

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

En Madrid, a 15 de junio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.A.V., en nombre y representación de Ingeniería y Diseños Técnicos, S.A.U. (Inditec), contra el Acuerdo del Consejo Rector del Patronato Monte del Pilar de Majadahonda, de fecha 28 de abril de 2016, por el que se adjudica el contrato “Servicio de mantenimiento y conservación del parque urbano de la Zona de Disuasión (Parque Felipe VI) y de las zonas forestales del Monte del Pilar de Majadahonda”, número de expediente: 07/2015, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Acuerdo del Consejo Rector del Patronato Monte del Pilar de Majadahonda, se convocó procedimiento abierto, con pluralidad de criterios, para la contratación del servicio mencionado. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de 27 de noviembre de 2015 y el Perfil de contratante del Ayuntamiento de 30 de noviembre. El valor estimado asciende a 2.065.081,71 euros.

Segundo.- A la licitación presentaron oferta 17 empresas, incluida la recurrente.

Tras la realización de los trámites oportunos, el 17 de mayo de 2016 se notificó la Resolución de adjudicación del referido expediente, a favor de la empresa Thaler, S.A., por haber resultado la oferta económicamente más ventajosa, al haber obtenido la mayor puntuación, de acuerdo con la clasificación aprobada. La recurrente ha quedado clasificada en la posición número 13.

Tercero.- El 27 de mayo de 2016, previo anuncio ante el Ayuntamiento el día 23, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Inditec en el que solicita que se anule la adjudicación y *“SE ORDENE RETROTRAER LAS ACTUACIONES DEL PROCESO DE LICITACIÓN, AL MOMENTO EN EL QUE SE DEBIÓ TENER POR PROCEDENTES LAS MEJORAS OFERTADAS POR INDITEC S.A.U., EN EL APARTADO ‘mejoras de elementos directamente vinculados al objeto del contrato que impliquen un incremento del beneficio en la prestación del servicio, dentro del marco previsto en los pliegos de condiciones técnicas a tenor de los criterios establecidos en el articulado del texto refundido de la ley de contratos del sector público”* y además *“SE ORDENE REALIZAR UNA NUEVA CLASIFICACIÓN DE LAS OFERTAS, CONFORME A LA CONDICIONES EXPRESADAS EN LOS PLIEGOS Y EN SUS CRITERIOS DE VALORACION CONTINUADO CON EL PROCESO DE LICITACION V RESOLVIENDO LA ADECUACIÓN DEL MISMO, Y POR TANTO ADJUDICAR EL CONTRATO A LA EMPRESA INDITEC S.A.U.”*.

El 3 de junio el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Cuarto.- Con fecha 1 de junio de 2016, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Thaler, S.A., que sostiene en primer lugar, la falta de legitimación de la recurrente ya que no es la segunda clasificada en la licitación sino que es decimotercera. Además considera que se ha valorado adecuadamente la mejora por parte de los servicios técnicos ya que *“las mejoras relacionadas con “la valoración de riesgos y estados fisiológicos del arbolado”, se tratan de intervenciones en las que en efecto, la unidad de medición es necesariamente el árbol, a diferencia de otras unidades de obra en las que se utilizan unidades de medición más generales como pudieran ser el metro cuadrado o la unidad de superficie. En el supuesto objeto de análisis, las intervenciones relacionadas con “la valoración de riesgos y estados fisiológicos del arbolado” son actuaciones puntuales en términos espaciales, que deben realizarse de manera inequívoca sobre un determinado ejemplar, pudiendo estar motivadas por diferentes causas como, cercanía a zonas transitadas, tamaño o imperfecciones de la copa, inclinación del tronco, estado fitosanitario, entre otros. Por esta razón, el PCAP dispone la obligación de “(...) justificar el número de árboles sobre los que se propone esta actuación”, haciendo una alusión expresa al árbol como unidad de referencia”*. En consecuencia, solicita la inadmisión o subsidiariamente la desestimación del recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Patronato “Monte del Pilar” es un organismo autónomo de carácter administrativo del Ayuntamiento de Majadahonda, de acuerdo con lo establecido por

sus Estatutos, aprobados por Acuerdo del Pleno de 26 de octubre de 1999, teniendo la consideración de Administración Pública de acuerdo con lo establecido por el artículo 3.2 del TRLCSP.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que, aunque ha sido clasificada en decimotercer lugar, impugna la puntuación obtenida en la valoración de uno de los criterios y *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP), ya que de la aplicación de los criterios resulta que la eventual estimación del recurso le otorgaría la puntuación necesaria para estar en posición de obtener la adjudicación del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 28 de abril de 2016, practicada la notificación el 17 de mayo, e interpuesto el recurso el 27 de mayo de 2016, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios de categoría 27, con un valor estimado superior a 209.000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el Acuerdo de adjudicación por considerar la recurrente que existe

una arbitraria valoración del criterio A.1 y concretamente el apartado correspondiente a “*valoración, riesgos y estados fisiológicos del arbolado*”.

Se alega igualmente error en la interpretación de los Pliegos que se traslada a errores de puntuación.

Debe señalarse que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su apartado VII: Procedimiento de adjudicación del contrato (artículo 138 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) - Variantes o mejoras (artículo 147 del TRLCSP) - establece los criterios de valoración de las ofertas y el apartado A.1. contempla.

“MEJORAS DE ELEMENTOS DIRECTAMENTE VINCULADOS AL OBJETO DEL CONTRATO QUE IMPLIQUEN UN INCREMENTO DEL BENEFICIO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DENTRO DEL MARCO PREVISTO EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES TÉCNICAS A TENOR DE LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN EL ARTICULADO DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO. HASTA 45 PUNTOS”.

Se establecen a continuación unas condiciones y requisitos para la valoración de las mejoras, añadiendo:

“Una vez consideradas, por parte de los Técnicos del Servicio de Medio Ambiente, Jardines y Limpieza, que las mejoras implican un incremento del beneficio en la prestación del servicio, la distribución de puntos se hará mediante la siguiente fórmula, otorgando la máxima puntuación al licitante que, en conjunto, oferte mejoras de mayor importe.

Las mejoras a las que hace mención este criterio deberán poderse incluir en alguna de las categorías de la siguiente relación, debiéndose indicar en la memoria justificativa de su idoneidad, bajo que categoría se considera:

- *Las relacionadas con la valoración, riesgos y estados fisiológicos del arbolado, mediante el empleo de resistógrafos, tomógrafos, técnicas de VTA (...) debiéndose justificar el número de árboles sobre los que se propone está actuación”.*

Según la recurrente “el Pliego de Cláusulas Administrativas deja claramente estipulado en su página nueve cómo se deberán valorar las ofertas de mejora relativas al empleo de resistógrafos, tomógrafos y técnicas VTA. No nos cabe duda alguna al respecto de la interpretación literal del contenido de los requisitos de los pliegos, donde no cabe otra interpretación más allá de los propios términos en los que la cláusula está redactada, esto es, en su literalidad. Tal y como se puede comprobar en la oferta entregada por INDITEC S.A.U., se justifica de forma clara e inequívoca el número de árboles sobre los que propone la actuación evaluada (179 árboles de entre 10 y 15 m, 355 árboles de entre 15 y 20 m, y 8 árboles mayores de 20 m de altura). No se entiende, por tanto, que la conclusión presentada en el Informe Técnico se concluya con la improcedencia de la valoración de esta mejora. Tan sólo han sido valoradas en este capítulo las ofertas que incluían la ubicación concreta y/o referenciada en un plano de todos los árboles objeto de la mejora, y no únicamente la justificación del número de árboles sobre las que se propone esta actuación, tal y como se estipula en los pliegos de condiciones”.

Argumenta igualmente que “no se trata de sustituir el criterio de la Corporación Municipal por uno propio, se trata de que la decisión de ésta es arbitraria y arroja un resultado inadecuado en la determinación de la oferta más ventajosa y por tanto es una decisión contraria a Derecho” y cita en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000.

El órgano de contratación en su informe, detalla los criterios técnicos que se han seguido para la redacción del informe de valoración y que llevaron a concluir si procede o no la valoración de la mejora en cada caso, señalando que “Conviene llamar la atención sobre el hecho de que en ningún caso han sido arbitrarios como

se demostrará y obedecen siempre al cumplimiento de lo que estipula el pliego de condiciones, es decir a la justificación detallada del número de árboles sobre los que se propone la actuación. Toda justificación necesita explicar el motivo que lleva al licitador a elegir esos árboles y no otros. Para el técnico que suscribe, lo relevante es la justificación del problema que puede observarse en los árboles que se propongan y tal detalle no se observa en la oferta de la recurrente. Además, se demostrará que, al contrario de lo que expone la recurrente, no han sido valoradas las mejoras de otras empresas por el hecho de que hayan incluido la ubicación concreta y/o referenciada a un plano de los árboles objeto de tratamiento, sino que se han valorado aquéllas que han justificado el número de árboles sobre los que se propone la actuación en los términos anteriormente expuestos. El hecho de ofrecer un número alzado de árboles sobre los que se va a actuar (179, 355 y 8, según la altura de los ejemplares), en ningún caso se puede considerar una justificación”.

A continuación incluye las valoraciones que se han realizado a cada una de las empresas, que han ofertado la mejora, indicando que se ha tenido en cuenta la identificación de las zonas del arbolado y la justificación de la actuación mediante una causa o en otros casos, *“la ubicación individualizada de cada árbol a diagnosticar, pero la procedencia en la valoración no se ha basado en él, sino en que se ha justificado la sintomatología que debe tener el arbolado para proceder a su análisis, y tanto las fotografías, como la numeración, como el plano forman parte del detalle que se exige para la memoria en los pliegos de condiciones y en el criterio”.*

En consecuencia, sostiene que el informe técnico emitido *“no es arbitrario ya que ha seguido lo que estipula el criterio y los pliegos de condiciones en cuanto a la necesidad de justificación de los árboles sobre los que se propone esta actuación y en cuanto a que las memorias deben ser detalladas. Por ello, las empresas que han presentado mejoras que cumplen con ambos extremos se ha tenido en cuenta en la valoración y no se han valorado las que se encontraban en el caso contrario”.*

Para la resolución del recurso debemos partir de la conocida doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia que considera que los pliegos constituyen la ley del contrato y que su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta. Cabe asimismo recordar que el principio de congruencia con la petición vincula al Tribunal a la hora de resolver el recurso planteado, tal como establece el artículo 47.2 del TRLCSP y el objeto de recurso se centra exclusivamente en la valoración de una determinada mejora.

Por tanto, la apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como mejora en los pliegos que rigen el procedimiento. Los pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos por ninguno de los ofertantes y, por tanto, al presentar su oferta, según el artículo 145 del TRLCSP, los han aceptado incondicionalmente en todo su contenido. Veamos pues la valoración realizada de la mejora y su adecuación a lo solicitado en el PPT.

Constata el Tribunal, que la redacción del Pliego en cuanto a la descripción de la mejorar analizada, se limita a indicar que deberá justificarse el número de árboles sobre los que se propone esta actuación. No se indica que sea necesaria la identificación precisa de los mismos ni la aportación de fotografías, especies, altura, etc. por lo que los licitadores en una interpretación lógica del Pliego entendieron que bastaba la referencia al número de ejemplares y las razones técnicas de la mejora.

Sin embargo a la hora de valorar este apartado, el informe técnico ha exigido para su consideración, la justificación de la acción mediante la identificación pormenorizada mediante fotografías o por plano, con la ubicación precisa y detallada, del arbolado a diagnosticar o por la inclusión de una sintomatología. No admitiendo la indicación del número de árboles, de las zonas de ubicación de los mismos o los riesgos según las clase de ejemplares a tratar, como ha hecho la

recurrente. Esto ha motivado que de las 12 empresas licitadoras que han incluido este tipo de mejora, solo han tenido puntuación 5 y se hayan rechazado 7.

El motivo del rechazo ha sido en todos los casos *“No se justifican las unidades a testificar, se da una medición alzada. Las técnicas de valoración se deben realizar sobre arbolado que pudieran presentar afecciones o problemas, y es sobre estos sobre los que debe versar este tipo de mejoras, los cuales se deberían haber identificado”*. No obstante, esta interpretación supone exigir una especificación que no había sido determinada en el Pliego en el que solo se indica *“debiéndose justificar el número de árboles sobre las que se propone está actuación”*.

Cabe deducir a la vista de los informes, que esta redacción incompleta del apartado del PPT, ha motivado que la mayoría de las empresas interpretasen erróneamente la exigencia y no obtuviesen puntuación. No nos encontramos ante una cuestión de discrecionalidad técnica que, en realidad, no se discute sino de aplicación del Pliego. Tampoco se ha producido una arbitrariedad pues como se ha visto, el criterio se ha aplicado de igual manera a todos los licitadores. La cuestión se centra en la interpretación de los Pliegos.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 70/2016, de 29 de enero, aborda esta cuestión, señalando que *“En este punto debe traerse a colación, que este Tribunal ha señalado en reiteradísimas ocasiones (valgan por todas las resoluciones 111/2011, 303/2012 y 293/2014, entre otras muchas), que los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos”. En este sentido también es menester recordar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión*

de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que el Código Civil establece en el artículo 1281 que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Así, la jurisprudencia más reciente, como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009, se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato”.

La aplicación de los criterios legales de interpretación de los contratos supone que, en el presente caso, la valoración de las ofertas en cuanto a la mejora analizada, no se ajustó a lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que no especificaban más requerimiento que “justificar el número de árboles (...)”. Si para la consideración de la mejora se pretendía exigir la identificación de los ejemplares a tratar porque presentan afecciones o problemas, debió haberse dicho expresamente, la expresión mencionada, no implica la identificación de los mismos.

Además el artículo 147 del TLCSP exige que las mejoras sean precisas y determinen de forma clara sobre qué elementos y en qué condiciones deben presentarse.

Por otro lado, debe recordarse que la existencia un defecto o carencia en la redacción del Pliego, obviamente, no puede perjudicar a los licitadores que han basado su oferta en la confianza de que lo que expresado en el mismo sería la base de la valoración.

En consecuencia, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes y en aplicación del principio de igualdad, procede estimar el recurso, anulado la adjudicación recaída y retro trayendo las actuaciones al momento de valoración de la ofertas, no solo la de la recurrente sino de todas las empresas que habían propuesto mejora en este apartado, respecto a la mejora analizada, para valorarla de acuerdo con los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución, debiendo realizarse por tanto una nueva la clasificación de las ofertas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 por don J.A.V., en nombre y representación de Ingeniería y Diseños Técnicos, S.A.U. (Inditec), contra el Acuerdo del Consejo Rector del Patronato Monte del Pilar de Majadahonda, de fecha 28 de abril de 2016, por el que se adjudica el contrato “Servicio de mantenimiento y conservación del parque urbano de la Zona de Disuasión (Parque Felipe VI) y de las zonas forestales del Monte del Pilar de Majadahonda”, anulando la adjudicación recaída y debiendo retrotraer el procedimiento al momento previos a la valoración de este criterio de mejora, manteniéndose las puntuaciones otorgadas en aplicación de los restantes y procediendo a valorar nuevamente a las empresas que habían

propuesto esta mejora en sus ofertas, de acuerdo con los Fundamento de Derecho de la presente Resolución

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.