lo que, en el caso aquí analizado, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo.

Cuarto. En cuanto a la legitimación de la recurrente, este Tribunal viene admitiendo excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) la legitimación del recurrente que no ha concurrido a la licitación cuando el motivo de impugnación de los pliegos le impide participar en el procedimiento en un plano de igualdad (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 5 junio de 2013).

En efecto, para admitir legitimación para recurrir los pliegos que rigen una licitación por quien no ha tomado parte en la misma resulta necesario que la entidad recurrente, al menos, se haya visto impedida de participar en virtud de las restricciones introducidas en los pliegos objeto de recurso, pues no resulta admisible un recurso en materia de contratación basado en un mero interés en la legalidad abstracta del procedimiento de licitación, no admitiéndose una acción popular en esta materia.

Como se afirma en nuestra Resolución 890/2021, de 15 de julio:

“En efecto, es doctrina reiterada la que sienta que están legitimados para recurrir los pliegos de una licitación los empresarios que han adquirido la condición de licitadores por haber presentado su oferta, o bien aquellos que acreditan su interés legítimo, demostrando que precisamente no han adquirido tal condición a causa de los vicios de los pliegos que vienen a denunciar con su recurso.

Así lo expusimos en nuestra Resolución 2/2017, de 17 de enero: “Ciertamente, definida la legitimación como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de ésta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008–), la regla es que solo los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, pues sólo



quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato.

Sin embargo, esta regla quiebra en los casos en los que el operador económico impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 5 de julio de 2005 –Roj STS 4465/2005–). Esta doctrina es coherente con el Ordenamiento Comunitario, en el que el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que “tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”. Sobre este aserto, la Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 (asunto C-230/02), señaló: «27 En este sentido, como ha señalado la Comisión en sus observaciones escritas, la participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato. Si no ha presentado una oferta, esta persona difícilmente puede demostrar que tiene interés en oponerse a esta decisión o que se ha visto perjudicada o puede verse perjudicada como consecuencia de dicha adjudicación.

No obstante, en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, tendría derecho a ejercitar un recurso directamente contra dichas características, incluso antes de que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate»”.

Pues bien, como ha quedado de manifiesto en los Antecedentes de Hecho Tercero y Sexto, pese a que los motivos esgrimidos en el recurso vienen a cuestionar una serie de aspectos que –en nada– inciden en la fase de admisión de licitadores, lo cierto es que –al



permanecer abierto, aunque suspendido, el plazo para presentar ofertas– la condición de potencial licitadora confiere a la actora de interés legítimo, al poder ver afectada su esfera jurídica –siquiera de manera indirecta– por la actuación impugnada; de ahí que haya de reconocérsele legitimación para recurrir los pliegos.

Quinto. Pasando al análisis de las cuestiones de fondo cabe proceder a su análisis de manera individual, siguiendo el orden propuesto por la recurrente, por razones sistemáticas y de claridad expositiva.

Discute la recurrente la naturaleza del contrato y su consideración como un servicio, cuando implica/su objeto –a su juicio– abarca, también, prestaciones propias de los contratos de suministro, por lo que debería calificarse como mixto. Por su parte, el órgano de contratación sostiene que en el contrato de servicios se incluyen unos posibles trabajos de medición o suministro, que son actuaciones consistentes en pequeñas obras o suministros, por causa del deterioro o por cualquier otra circunstancia que pueda aconsejar la renovación o sustitución de los elementos objeto del contrato.

En la presente licitación, el objeto del contrato se define en el apartado 2 del PCAP:

Es objeto del presente Pliego la contratación por parte del Ayuntamiento de Murcia del “SERVICIO DE CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LAS ZONAS VERDES Y ARBOLADO DE ALINEACIÓN, MEDIANAS Y ROTONDAS, LAGOS Y FUENTES Y MOBILIARIO DE JARDINES DEL MUNICIPIO DE MURCIA, MEDIANTE CINCO (5) LOTES”, que se realizará conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas que se adjunta, redactado por el Servicio Municipal de Parques y Jardines y con arreglo a las cláusulas de carácter social y medioambiental contenidas en el mismo y en el presente Pliego de Cláusulas Admvas. Particulares, las cuales asimismo forman parte del objeto del contrato

Por tanto, estamos en presencia/es cierto que se trata de un contrato mixto, que incluye prestaciones propias del contrato de servicios y de suministro, y así debería haberse definido en el PCAP. En efecto, el artículo 18.1 de la LCSP señala que:



“Se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase.”

El contrato mixto surge precisamente cuando las necesidades de la Administración requieren y hacen necesario para su satisfacción, por razones de eficacia, eficiencia y agilidad, la contratación conjunta de prestaciones de naturaleza diversa. Y, a su vez, la fusión de prestaciones en un contrato mixto precisa de la existencia de una vinculación directa de las mismas entre sí, así como de una relación de complementariedad entre tales prestaciones, de suerte y manera que sea preciso su consideración y tratamiento como una unidad.

Por ello, en la medida en que el Pliego incluye en el objeto del contrato prestaciones propias de dos figuras contractuales, este Tribunal considera más adecuado, aun cuando el mantenimiento o suministro sea accesorio al servicio, que se modifique la calificación del contrato a contrato mixto de suministros y servicios. A estos efectos, dado el carácter accesorio de la prestación de mantenimiento respecto del servicio, seguirán siendo las normas de adjudicación del contrato de servicio las que rijan en este caso, pues es claro que la prestación de servicio es económicamente la de mayor importancia.

El Tribunal comparte las conclusiones de la recurrente y, en consecuencia, entiende que el contrato ha de calificarse como mixto, a diferencia de lo sostenido por el órgano de contratación, por lo que este motivo de recurso debe ser acogido en este punto y los pliegos modificarse en tal sentido, como /se ha señalado, entre otras, en la Resolución 172/2017, de 10 de febrero, Recurso nº 18/2017 C.A. de Illes Balears 2/2017 o más recientemente, en la nº 712/2021, de 17 de junio.

Sexto. El segundo motivo del recurso es el que hace referencia a la fijación, en el apartado 8.2 del PCAP, de una fórmula económica/matemática para valorar el criterio precio (ponderable con hasta 30 puntos en los lotes 1 a 4, y con hasta 50 en el lote 5) contraria a Derecho, pues –a su juicio– no es proporcional.

Dicha fórmula se refleja en el citado apartado del modo siguiente:



$$\text{Puntuación de la Oferta X} = \frac{\text{Importe Baja Oferta X} * \text{Puntuación Máxima}}{\text{Importe Mayor Baja Ofertada}}$$

Al respecto, se debe recordar que, también en la fijación de estas fórmulas de valoración de ofertas, el órgano de contratación goza de discrecionalidad técnica, como ha señalado este Tribunal en la resolución 1051/2018:

Sexto. A) Sobre los parámetros a los que debe ajustarse el órgano de contratación al establecer la fórmula para evaluar las proposiciones económicas dijimos en nuestra Resolución 906/2014 que “lo único que impone en este sentido el TRLCSP es que se concrete en el Pliego la fórmula elegida, que esta atribuya una puntuación superior a la oferta más barata y menor a la más cara y que se guarde la adecuada proporción en la atribución de puntos a las intermedias” (...) Añadimos igualmente que “Fuera de estos principios elementales, el órgano de contratación cuenta con un margen de libertad para decantarse por una u otra fórmula, para optar por una regla de absoluta proporcionalidad o, por el contrario, introducir modulaciones en ella que no sean arbitrarias ni carentes de lógica o, en fin, distribuir la puntuación por la baja que cada oferta realiza respecto del presupuesto de licitación o en proporción a la oferta más económica. A fin de cuentas, si la entidad adjudicadora puede elegir la ponderación atribuida a cada criterio de adjudicación (cfr.: artículo 150.4 TRLCSP y Sentencia del TJCE, Sala Sexta, 4 de diciembre de 2003 – asunto C- 448/01-), no parece posible negarle la libertad de elegir la fórmula de distribución de los puntos”. Doctrina esta que reiteramos expresamente en nuestras Resoluciones 542/2015, 681/2016, 1064/2016, 208/2017, 230/2018 y 237/2018

Los requisitos que deben cumplir las fórmulas matemáticas empleadas para valorar los criterios de adjudicación son los establecidos en el 145.5 de la LCSP: igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. En este sentido, en la Resolución 1798/2021, de 10 de diciembre, se afirma de 2021:

“el artículo 145.5 de la LCSP señala de una manera concisa que los criterios de adjudicación deben ser formulados de una manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad”.

Por otro lado, la aplicación de una fórmula de valoración que suponga o implique que la Administración no obtiene la oferta económicamente más ventajosa, constituye una vulneración directa de cuanto se regula en el artículo 102 de la LCSP, cuyo apartado 3º en su párrafo primero –literalmente– dispone:

«Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados».

La fórmula escogida por el PCAP –y que se cuestiona– opta por la regla de la proporcionalidad inversa, al tomar como referencia no ya el presupuesto de licitación sino las ofertas de los licitadores, contemplando la utilización de las magnitudes denominadas “importe baja oferta” –para el numerador– e “importe mayor baja ofertada” –para el denominador–. Además, no introduce un factor corrector o modulador para el caso de proposiciones que se queden en el tipo de licitación.

Sentado lo anterior, no puede compartir al respecto este Tribunal la tesis del órgano de contratación, pues la fórmula matemática elegida por el PCAP no llega a mostrar efectiva capacidad para discriminar las eventuales ofertas económicas, toda vez que resulta evidente, tal y como sostiene la recurrente, que su utilización no puede tenerse por válida para escoger la oferta económicamente más ventajosa, en tanto que, aun posibilitando la obtención de una puntuación superior a las ofertas que propongan un precio menor y de una puntuación inferior a las ofertas que propongan un precio mayor, la puntuación a obtener no guarda la debida correlación o proporción con las ofertas porque, conforme a la doctrina elaborada al respecto por el Tribunal de Cuentas, expuesta y sintetizada por este Tribunal, inicialmente, en sus Resoluciones 906/2014, de 12 de diciembre, y 542/2015, de 12 de junio, y una vez vigente la LCSP, en las nº 230/2018, de 12 de marzo, y nº 361/2023,

de 23 de marzo, que expresamente cita la recurrente, dicha fórmula no resulta admisible porque reduce significativamente los márgenes entre las ofertas más altas y las más bajas [efecto vedado por el Informe del Tribunal de Cuentas nº 1009, de fiscalización de la Universidad de Murcia (ejercicios 2010 y 2011)].

Así las cosas, este Tribunal –por cuanto acaba de exponerse– determina que se ha vulnerado el artículo 1º de la LCSP, al concluir que, en consecuencia, el órgano de contratación ha rebasado el margen de discrecionalidad con que cuenta para elegir una fórmula u otra. Por ello, resulta claro que la cláusula 8.2 del PCAP, en lo concerniente a la ponderación del criterio precio, no se adecúa a lo establecido en los artículos 1º y 102 de la LCSP, ni tampoco en el artículo 145 de dicho texto legal, cuyo apartado 5º –letra b)– menciona, entre otros, el principio de proporcionalidad como parámetro configurador de los criterios de adjudicación de los contratos.

En consecuencia, la fórmula fijada no respeta la exigencia del artículo 145.5 de la LCSP sobre el principio de proporcionalidad y este motivo del recurso ha de ser estimado.

Séptimo. A continuación, la recurrente sostiene que el Ayuntamiento licitante obtendría un enriquecimiento injusto a la hora de haber previsto la modificación presupuestaria del contrato, pues los precios unitarios son inferiores a los empleados para calcular el presupuesto base de licitación.

Sobre esta cuestión, a la vista del informe del órgano de contratación, se pone de manifiesto que se ha cometido un error material en la tabla inserta en la cláusula 17 del PCAP *‘Modificación del contrato’* (página nº 48), siendo la correcta la de la cláusula 3 de dicho pliego (página nº 13). Por tanto, según el órgano de contratación, los precios correctos para presupuestar las modificaciones y la parte variable de los trabajos de medición/suministro del contrato, a los que se deberá aplicar los gastos generales y el beneficio industrial, son:

TIPOLOGÍA	CÓDIGO	COSTE
A. Representativo intensivo	NVVA02a	4,57 €
B. Representativo medio	NVVA05a	4,05 €
C. Representativo bajo	NVVA07a	3,39 €
D. Convencional	NVVF01a	0,62 €
E. Árboles y palmeras	NVVV02a	28,34 €
H. Setos	NJVR04a	2,93 €

El reconocimiento por parte del órgano de la existencia de un error material, así como la confirmación de que los precios unitarios son los transcritos en la tabla recién reproducida –los cuales no incluyen el denominado beneficio industrial (BI) y los gastos generales (GG) a que se refiere la recurrente–, permite apreciar la vulneración postulada por la recurrente, así como un eventual enriquecimiento injusto de la Administración. De ahí que deba ser anulada –y enmendada– la citada tabla que se ubica en la cláusula 17.2 del PCAP, cuyo tenor ha de conciliarse con la reproducida en la cláusula 3.1 de dicho pliego.

A dichos precios recogidos en la página nº 13 del PCAP se les deberá aplicar el beneficio industrial y los gastos generales, como reconoce el órgano de contratación. De manera que, apreciada la existencia de un error material fácilmente salvable, a fin de evitar oscuridad a futuro y de arrojar luz en la confección de las reglas de esta licitación para que no incurran en contradicciones, el motivo del recurso debe ser acogido.

En suma, habida cuenta de que –a resultas del sentido de la presente Resolución– han de confeccionarse de nuevo los pliegos, para esa labor el citado órgano deberá estar igualmente a lo aquí razonado.

Octavo. En último término, manifiesta la recurrente que el contenido mínimo de los pliegos no respeta la normativa en materia de protección de datos, pues se impone al adjudicatario una serie de obligaciones que implicarían el tratamiento de datos personales por cuenta de la Administración, como resulta de los apartados 7.3 y 7.5 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT). Esto es, según la recurrente que en aquellos contratos cuya

ejecución requiere el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, el artículo 122.2 de la LCSP impone al órgano de contratación la obligación de incorporar en los pliegos cierta información, que en este caso no se ha cumplido.

Frente a ello, este Tribunal considera que tiene razón el órgano de contratación y rechaza la existencia de infracción en materia de protección de datos. Efectivamente, el artículo 122.2 de la LCSP dispone que:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28.2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en aquellos contratos cuya ejecución requiera el tratamiento por el contratista de datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, adicionalmente en el pliego se hará constar:

- a) La finalidad para la cual se cederán dichos datos.*
- b) La obligación del futuro contratista de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, sin perjuicio de lo establecido en el último párrafo del apartado 1 del artículo 202.*
- c) La obligación de la empresa adjudicataria de presentar antes de la formalización del contrato una declaración en la que ponga de manifiesto dónde van a estar ubicados los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos.*
- d) La obligación de comunicar cualquier cambio que se produzca, a lo largo de la vida del contrato, de la información facilitada en la declaración a que se refiere la letra c) anterior.*
- e) La obligación de los licitadores de indicar en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos, el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.*



En los pliegos correspondientes a los contratos a que se refiere el párrafo anterior las obligaciones recogidas en las letras a) a e) anteriores en todo caso deberán ser calificadas como esenciales a los efectos de lo previsto en la letra f) del apartado 1 del artículo 211”.

En el caso aquí analizado/~~nos ocupa~~, los apartados 18.6 y 18.7 del PCAP prevén que:

“18.6 El adjudicatario se obliga, asimismo, durante la ejecución del contrato al estricto cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente sobre protección del medio ambiente e de ámbito nacional, comunitario e internacional, en particular de los convenios internacionales que se recogen en el Anexo V de la LCSP, y, especialmente, en las ordenanzas municipales reguladoras de protección de la atmósfera y de protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones.

18.7 El contratista queda obligado al cumplimiento íntegro de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), y demás normativa concordante”.

Trasladando las anteriores consideraciones al presente procedimiento, resulta que el contratista no va a gestionar datos de carácter personal –pues, como veremos, tal gestión se realizará por medio de una ~~app~~/aplicación que pertenece al Ayuntamiento licitante–, de manera que no se da la premisa que haría aplicable el artículo 122.2 de la LCSP. Y es que según manifiesta el órgano de contratación todas las incidencias que reciban los adjudicatarios –por medio de la aplicación de la Administración o directamente de los ciudadanos–, así como la gestión del servicio se va a realizar a través de “una *app integrada en la plataforma (TUMurcia)*”, a través del Servicio de Información, cuyo titular es el Ayuntamiento de Murcia, con una finalidad de gestión administrativa del Servicio de Información al Ciudadano por el Ayuntamiento de Murcia.

La consecuencia de ello es que el adjudicatario no tendrá acceso a los datos de carácter personal de los ciudadanos de la plataforma TUMurcia, pues como se fija en la cláusula/el apartado 7.5 del PPT, la web no requiere el tratamiento de datos personales de terceros al tener, únicamente, datos informativos, sobre las actividades que se llevan a cabo durante la ejecución del contrato (tratamientos fitosanitarios, podas, plantaciones, etc.), divulgación de las actuaciones municipales referentes a Zonas Verdes y Arbolado Urbano, así como dar a conocer los valores naturales, paisajísticos y culturales de los jardines de Murcia. Lo anterior sin perjuicio de que se impongan al contratista, conforme a las cláusulas 18.6 y 18.7 del PCAP el cumplimiento de la regulación en materia de protección de datos, por lo que el órgano de contratación va a garantizar que en la prestación se va a desarrollar en cumplimiento de la referida normativa.

En consecuencia, el motivo debe ser, rechazado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. J. A. M., en representación de STV GESTIÓN, S.L., contra los pliegos del procedimiento de licitación del contrato denominado *“Servicio de conservación y mantenimiento de las zonas verdes y arbolado de alineación, medianas y rotondas, lagos y fuentes y mobiliario de jardines del municipio de Murcia, mediante cinco (5) lotes”*, convocado por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia, retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la aprobación de los pliegos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, conforme al 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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES