

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso formulado por don P.A.M., Concejal del Ayuntamiento de Leganés integrante del Grupo Municipal Socialista, contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato “Mantenimiento, conservación y reposición de zonas verdes del municipio de Leganés”, número de expediente: 139/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de agosto de 2014 se publicó en el BOE la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato de “Mantenimiento, conservación y reposición de zonas verdes del municipio de Leganés”, con un valor estimado de 29.396.462,49 euros.

Segundo.- El recurrente, en su condición de Concejal y previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,

aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP), interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación el 1 de septiembre contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas (en adelante PCAP y PPT respectivamente) por los que ha de regirse el indicado contrato, ante este Tribunal, que lo comunicó al órgano de contratación solicitando la remisión del expediente administrativo y del informe contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP.

El recurrente solicita la nulidad de los pliegos que rigen el proceso de contratación por distintos motivos, en concreto:

- Falta de determinación del objeto del contrato e incorrecta acumulación de objetos en un mismo contrato al establecerse como mejoras actividades consistentes en distintos tipos de contratos.

- Incumplimiento del régimen de modificaciones contractuales del TRLCSP, que a juicio del recurrente vulnera el principio de concurrencia competitiva.

Tercero.- El Ayuntamiento de Leganés, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo, remitido a este Tribunal el 5 de septiembre alega que el objeto del contrato está perfectamente delimitado y que precisamente, el pliego que nos ocupa fue objeto de recurso por el mismo recurrente (Resolución del Tribunal de Recursos Contractuales de Madrid del recurso nº 65/2014 recibida con fecha 11 de abril de 2014, por la que se anula el punto 8 del PCAP (criterios de concurso) anulando la convocatoria). Acatando la resolución del Tribunal se llevó a puro y debido efecto la anulación de la convocatoria y el punto 8 del PCAP, manteniendo el resto de los pliegos en su integridad. Desde los servicios de medio ambiente se redactó un nuevo apartado de mejoras, siguiendo las directrices marcadas por dicho Tribunal y la doctrina y jurisprudencia aludidas. En cuanto al régimen de mejoras, cumple con los requisitos de la normativa de aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- 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.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste ha interpuesto contra anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas de un contrato de servicios clasificado en la categoría 27 “otros servicios” y con un importe superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.a) del TRLCSP.

Tercero.- Es de destacar que este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre este mismo expediente en su Resolución 65/2014 de 10 de abril de 2014, en la que se hizo un estudio exhaustivo sobre la legitimación del recurrente ante la consideración de que no existe ningún privilegio a favor del Concejal en orden a apreciar la legitimación para impugnar los actos de las Corporaciones a las que pertenecen, debiendo analizarse tanto la existencia de *legitimatío ad causam* como *ad procesum*.

Nos remitimos a los fundamentos expuestos en dicha Resolución 65/2014 entre los que debemos destacar los siguientes:

“Este Tribunal viene señalando en reiteradas ocasiones respecto de la *legitimación ad causam*, (vid Resolución nº 48/2013, 95/2013, 11/2011, etc) que para precisar el alcance del citado precepto en caso de terceros interesados no licitadores, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial acerca del concepto “interés legítimo” en el ámbito administrativo. La legitimación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una

utilidad por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material, jurídico o moral o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética o eventual. Ciertamente el concepto amplio de legitimación que utiliza confiere la facultad de interponer recurso a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso. Es interesado aquél que con la estimación de sus pretensiones pueda obtener un beneficio.

Según afirma la STC 67/2010 de 18 de octubre “*Como ya se ha señalado, en lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F.3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F.3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F.4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F 4).”*

Más concretamente respecto de la legitimación del Concejal el Tribunal Constitucional en la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente que por lo que se refiere a los miembros de las corporaciones locales, *“existe una legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto, -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local. Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, expresamente utilizada por el recurrente en su escrito, independiente del derivado del régimen general -y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio (...) encaja claramente en un interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL. «que el concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido “mediante sufragio universal, libre, directo y secreto” de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación.”*

En este caso la aprobación de los pliegos y de la convocatoria se produjo por la Junta de Gobierno y por lo tanto un concejal que no forma parte de ella, no puede votar en contra de los Acuerdos de aquella, por lo que está legitimado para impugnar los referidos acuerdos, tal como admite la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de septiembre de 2006.

El criterio seguido por la generalidad de los Órganos encargados de la resolución del Recurso Especial en materia de contratación, es el de que debe examinarse la presencia de la legitimación *ad causam* en los concejales recurrentes, siempre con el límite de la defensa genérica de la legalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que se produciría en caso contrario una especie de división de la causa, en tanto en cuanto dichos Concejales como miembros de la Corporación local, sí que podrían impugnar los actos dictados por sus Corporaciones en materia de contratación ante la jurisdicción contencioso administrativa, que como decimos, se configura como alternativa al Recurso Especial.

Aplicando a este caso lo anterior respecto de los motivos de impugnación hechos valer por el Concejal:

- Falta de determinación del objeto del contrato e incorrecta acumulación de objetos en un mismo contrato al establecerse como mejoras determinadas actividades consistentes en diversos tipos de contrato.

Considerando la legitimación del Concejal desde un punto de vista amplio cabe entender, como ya se entendió en la Resolución anteriormente citada, que el mismo ostenta un interés legítimo por lo que se refiere a la inclusión de una mejora desde la óptica de la misma como un contrato de obras incluido en el PCAP, en tanto en cuanto pudiera suponer una merma de garantías para el municipio y el interés general, invocados a pesar de la falta de especificación de cuáles son las garantías afectadas y el beneficio que para el municipio supondría la modificación de

los pliegos en este punto.

- Incumplimiento de los Pliegos del régimen de modificaciones contractuales del TRLCSP que residencia en el punto 18 del Anexo 1 del PCAP, que prevé la posibilidad de modificaciones contractuales para atender zonas verdes de “nueva creación”, que con motivo de “obra nueva, ampliaciones, recepciones, adquisiciones; incrementen las unidades de actuación (...)”.

En concreto el punto 5 del PPT señala que *“el contrato podrá modificarse hasta un 20%, respecto al precio de adjudicación, tanto para atender zonas verdes de nueva creación, y el arbolado viario que con motivo de obra nueva, ampliaciones, recepciones, adquisiciones; incrementen las unidades de actuaciones, como para reducir las incluidas en el contrato.”* De acuerdo con lo anterior, también el PCAP recoge esta posibilidad en el punto 18 del anexo I añadiendo que el contrato también podrá modificarse por circunstancias económicas hasta el 20% teniendo todas las modificaciones carácter contractual a los efectos del artículo 106 TRLCSP.

La alegación de esta cuestión ya fue expuesta en el recurso 58/2014 que motivó la Resolución 65/ 2014 de 10 de abril, por lo que no podemos más que corroborar lo allí argumentado, apreciando por tanto falta de legitimación del Concejal recurrente para el ejercicio de la acción de nulidad de los pliegos, hecha valer con cierta temeridad, nuevamente en el presente recurso especial en materia de contratación.

Cuarto.- El recurso se planteó en tiempo puesto que la publicación de los pliegos y de la convocatoria impugnados se realizó el día 13 de agosto de 2014 en el BOE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Leganés, habiéndose interpuesto el recurso con fecha 1 de septiembre, esto es dentro del plazo de quince días a que se refiere el artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Entrando a conocer sobre el fondo del recurso, dado que debe inadmitirse el mismo por falta de legitimación en relación con el segundo motivo indicado y que solo se admite el referido a la acumulación indebida de objetos en relación con la mejora establecida, solo se examinará esta cuestión recordando que fue este mismo apartado de los Pliegos el recurrido anteriormente y que como consecuencia de la citada Resolución del Tribunal, se procedió a la anulación de los Pliegos anteriores suprimiendo la mejora recogida y añadiendo la que ahora se recurre.

De acuerdo con lo dispuesto en el punto 8.b.1) del Anexo I del PCAP, obtendrán 17 puntos aquellas empresas que presenten la mejora de:

- Riego automático con programador eléctrico.
- Riego automático con programador autónomo:
- Regularización de alcorques.
- Remodelación de paseos y zonas estanciales del Parque de las Moreras y los Cipreses.
- Ajardinamiento laterales c/Estaño.
- Campañas de publicidad y dinamización de las zonas verdes objeto del contrato.

Aduce el recurrente, en relación con esta previsión, prácticamente los mismos argumentos que hizo valer en el anterior recurso, es decir que se incluye una mejora sin justificar su necesidad, sin relación con el objeto del contrato y que se trata de un contrato típico de obras que debiera ser objeto de una contratación diferente.

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 20/2012, de 14 de junio, las mejoras son aquellas aportaciones extras sobre la prestación que han sido señaladas en el PCAP como susceptibles de ser presentadas para la ponderación de la oferta del licitador y determinar la adjudicación a través de los criterios de valoración.

Así, el artículo 147 del TRLCSP establece que *“Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.”* En tal caso, deberá indicarse en el anuncio de licitación sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación, de acuerdo con el apartado 2 de este precepto.

Por lo tanto las mejoras susceptibles de valoración deben referirse a aspectos directamente relacionados con el contrato, que impliquen un aumento del beneficio en la prestación del servicio dentro del marco previsto en los pliegos, no siendo más que un criterio de valoración, cuya aportación es voluntaria para el adjudicatario.

En concreto de acuerdo con el apartado 1 del Anexo I del PCPA, el objeto del contrato será el Servicio integral de Mantenimiento, Conservación y Reposición de las Zonas Verdes del municipio de Leganés que se especifican en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas.

En este caso, la tipología de las prestaciones a analizar, -como contrato de servicios y de obras-, no es determinante de la consideración de la mejora controvertida como ajustada a derecho o no, de forma que nada obsta que el objeto de la mejora sea la realización de obras para que pueda ser un elemento de valoración de las ofertas de un contrato de servicios.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 59/2009, de 26 de febrero, admite la posibilidad de presentar mejoras que impliquen obras accesorias gratuitas señalando que *“los pliegos han de identificar la prestación en todos sus elementos, indicando si se admiten variantes y mejoras, y en tal caso, sobre qué han de versar unas u otras, cuáles son sus requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas. Así, no se cumple*

tal requisito cuando se pretende valorar la ejecución adicional y gratuita de obras adicionales por parte del contratista, sin que previamente se hayan sido especificadas en los pliegos y concretada la forma en que deberán valorarse a efectos de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. De igual modo, no se cumple el requisito mencionado cuando las obras adicionales exigidas no guarden la debida relación con la prestación objeto del contrato. Como consecuencia de todo ello, cabe indicar que se considerarán variantes o mejoras admisibles las que estén previstas con el suficiente grado de identificación en los pliegos (o en su caso en el anuncio de licitación), guarden relación directa con el objeto del contrato y se establezca la forma en que incrementarán la valoración de la oferta que las contenga. A ello debe añadirse el hecho de que la admisión de variantes y de mejoras no deberá contradecir lo dispuesto en los preceptos legales mencionados en cuanto a la debida elaboración de los proyectos (que deberán contener todos los elementos definidores del objeto del contrato) y la determinación del precio de ejecución y de licitación”.

En este caso, a diferencia de la versión anterior de los Pliegos, las actividades a realizar como mejoras, no suponen obras a ejecutar que requieran de anteproyecto, memoria, planos, presupuesto, descripción de las obras, y remisión a un estudio de seguridad y salud a realizar por el adjudicatario, puesto que en este caso se trata de actuaciones puntuales, como la instalación de riegos, mejora de paseos o regularización de alcorques que además entran de lleno en el objeto de un contrato de mantenimiento, conservación y reposición.

Es por ello que cabe considera las mejoras propuestas como adecuadas al contrato y por lo tanto procede desestimar el recurso interpuesto en cuanto a este motivo se refiere.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso formulado por don P.A.M., concejal del Ayuntamiento de Leganés integrante del Grupo Municipal Socialista, contra el anuncio de licitación y los Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas del contrato “Mantenimiento, conservación y reposición de zonas verdes del municipio de Leganés” número de expediente: 139/2013, por falta de legitimación activa.

Segundo.- Desestimar el recurso en cuanto a la pretensión de anulación del punto 8 del PPT.

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 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.