

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

En Madrid, a 3 de diciembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Valoriza Servicios Ambientales S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés por el que se adjudica el Expediente de Contratación “Servicio de mantenimiento de zonas verdes Arroyo Culebro”, número de expediente: 0831/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de Leganés, convocó el siete de mayo de dos mil veinte, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público la licitación mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato sujeto a regulación armonizada para el servicio de mantenimiento de zonas verdes Arroyo Culebro N.º Expediente: 0831/2019.

El valor estimado de contrato asciende a 3.728.858,84 euros.

En la puntuación final TALHER obtiene de 92,73 puntos, y para VALORIZA, que ha quedado en segunda posición una puntuación final de 88,73 puntos.

Segundo.- En lo que aquí interesa, respecto de los criterios cualitativos no valorables en cifras o porcentajes y cuya valoración depende de juicio de valor en el apartado 16.2 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales se afirma:

“2.- CRITERIOS CUALITATIVOS NO VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES (CUYA VALORACIÓN DEPENDE DE JUICIO DE VALOR): HASTA 25 PUNTOS.

Las empresas licitadoras deberán presentar una Memoria Técnica de Gestión de la Zonas Verdes de acuerdo con los parámetros básicos definidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas, contendrá los siguientes apartados:

1.- Programa de gestión de labores. Donde se incluirán cuadrantes de servicio/horario/trabajador: 5 puntos.

2.- Vehículos, maquinaria, herramientas y materiales aportados para la correcta gestión del servicio: 5 puntos.

3.- Instalaciones. Se valorará la situación, superficie y servicios complementarios de las instalaciones ofertadas, de cara a optimizar la gestión de las tareas: 5 puntos.

4.- Plan de Gestión del Agua de Riego: 5 puntos.

5.- Plan de gestión del Arbolado: 5 puntos.

El análisis de todos estos aspectos se realizará en un informe técnico motivado. Se deberá evaluar la memoria de cada licitador en cada uno de los aspectos a ponderar, atribuyéndole la calificación a cada uno de:

Excelente: cuando se realice un estudio detallado del aspecto en cuestión, y se propongan medidas de actuación adecuadas, precisas, bien definidas y/o innovadoras: 5 puntos.

Muy bueno: cuando el estudio o propuesta en relación con el elemento a valorar sea detallado, pero no se propongan medidas de actuaciones precisas e innovadoras: 3 puntos.

Bueno: cuando se limite a un somero estudio de la gestión del servicio y/o no se realicen aportaciones concretas: 2 puntos.

Regular: cuando el estudio y propuesta se limite al PPT: 1 punto.

Malo: cuando la presentación no presente coherencia con el PPT: 0 puntos”.

Tercero.- El licitador tuvo vista del expediente. El 11 de noviembre de 2020 entró en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Valoriza en el que solicita la nulidad de la adjudicación con retroacción de actuaciones por dos incumplimientos que atañen a la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor en el apartado “instalaciones” y en desacuerdo con la motivación de los mismos.

El 27 de noviembre 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).

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en su condición de interesado, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Tahler ha presentado alegaciones en plazo.

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 clasificada en segundo lugar, *“cuyos 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 notificado el 20 de octubre de 2020 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 11 de noviembre 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 en el marco 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.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que este se ha planteado por insuficiente motivación de la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor, con cita de abundante doctrina al respecto, y error en la valoración del criterio de mantenimiento. Se insta la nulidad de todo el procedimiento, por haber sido ya desvelados los criterios automáticos, y subsidiariamente la retroacción de actuaciones con aplicación de los puntos que dice le corresponden en la evaluación del criterio de instalaciones.

Respecto del primer motivo el Ayuntamiento alega amen de la discrecionalidad técnica, la suficiencia de la motivación.

Tahler alega en base a la discrecionalidad técnica, con cita de doctrina de este Tribunal, afirma que su Memoria Técnica realiza un estudio detallado a diferencia del somero de la recurrente y que la impugnación no le sería suficiente para superar en puntuación a la misma.

Se transcriben en el antecedente segundo los criterios cualitativos de valoración y su aplicación al adjudicatario y a Valoriza es la siguiente, según consta en el informe técnico obrante en el expediente y publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público:

VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES SA:

1.- Programa de gestión de labores: Excelente.

- *Estudio detallado.*

- *Propone medidas de actuación adecuadas, precisas y bien definidas.*

2.- *Vehículos, maquinaria, herramientas y materiales aportados para la correcta gestión del servicio: Bueno.*

- *Se limita a una descripción somera de los recursos aportados.*

- *Presentan 1 furgoneta eléctrica.*

3.- *Instalaciones: Bueno.*

- *Se limita a una descripción somera de los recursos aportados.*

- *Nave en el término municipal.*

4.- *Plan de Gestión del Agua de Riego: Muy bueno.*

- *Estudio detallado.*

- *Análisis de la situación inicial.*

- *Propone medidas como la conexión a la red de riego centralizado de zonas desconectadas o la instalación de sensor de lluvia en estación de bombeo.*

5.- *Plan de gestión del Arbolado: Muy bueno.*

- *Establece un plan de gestión detallado.*

- *Propone un plan de gestión de riesgo de arbolado*

□ **TALHER SA:**

1.- *Programa de gestión de labores: Excelente.*

- *Estudio detallado, con medidas de actuación adecuadas, precisas, bien definidas e innovadoras.*

2.- *Vehículos, maquinaria, herramientas y materiales aportados para la correcta gestión del servicio: Excelente.*

- *Descripción muy detallada de los vehículos, maquinaria y herramientas.*

- *Presentan un vehículo eléctrico, un vehículo GLP, un camión caja basculante y pluma y un camión con plataforma.*

- *Se tienen en cuenta criterios ecológicos.*

3.- *Instalaciones: Excelente.*

- *Estudio detallado y bien definido.*

- *Nave en el término municipal.*

- *Apoyo de instalaciones de C/ Cobre y oficinas centrales en Av. Manoteras.*

4.- *Plan de Gestión del Agua de Riego: Muy bueno.*

- *Estudio detallado.*
- *Establece un plan de gestión con medidas como la instalación de una estación meteorológica o la realización de pruebas-piloto con tecnologías novedosas de riego.*

5.- *Plan de gestión del Arbolado: Excelente.*

- *Estudio detallado y bien definido*
- *Plan desarrollado sobre el análisis del estado actual del arbolado y con medidas concretas.*

El órgano de contratación ha optado por un sistema comparativo de ofertas que pone de relieve de forma ordenada y sistemática las acciones y equipos que cada una de las licitadoras propone. Utiliza, y así consta en el PCAP, la calificación de las ofertas como excelente, muy buena, buena, regular y mala, explicitando los requisitos que deben cumplirse para obtener una u otra categoría y todo ello en cada uno de los subapartados que conforman los criterios interesados. Categoriza las ofertas en los grupos indicados mediante la comparación entre ellas. El sistema elegido de valoración se considera correcto, al igual que la motivación de este. No hace falta que la motivación sea un texto amplio y detallado, basta con que se deduzca fácilmente, lo cual se consigue con el sistema de comparación de ofertas.

En cuanto a los posibles errores de calificación, podemos traer a colación lo señalado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 545/2014, de 11 de julio, *“nos encontramos ante una calificación que tiene una componente de carácter eminentemente técnico, para el que este Tribunal carece de la competencia adecuada al no tratarse de una cuestión susceptible de ser enjuiciada bajo la óptica de conceptos estrictamente jurídicos. Es decir, se trata de una cuestión plenamente incurso en el ámbito de lo que tradicionalmente se viene denominando discrecionalidad técnica de la Administración, doctrina Jurisprudencial reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal en multitud de resoluciones entre las que por vía de ejemplo podemos citar la de 30 de marzo de 2012.*

Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios

evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla.

Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 813/2017, de 10 de mayo de 2017, delimitando más el ámbito de la discrecionalidad afirma que *“la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”* tal y como ocurre por analogía en el caso concreto que nos ocupa.

En el presente caso, la justificación y motivación por parte de órgano de contratación se considera clara, exhaustiva y acorde a los Pliegos, no se puede considerar arbitraria.

En cuanto al apartado “instalaciones”, con una calificación máxima de 5 puntos, el adjudicatario obtiene el máximo por ser “excelente” y Valoriza 2 puntos por ser calificado como “bueno”, existiendo una diferencia de 3 puntos entre los dos. Según Valoriza en este criterio se valorará la situación, superficie y servicios complementarios de las instalaciones ofertadas, de cara a optimizar la gestión de las

tareas. Valoriza expone diversos argumentos por los que su evaluación debió ser superior, a los que en el informe emitido por el órgano de contratación se da respuesta de forma detalladísima, en un escrito donde se desarrolla por extenso lo ya transcrito y que obra en el expediente administrativo, donde justifica por extenso la puntuación. Esta valoración desarrolla lo transcrito más arriba y no responde a los elementos que señala Valoriza sino a los ítems de valoración de la Memoria Técnica de Gestión de las Zonas Verdes, transcritos en el antecedente segundo.

El recurrente parte de una aparente contradicción en los Pliegos en cuanto respecto al apartado “instalaciones” pues se afirma respecto de las mismas que *“se valorará la situación, superficie y servicios complementarios de las instalaciones ofertadas, de cara a optimizar la gestión de las tareas”*, mientras lo que es realmente objeto de valoración es la Memoria Técnica de Gestión de las Zonas Verdes que tiene que presentar cada licitador con las calificaciones recogidas en el antecedente segundo, uno de cuyos apartados es “instalaciones”. No obstante, es aparente porque la calificación de la Memoria se acomoda a los elementos que se contemplan sobre las instalaciones, y expresamente se afirma que los licitadores tienen que presentar esa Memoria que comprenderá las instalaciones como un apartado y que se evaluará la Memoria de cada licitador en cada uno de los aspectos a ponderar y con la descripción que se recoge para cada nota de excelente, muy bueno, bueno, regular y malo.

Por ello en el recurso se afirma que sus instalaciones propuestas tienen mejor ubicación, mayor superficie que las de Tahler, por lo que no es necesario ofrecer instalaciones complementarias, que distinguen entre vestuarios masculinos y femeninos, y que la nave está totalmente adaptada y operativa. Considera que *“según lo dispuesto en el PCAP en el apartado 3 “instalaciones” que se valoraba la situación, superficie y servicios complementarios de las instalaciones ofertadas por lo que la valoración recogida en el Informe Técnico refleja una clara falta de imparcialidad y una puntuación distorsionada en este apartado que nos perjudica ostensiblemente sin razón aparente alguna”*.

Sin embargo, lo transcrito en el apartado 3 sobre las instalaciones no son los criterios de valoración, lo que se evalúa es la Memoria, que distingue las calificaciones transcritas en antecedentes y conforme a lo recogido en las mismas.

Así la puntuación de la Memoria de Valoriza en el apartado instalaciones es “buena” porque:

“Bueno: cuando se limite a un somero estudio de la gestión del servicio y/o no se realicen aportaciones concretas: 2 puntos

Si, porque:

Han realizado un estudio somero de las instalaciones, han descrito la nave Central, la han ubicado, han aportado los planos y han enumerado las características de las dos plantas

Y la de Thaler “excelente” porque:

“Excelente: cuando se realice un estudio detallado del aspecto en cuestión, y se propongan medidas de actuación adecuadas, precisas, bien definidas y/o innovadoras: 5 puntos

Si, porque:

Han realizado un estudio detallado de las instalaciones, han descrito la nave Central, la han ubicado, han aportado fotografías y han enumerado las características de las dos plantas, detallando uno por uno cada espacio (almacen productos químicos, almacén de residuos, almacén, herramientas, etc).

Han enumerado las instalaciones que servirán de apoyo ubicadas en Leganés y Madrid.

Han aportado un compromiso de colaboración para la disposición de un Vivero para el suministro de árboles, arbustos y la flor de temporada.

Han propuesto medidas de actuación adecuadas, precisas, bien definidas y/o innovadoras encaminadas a reducir el consumo de energía, en Líneas estratégicas de Ahorro de Agua y Energía”.

Y estos criterios de evaluación de la Memoria Técnica de Gestión de Zonas Verdes son los que se han aplicado homogéneamente a todos los licitadores.

Este Tribunal comprueba que la Memoria Técnica de Tahler de 120 apretados folios comprende un estudio descriptivo y propositivo detallado de las instalaciones de 8 folios, mientras Valoriza sobre 108 le dedica dos folios incluidas imágenes más otros 2 con planos.

Es esta Memoria Técnica lo que es objeto de evaluación y no los elementos de las instalaciones que pondera Valoriza.

Independientemente, la alegación de Valoriza no es la expresión de error alguno evidente, que se manifieste por sí mismo, sino una nueva evaluación del criterio, sustentado sobre la valoración de las instalaciones por su *situación, superficie y servicios complementarios de las instalaciones ofertadas, de cara a optimizar la gestión de las tareas*” y no por la evaluación de la Memoria Técnica de Gestión de cada licitador.

En cualquier caso, aunque la recurrente fuera calificada de “excelente” en este punto de las instalaciones obteniendo 5 puntos en vez de 2 los dos correspondientes a “bueno”, no le serviría para salvar la diferencia de 4 puntos que tiene con el adjudicatario, salvo que este viera disminuida su calificación en la misma medida, materia sobre la que la recurrente no argumenta.

En definitiva, además de la confusión sobre los elementos de evaluación, no se aporta error alguno evidente en la evaluación y lo que hace el recurrente simplemente es sustituir la calificación del órgano de contratación por la suya propia.

Por todo ello se desestima también el recurso en base a este segundo motivo.

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 esta 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 la multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario y basado en la mala fe, como se ha demostrado en el fundamento de derecho quinto los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

A este respecto se tiene en cuenta que:

- El recurrente ha tenido vista del expediente, de la cual dice deducir los motivos del recurso.
- Ha podido ver la Memoria Técnica de Gestión de Zonas Verdes de Tahler.
- No puede desconocer que el elemento a evaluar es la Memoria Técnica de Gestión de las Zonas Verdes y no las instalaciones mismas, tal y como recoge el mismo en el antecedente tercero de su recurso: *“el análisis de todos estos aspectos según indicación del pliego se realizaría en un Informe Técnico convenientemente motivado, donde se debía evaluar la memoria presentada por cada licitador en cada uno de los aspectos a ponderar, atribuyéndole la calificación a cada uno de la siguiente forma...”*.

- Pese a ello introduce una evaluación distinta conforme a situación, superficie, y servicios complementarios de las instalaciones, que no son los elementos a evaluar.
- Ni sumando los puntos de la calificación de “excelente” le alcanza para superar al adjudicatario.
- Es la actual adjudicataria del servicio teniendo un interés cierto en el recurso aun cuando no prosperara.

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 de Valoriza Servicios Ambientales S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés por el que se adjudica el Expediente de Contratación “Servicio de mantenimiento de zonas verdes Arroyo Culebro”, número de expediente: 0831/2019.

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 1.000 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.