

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

En Madrid, a 5 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Imesapi S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de fecha 16 de septiembre de 2020, por la que se adjudica el contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de la zonas verdes municipales: lote nº1 (zona 1) y lote nº2 (zona 2)”. Número de expediente: 2019/pa/011 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el día 19 de agosto de 2019 en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 26.256.662,43 euros y su plazo de duración será de 4 años.

A la presente licitación se presentaron 13 licitadores.

Segundo.- Tras la presentación de ofertas y la calificación definitiva de las propuestas, procedió a la apertura de los sobres que contenían la oferta valorable mediante criterios sujetos a juicio de valor. A la vista de la documentación presentada la Mesa de contratación en sesión de 20 de diciembre de 2019 acordó formular requerimiento de aclaración de las ofertas a todos los licitadores, con expresión de los puntos esenciales de dicha aclaración.

El día 11 de marzo de 2020 la Mesa de contratación procedió a acordar la calificación de los criterios sujetos a juicio de valor y a la apertura del SOBRE Nº 3 PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y OTRAS

La Mesa de contratación en sesión de 1 de julio de 2020 formuló propuesta de adjudicación del Lote 2 y acordó la exclusión de la empresa Raga por haber modificado su propuesta en trámite de aclaraciones.

En sesión de 6 de julio de 2020 formuló propuesta de adjudicación del LOTE 1.

La Junta de Gobierno Local, como Órgano de contratación, de conformidad con la propuesta formulada por la Mesa de contratación, en sesión de 16 de septiembre de 2020 procedió a la adjudicación del contrato del Lote 1 a Ingeniería y Diseños Técnicos, S.A.U. (Inditec) y del lote 2 a Eulen, S.A., siendo notificado y publicado dicho acuerdo a el día 22 de septiembre de 2020.

Tercero.- El 8 de octubre de 2020 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Imesapi en el que solicita la nulidad del procedimiento por no haber conocido al momento de presentación de ofertas el Acuerdo Pozuelo y en consecuencia haber presupuestado su oferta sin atender a estas circunstancias.

El 19 de octubre de 2020 el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el Órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo han presentado alegaciones Eulen, Inditec y Valoriza, todas estas empresas en sus respectivos escritos de alegaciones coinciden en la misma posición jurídica que mantiene el Órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 se encuentra clasificada en tercer lugar en cuanto al lote 1 y en quinto en el lote 2, pretende la nulidad del procedimiento de licitación y en consecuencia, como potencial licitador de la nueva licitación *“sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

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 16 de septiembre de 2020, practicada la notificación el 22 del mismo mes y año, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el día 8 de octubre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso Imesapi solicita en primer lugar que se permita el acceso a la documentación obrante en el expediente y se conceda nuevo plazo para ampliar, modificar en cualquier sentido o retirar el escrito de recurso especial, una vez se haya procedido al efectivo acceso, con el fin de dar cumplimiento a los principios rectores de la contratación pública.

El Órgano de contratación puso a disposición de la actora el expediente, retirando previamente aquellas partes declaradas confidenciales por parte de las empresas licitadoras. Así se recoge en la diligencia expedida por el Ayuntamiento de 28 de septiembre de 2020, respetando en todo momento, las partes de la

documentación aportada que han sido declaradas específicamente como confidenciales.

En este punto el Tribunal manifiesta que la documentación considerada como confidencial por considerar que su contenido puede afectar a secretos técnicos o comerciales y a aspectos confidenciales de las ofertas de las licitadoras, que pueden afectar a la competencia empresarial, no serán puestas a disposición de los interesados. Por lo que habiéndose evacuado este trámite en sede municipal, no procede conceder el acceso solicitado en sede del Tribunal. A mayor abundamiento el recurso interpuesto por Imesapi ha sido perfectamente formulado sin que se desprenda restricción alguna en sus argumentos pro la falta de conocimiento de documentación de otros licitadores.

Una vez denegado el acceso a la parte declarada confidencial de las ofertas de los licitadores y en consideración al puesto que en la clasificación de ofertas corresponde a la recurrente y que es el tercero en el lote 2 y quinto en el lote 1, nos centraremos en las manifestaciones que sustentan el recurso en cuanto a la posible nulidad del procedimiento.

Para abordar el estudio de los motivos de recurso debemos empezar por conocer la postura de recurrente ante el llamado Acuerdo Pozuelo y la falta de información sobre su contenido.

Según el Órgano de contratación el Acuerdo Pozuelo se trata de un documento firmado el 17 de mayo de 2019 por Imesapi, S.A. y Grupo Raga, S.A.U., como adjudicatarias del contrato de mantenimiento de zonas verdes de Pozuelo de Alarcón, y representantes de los trabajadores de ambas contrataciones, por el cual se acuerda unas mejoras salariales y de jornada de trabajo. Que consisten entre otras mejoras y en lo que ahora nos incumbe en una reducción de la jornada de trabajo de los operarios que ejecutan las labores propias del objeto de este contrato que es de 37,5 horas semanales, en varios tramos: una vez se inicie el nuevo contrato de mantenimiento

de zonas verdes forma pasados seis meses, se reduce a 36,5 h. y pasado un año a 35. Añadiendo que: *“En el supuesto de que, después del inicio de la nueva adjudicación, pero antes del vencimiento de los plazos de 6 meses y 1 año, la jornada laboral de los trabajadores municipales de Brigada de Parques y Jardines pase a ser de 35 horas semanales, en ese mismo momento la jornada laboral del personal afectado por este acuerdo se reducirá igualmente a 35 hora semanales”*.

Debe hacerse constar que en dicho documento no participa el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón.

Dicho documento se menciona en el PPTP pero no fue publicitado hasta el 3 de septiembre de 2019 en la PCSP, dando lugar a una ampliación del plazo de presentación de ofertas por quince días más. Pasando a considerarse un anexo de los pliegos de condiciones.

El recurrente considera que: *“Ante el desconocimiento de la entrada en vigor de la jornada de 35 horas para los trabajadores municipales, algunos licitadores, entre ellos IMESAPI, S.A., confeccionaron sus ofertas para el primer escenario del contrato; esto es, realizando todos los cálculos con la jornada laboral de 37,5 horas semanales. De ahí:*

Lote 1 Criterio B3:2,6 + Criterio B4: 2 = 4,6 puntos

Lote 2 Criterio B3:2,6 + Criterio B4:2 = 4,6 puntos

Siendo las diferencias de puntuación con los adjudicatarios e IMESAPI, S.A. las siguientes:

Lote 1 INGENIERÍA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U. 89,67861 puntos totales – IMESAPI, S.A. 88,24985 puntos totales = DIFERENCIA 1,42876 puntos.

Lote 2 EULEN, S.A. 90,48437 puntos totales – IMESAPI, S.A. 86,85395 puntos totales = DIFERENCIA 3,63042 puntos.

Es por ello que se evidencia el perjuicio sufrido por la falta de información previa a la hora de confeccionar las ofertas, que necesariamente supone la nulidad de todo el procedimiento de licitación”.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los Órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el Órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Habiendo sido publicado el Acuerdo Pozuelo en la PCSP el día 3 de septiembre de 2019 y como consecuencia de ello habiéndose prolongado el plazo de presentación de ofertas en quince días más, pasando a formar parte de los pliegos de condiciones, carece de fundamento, alegar la existencia de este documento y sus condicionantes en el momento de la adjudicación.

Para mayor abundamiento debemos considerar que la recurrente fue firmante de dicho acuerdo, como actual adjudicataria del contrato, por lo que argumentar que el desconocimiento de la existencia de este acuerdo ha sido la causa de que su oferta no haya alcanzado mayor puntuación carece de sentido práctico y jurídico.

En la misma línea interpretativa se manifiestan tanto Eulen como Inditec como Valoriza en sus escritos de alegaciones a este recurso presentados ante este Tribunal en fecha 27 de octubre de 2020.

Por todo ello se desestima el recurso que pretendía la nulidad del procedimiento de licitación en base a la publicidad existente del Acuerdo Pozuelo con anterioridad al inicio de presentación de ofertas.

Sexto.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el Órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al Órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es*

lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que el recurso se ha interpuesto mala fe con temeridad con el único propósito de retrasar la adjudicación del contrato, permitiendo a la recurrente, actual adjudicataria, obtener un beneficio de ese retraso. Por lo que corresponde la imposición de multa en la cantidad de tres mil euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al Órgano de contratación no se han cuantificado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Imesapi S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de fecha 16 de septiembre de 2020, por la que se adjudica el contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de la zonas verdes municipales: lote nº1 (zona 1) y lote nº2 (zona 2)”. Número de expediente: 2019/pa/011.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP en cuantía de 3.000 euros.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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 59 de la LCSP.