

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

En Madrid, a 11 de febrero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Postigo, Conservación y Medio Ambiente, S.L. (en adelante Postigo), contra el Acuerdo de Adjudicación del contrato de servicios de “Mantenimiento, conservación y reposición de las zonas verdes del municipio de Leganés”, número de expediente 137/2020, del Ayuntamiento de Leganés, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de julio de 2020 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, la convocatoria del contrato de servicios de referencia para su adjudicación por licitación electrónica mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 19.657.553,21 euros, con un plazo de duración de dos años prorrogable anualmente hasta un máximo de cinco años.

Segundo.- A la licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 7 de octubre de 2020 la mesa de contratación procede a la aprobación del informe sobre criterios sujetos a juicio de valor, emitido por los servicios técnicos municipales el 2 de octubre.

El 19 de octubre de 2020 la recurrente solicita al departamento de contratación del Ayuntamiento de Leganés el acceso al expediente 137/2020, concretamente al Sobre que contiene la documentación correspondiente a criterios evaluables mediante juicio de valor-oferta técnica relacionada en el PCAP, de las empresas que han participado en la licitación, y la documentación relativa y justificativa de la puntuación, motivación y valoración asignada mediante juicio de valor a cada uno de los licitadores, conforme a los criterios establecidos en el capítulo 11 del PCAP.

La Mesa de contratación celebrada el 21 de octubre de 2020, tras asumir el informe técnico de valoración de ofertas, realizó propuesta de adjudicación según la siguiente clasificación de las ofertas presentadas: 1.- Althenia S.L. con 90,35 puntos 2.- Postigo con 88 puntos y 3.- Licuas S.A. con 74,57 puntos.

Con fecha 3 de noviembre la recurrente tiene vista del expediente y se le hace entrega de la copia solicitada de los apartados 3 y 4 de la memoria de la empresa Althenia no declarados confidenciales.

El 9 de noviembre la empresa Postigo solicita las memorias técnicas de Gestión presentadas por los otros dos licitadores que participan en el procedimiento, por no ser proporcionales las declaraciones de confidencialidad al no revestir secretos comerciales ni industriales.

El 1 de diciembre de 2020 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento acuerda adjudicar el contrato de servicios a la empresa Althenia por un importe total de 8.570.328 euros, notificándose el acuerdo el 10 de diciembre de 2020.

Tercero.- Con fecha 4 de enero de 2021, se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación de la representación de Postigo, contra la adjudicación del contrato de servicios de referencia, solicitando que se anule la adjudicación dejándola sin efecto, con retroacción de las actuaciones al momento en que se impidió el acceso al expediente administrativo completo.

Cuarto.- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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), el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal con fecha 13 de enero de 2021, el expediente de contratación y el preceptivo informe, solicitando la desestimación del recurso por considerarlo ajustado a Derecho, sin que haya existido indefensión de la recurrente, puesto que el Ayuntamiento no ha impedido el acceso al expediente administrativo, sino que no se le ha solicitado en el momento procedimental adecuado (durante el plazo de interposición del recurso).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida automáticamente por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, sin que se haya dictado 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 solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

Sexto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al haber sido clasificada en segundo lugar para la adjudicación del contrato.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la interposición del recurso se ha efectuado ante este Tribunal el 4 de enero de 2021, dentro del plazo de 15 días hábiles, establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP, dado que el contrato se adjudicó el 1 de diciembre y se notificó el día 10 de diciembre de 2020.

Cuarto.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Resulta de interés a los efectos de la resolución del presente recurso señalar lo que establece el apartado 16 del Anexo I en el Cuadro de Características Especiales del Contrato (CCEC) del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la contratación del servicio al regular los criterios a ponderar para la adjudicación del contrato:

“16) CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO.

1.- CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES:

1.1 CRITERIO ECONÓMICO (PRECIO): MÁXIMO 75 PUNTOS. (...)

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/trabajador5 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.

La falta de presentación de la Memoria dará lugar a la exclusión de la oferta.”

La recurrente manifiesta que en ningún momento ha solicitado la declaración de confidencial de ningún documento de su Memoria Técnica, y alega infracción del artículo 133 de la LCSP, dado que el 9 de noviembre de 2020 solicitó del órgano de contratación la Memoria Técnica de Gestión presentadas por los otros dos licitadores, por no ser proporcionadas las declaraciones de confidencialidad solicitadas al no revestir secretos comerciales ni industriales, encontrarnos ante aspectos de gestión comunes y definidos en los 5 apartados establecidos en los pliegos de la licitación, sin que a fecha de presentación del recurso se haya obtenido respuesta del Ayuntamiento de Leganés, impidiendo que esta parte pueda ejercer el derecho a impugnar y recurrir el “Informe Técnico Valoración Ofertas” de fecha 10 de octubre de 2020, provocando una manifiesta indefensión.

En este sentido Postigo manifiesta que impedir que se puedan comparar por parte de cualquier licitador los horarios, o los cuadrantes de servicio, o el número de vehículos, o la maquinaria, o las instalaciones que se aportan para la ejecución del contrato no tiene ningún soporte o base para ser considerados confidenciales, haciendo un uso abusivo y desproporcionado e incumpliendo la previsión legal del artículo 133 LCSP. El derecho de acceso a la información declarada secreto solo tiene un objeto, que es la formulación de un recurso fundado y en este caso se ha roto el equilibrio que debe de existir en la declaración de confidencialidad, no siendo admisible que la declaración de confidencialidad efectuada por Licuas abarque la totalidad de su oferta técnica o la efectuada por Althenia comprenda prácticamente la totalidad.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que todos los informes técnicos de valoración de ofertas, incluido el de juicio de valor, y las correspondientes actas de la Mesa en la que asimismo se transcriben los informes fueron publicadas en el perfil de contratante. Además informa que la empresa Althenia incluyó en la oferta la siguiente declaración de confidencialidad: “.../...declara atendiendo a que su difusión podría perjudicar la leal competencia con las empresas licitantes por cuanto que representa un valor estratégico especial en el marco de la licitación, se consideran como confidenciales los siguientes apartados de nuestra oferta: 1. Programa de gestión

de labores 2. Vehículos, maquinaria, herramientas y materiales 5. Plan de Gestión del arbolado”

Asimismo, alega el Ayuntamiento que no le consta que la recurrente haya solicitado acceso al expediente en los términos del artículo 52 de la LCSP y 16 del RPERMC, esto es durante el plazo de interposición de recurso especial, sin perjuicio del derecho que asiste a los licitadores de solicitar el acceso al expediente y de solicitar asimismo el levantamiento de la confidencialidad en ofertas justificándolo debidamente.

Este Tribunal en primer lugar, ha de señalar que tanto el artículo 52 de la LCSP como el 16 del RPERMC, reconocen a los interesados el derecho al examen del expediente de forma previa a la interposición del recurso y establecen la obligación del órgano de contratación de ponerlo de manifiesto respetando los límites de la confidencialidad establecidos en el artículo 133 de la LCSP. La previsión de que los interesados soliciten acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, es una posibilidad que les da la ley no una obligación, delimitando además el plazo en el que el órgano de contratación debe facilitar el acceso, en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. Por ello no es admisible el argumento empleado por el Ayuntamiento para justificar su omisión de contestación al acceso y pronunciamiento sobre la documentación declarada confidencial, solicitado el 9 de noviembre por la recurrente.

En virtud de lo establecido en el artículo 29.3 del RPERMC, “Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el Órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del Órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles (10 días naturales según prevé el artículo 52.3 de la LCSP), para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al Órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones”.

En este caso, la segunda solicitud de acceso no se ha denegado expresamente por el órgano de contratación pero si efectivamente, al no haber dado contestación ni acceso a la recurrente en los términos solicitados, por lo que el Tribunal debe pronunciarse sobre la solicitud de acceso a la documentación designada como confidencial por los licitadores en el momento de presentar su oferta planteada por Postigo.

El artículo 133 de la LCSP establece que *“1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores”*. Y el artículo 56.5 de la LCSP prevé que *“El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento”*.

La recurrente solicita acceso a los apartados 1, 2 y 5 de la Memoria Técnica de Althenia alegando que *“En el caso del apartado 1 Programa de gestión de labores. Donde se incluirán cuadrantes de servicio/horario/trabajador, es imposible reservar secretos comerciales o industriales, pues estamos ante cuadrantes. En el caso del apartado 2 Vehículos, maquinaria, herramientas y materiales aportados para la correcta gestión del servicio, repetimos el mismo argumento que en el anterior. En el caso del*

apartado 5 Plan de Gestión del Arbolado, no puede tener secretos industriales o comerciales". Este Tribunal comprueba que los apartados 1 y 2 de la Memoria técnica de la adjudicataria presenta un estudio muy elaborado y detallado de los servicios a prestar que integra además los cuadrantes citados por la recurrente, sin que se pueda efectuar una fácil desagregación. La documentación requerida, si bien aparentemente no contiene secretos técnicos, sí podría afectar al valor estratégico especial aludido por Althenia en el marco de esta o futuras licitaciones, circunstancia que por la concreta actividad profesional a que se refiere le corresponde dilucidar al órgano de contratación que cuenta con criterios técnicos específicos en la materia. Por otra parte, respecto a la presente impugnación no parece que en nada resulte de utilidad a Postigo la información de los cuadrantes para fundamentar su recurso contra la adjudicataria, debido a que como consta desglosado en el informe de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor ambas empresas han obtenido la misma puntuación en dichos apartados. Igual argumentación procede aplicar respecto del apartado 5, dado que la diferencia de ponderación entre ambos licitadores en la gestión del arbolado es inferior a la diferencia existente en la puntuación total de ambas licitadoras, de manera que aún en el improbable supuesto de que variara la ponderación dada a las licitadoras, la recurrente no podría superar la puntuación de la adjudicataria del contrato. Asimismo se observa que de los apartados no confidenciales, de los que sí dio copia el Ayuntamiento a la recurrente, no realiza ningún comentario, observación, ni alegación.

Respecto a la Memoria técnica de gestión de Licuas, sin perjuicio de que este Tribunal considere que la confidencialidad no puede extenderse a la totalidad de la misma, y que por tanto contradice lo dispuesto en el artículo 133 de la LCSP al ser demasiado amplia y genérica, no obstante, dado que en nada afecta a este procedimiento de recurso contra la adjudicación del contrato, no consideramos necesario su remisión a los efectos de la presente impugnación.

Por otra parte, la recurrente impugna la adjudicación del contrato sin efectuar argumentación alguna en el recurso contra la oferta presentada por el adjudicatario, ni contra la valoración efectuada de las ofertas presentadas, ni respecto a la ponderación dada a su oferta, teniendo sobrado conocimiento para ello con la documentación a la

que ha tenido acceso, y sin que se pueda achacar a la actuación del órgano de contratación falta de motivación ni de transparencia en la tramitación del procedimiento.

Asimismo se ha de tomar en consideración que el órgano de contratación ha aplicado los criterios de adjudicación según lo dispuesto en la cláusula 1.16 del PCAP, sin que hayan sido objeto de impugnación, motivando su ponderación y con la debida publicidad y transparencia, llevando a cabo la tramitación conforme a lo dispuesto en el artículo 146 de la LCSP. Amén de aplicar el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación de la documentación que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (Resolución 336/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía).

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que procede desestimar el recurso presentado por la recurrente.

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 la empresa Postigo, Conservación y Medio Ambiente, S.L., contra el Acuerdo de Adjudicación del contrato de servicios de “Mantenimiento, conservación y reposición de las zonas verdes del municipio de Leganés”, número de expediente 137/2020, del Ayuntamiento de Leganés.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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.