

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 11 de abril de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don J. M. H. A., en representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación para contratar el “servicio de mantenimiento de zonas verdes, parques y jardines públicos del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 5 de marzo la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra aprobó el expediente de contratación del servicio de mantenimiento de zonas verdes, parques y jardines públicos.

El anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de marzo de 2012.

Segundo.- El 30 de marzo de 2012 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (en adelante ASEJA) en el

que solicita la modificación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), suprimiendo el criterio de valoración “experiencia en la prestación del servicio”, recogido en la disposición 4 del Anexo V del mismo, por entender que es contrario a la normativa de contratación, por cuanto la experiencia exigida no se encuentra relacionada con el objeto del contrato, ya que su objeto es el mantenimiento de zonas verdes, y no el mantenimiento de estas prolongadas en el tiempo. Alega que si lo que se pretende es que quede acreditada la solvencia del licitador para prestar los servicios objeto del contrato, el PCAP ya exige estar en posesión de la clasificación.

Tercero.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del mismo al órgano de contratación a los efectos del artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El Ayuntamiento de Cubas de la Sagra remitió el expediente de contratación el 4 de abril, sin acompañar su informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la Asociación ASEJA para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, que establece la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación *“toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Una interpretación restrictiva de este precepto sería contraria a la tendencia jurisprudencial que admite la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas

como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados, de manera que no es necesario ser licitador, ni estar en condiciones de serlo, para estar legitimado para la interposición del recurso.

Según el artículo 1 de sus Estatutos, la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (ASEJA), se constituye al amparo de lo establecido en el artículo 22 de la Constitución Española; de la Ley 19/1977, de 1 de Abril, sobre Regulación del Derecho de Asociación Sindical; del RD 873/1977, de 22 de abril; y de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y como una asociación empresarial independiente de ámbito nacional, sin ánimo de lucro y sin fines especulativos, de duración indefinida, con autonomía económica y de gobierno, así como de personalidad jurídica y de plena capacidad de obrar para cumplimiento de sus fines, la disposición de sus bienes y el ejercicio de sus derechos.

El artículo 3 dispone que su ámbito de actuación, *“se podrá extender, sin limitación alguna, a todas las actividades empresariales o profesionales relacionadas con la organización, planificación, ejecución, adecuación, corrección, desarrollo, construcción, conservación y mantenimiento de parques y jardines y/o trabajos complementarios en espacios ajardinados, arbolados y con todo tipo de elementos vegetales, así como a la gestión de la fauna que pudiera estar asociada y/o relacionada con el hábitat ajardinado, arbolado o vegetal que se construya, conserve, mantenga o sea preexistente y sea de interés estudiarla y conservarla, abarcando ésta actividad, a todo el territorio del Estado Español.”*

Sus fines vienen establecidos en el artículo 4 de los citados Estatutos entre los que figura *“La representación colectiva, participación, gestión y defensa más amplia de los intereses económicos y profesionales de sus miembros ante los Poderes Públicos, y cualesquiera otras entidades o personalidades, públicas o privadas, nacionales, extranjeras o internacionales”.*

En el presente caso la Asociación ASEJA representa los intereses colectivos del sector de la jardinería por lo que se considera legitimada para interponer el recurso especial solicitando la supresión del criterio de adjudicación “experiencia en la prestación del servicio”, al existir relación entre los fines y ámbito de la asociación recurrente con el objeto del recurso.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal de 15 días hábiles del artículo 44.2.a) del TRLCSP, contados a partir del siguiente a aquel en que ha tenido conocimiento del acto a través del anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, de fecha 20 de marzo, como hace constar el propio recurrente.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) correspondiente a un contrato de servicios de la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, no sujeto a regulación armonizada, cuyo valor estimado asciende a 1.172.542,32 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Si bien en el anuncio de licitación el contrato se ha clasificado en la categoría 1 “servicios de mantenimiento y reposición”, la definición de su objeto y la CPV (Vocabulario Común de Contratos Públicos) se corresponden con el número de referencia 77311000 “servicios de mantenimiento de jardines y parques”, que no se incluye en ninguna de las categorías definidas en el anexo II del TRLCSP para los contratos de servicios, por tanto este contrato quedaría incluido en la categoría 27 “otros servicios” y de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del mismo texto se trata de un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, pero siendo su valor estimado superior a 200.000 euros, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El Ayuntamiento de Cubas de la Sagra es una entidad local de la Comunidad de Madrid. De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- El fondo del asunto se concreta en determinar si se ajusta a la legalidad del criterio de adjudicación “experiencia en la prestación del servicio”, recogido como criterio 4 en el Anexo V del PCAP y valorado con 5 puntos a razón de 0,5 por año *“en función de la experiencia que acrediten en la prestación de servicios similares para Entidades y Organismos Públicos en los últimos 10 años”*.

Alega el recurrente que dicho apartado es contrario a la normativa de contratación, en concreto al artículo 150 del TRLCSP. Considera que la experiencia no quedaría acreditada por la mera realización de la actividad durante el periodo de 10 años, por ejemplo de una zona verde de escasa entidad pero que se valoraría con 5 puntos. Al contrario, el supuesto de una empresa que lleve en el sector ejecutando servicios semejantes menos de diez años pero prestando servicios en un número mayor al del ejemplo anteriormente expuesto, obtendría una puntuación inferior.

El artículo 150.1 de la LCSP establece que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”*, enumerando a continuación una serie de ellos, que aunque no debe considerarse exhaustiva, pues termina con una referencia a *“otros semejantes”*, es evidente que debe servir de pauta para determinar cuáles deben ser estos otros criterios. En tal sentido, los criterios a que alude la Ley en el artículo citado, presentan la característica común de que todos ellos constituyen circunstancias de la prestación

(calidad, precio, cantidad, plazo de ejecución, coste de utilización o rentabilidad técnica).

La doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han establecido la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa atinentes a características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta. Esta diferenciación se ha utilizado, 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.

Ya la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, dictada en el asunto 31/87 (Beentjes) afirma que si bien en el caso de que los poderes adjudicadores opten por distintos criterios para la adjudicación del contrato, tal elección solo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto C-532/06 (Dimos Alexandroupolis), distingue entre los criterios que pueden utilizarse como “criterios de adjudicación” y “criterios de selección cualitativa” destinados los primeros a la adjudicación del contrato y a la selección de los operadores los segundos. Asimismo establece esta Sentencia normas para la elección de criterios de adjudicación. Así, señala que si bien es cierto que *“los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1 de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección*

sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa”.(...) “Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa sino que están vinculados, en esencia a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión.”

En el mismo sentido de las anteriores se pronuncian también la sentencia de 12 de noviembre de 2009, asunto C-199/07 (Comisión contra Grecia) y diversas sentencias del Tribunal Supremo, de entre las que destacaremos la de 10 de febrero de 2010 (RJ2010/3964), con cita de otras como la de 23 de marzo de 2005 (RJ2005/3460), la de 5 de julio de 2005 (RJ/2005/5205), o la de 11 de julio de 2006 (RJ/2006/8471) que valoraban la experiencia de las empresas.

La experiencia no figura en la normativa legal como criterio de adjudicación, sino que debe ser considerada como elemento previo.

En el presente asunto el criterio utilizado como 4 de los de adjudicación es la experiencia en la ejecución de contratos similares y está vinculado a la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato y por eso no tiene la cualidad de “criterio de adjudicación” en el sentido del artículo 150 del TRLCSP, por lo que procede concluir que dicho criterio no es ajustado a derecho.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto la Asociación Española de

Empresas de Parques y Jardines contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación para contratar el servicio de mantenimiento de zonas verdes, parques y jardines públicos del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra, declarando la nulidad del criterio de adjudicación 4 del anexo V “experiencia en la prestación del servicio”.

Segundo.- 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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.