

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

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por don J.H.A., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (en adelante ASEJA) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato denominado “Servicio de actuaciones no programadas y de actuación inmediata en materia de zonas verdes y arbolado municipales (SER+VERDE)”, número de expediente: 300/2017/0051, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 12, 15 y 19 de diciembre de 2017, fue publicado respectivamente en el Perfil de contratante del Ayuntamiento, en el DOUE y en el BOE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado es de 39.292.517,90 euros. El plazo de presentación de ofertas finalizaba el 22 de enero de 2018.

En relación con el objeto del recurso debe señalarse que el apartado 12 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece, como requisito para acreditar la solvencia técnica o profesional, entre otros, el siguiente.

“Artículo 78.1 del TRLCSP:

Apartado: h) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.

Requisitos mínimos de solvencia: Los licitadores deberán contar como mínimo con los siguientes medios materiales para la realización de los servicios objeto del contrato:

Dos tomógrafos sónicos. Es un instrumento que detecta el decaimiento y cavidades en el interior del tronco de árboles vivos, considerándose como un método no invasivo. Consta de unos sensores que registran la velocidad de las ondas de sonido a través de la madera en el interior del tronco del árbol.

Dos resistógrafos. Es un equipo de medición que utiliza la resistencia a la perforación para determinar estados internos de la madera de un árbol. Permite cuantificar y posicionar aquellas áreas donde se localizan el decaimiento fúngico, zonas de compartimentación, grietas y zonas huecas del interior del tronco.

Los licitadores deberán presentar la documentación que acredite y permita comprobar la disponibilidad de dos tomógrafos sónicos y de dos resistógrafos (factura de compra, contrato o cualquier otro título en derecho)”.

Por otra parte, en el apartado 19 del mismo Anexo del PCAP se establecen los supuestos en que se puede modificar el contrato, del siguiente modo:

“Incremento de la población arbórea de la ciudad de Madrid de al menos un 5% respecto al dato de partida de árboles individuales objeto del Pliego de Condiciones Técnicas del Servicio, fijado tentativamente en un 67% del total de 814.000 árboles.

El precio a pagar por el Servicio se incrementará de forma proporcional al aumento del arbolado, y la empresa adjudicataria tendrá que incrementar los medios puestos a disposición del Servicio en la misma proporción”.

Finalmente, el apartado 20 del Anexo I se refiere a los criterios de adjudicación del contrato no valorables mediante cifras o porcentajes, entre los que se encuentran los siguientes:

“1.12 Generación de contenidos para el programa de comunicación y divulgación de los trabajos PPTP.....hasta 1 punto.

El licitador deberá realizar una propuesta con el desarrollo de las líneas generales de la generación de contenidos relacionados con los trabajos realizados y los resultados obtenidos, que se habrán de facilitar a la Dirección General de Comunicación. La propuesta más destacada en estos aspectos obtendrá la máxima puntuación (1 punto) y los licitadores que no oferten dicho programa, o si el mismo es incoherente, no adaptada a la realidad del contrato, o manifiestamente insuficiente, no obtendrán puntuación (0 puntos). El resto de propuestas serán valoradas de forma proporcional a estos criterios.

1.13 Cronograma de trabajos.....hasta 1 punto.

Los licitadores presentarán un cronograma de trabajos en los que marcarán un calendario con los hitos, fechas parciales de entrega y/o ejecución de los distintos trabajos reseñados en el Pliego de Prescripciones Técnicas. La propuesta más destacada en estos aspectos obtendrá la máxima puntuación (1 punto) y los licitadores que no oferten dicho cronograma, o si el mismo es incoherente, no adaptado a la realidad del contrato, o manifiestamente insuficiente, no obtendrán puntuación (0 puntos). El resto de propuestas serán valoradas de forma proporcional a estos criterios”.

Segundo.- El 27 de diciembre de 2017, la representación de ASEJA presentó ante el órgano de contratación el anuncio y el recurso especial en materia de contratación contra el PCAP del contrato mencionado, solicitando su anulación por exigir como requisito de solvencia contar con determinada maquinaria que podría haberse

exigido como compromiso de adscripción de medios, por no haberse contemplado una fórmula adecuada de determinación del precio en el caso de ampliación del contrato y por falta de la necesaria concreción de los criterios dependientes de un juicio de valor mencionados, ya que no se indica el método que se va a utilizar para su aplicación.

Entiende que se vulneran, entre otros los artículos 106, 139 y 150 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).

El órgano de contratación remitió al Tribunal el recurso junto con el expediente administrativo y el preceptivo informe, conforme establece el artículo 46.2 del TRLCSP, que tuvo entrada con fecha 9 de enero de 2018.

Tercero.- No constando la existencia de licitadores a la fecha de interposición del recurso, no procede dar trámite de alegaciones.

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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de ASEJA para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica representante de intereses colectivos relacionados con el objeto del contrato.

Se acredita igualmente la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la convocatoria impugnada fue publicada en el DOUE el 15 de diciembre de 2017 y los Pliegos puestos a disposición en el Perfil de contratante del Ayuntamiento el 12 de diciembre e interpuesto el recurso el día 27 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de remisión de la notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra los Pliegos de un contrato de servicios, sometido a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la recurrente alega en primer lugar que al establecerse como requisito para acreditar la solvencia exigida, contar con dos tomógrafos sónicos y dos resistógrafos, *“se establece una obligación de adscripción de medios cuya acreditación efectiva se exige a los licitadores al momento de la presentación de las ofertas y con carácter previo a la adjudicación del contrato. Considera esta representación que con independencia de que se pueda acreditar la solvencia indistintamente a través de la Clasificación del contratista, o a través de los medios alternativos que se listan, lo más cierto es que la exigencia de medios denunciada cuya tenencia ha de acreditarse al momento de presentar las ofertas, restringiría claramente la competencia.....En el presente caso, el Órgano de Contratación parece haber omitido la posibilidad de presentar un compromiso de adscripción de medios materiales a la ejecución del contrato, obligando a todos los licitadores a tener que disponer de los mismos al momento de la presentación de las proposiciones, sin esperar a la adjudicación”*.

Cita en defensa de sus alegaciones la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 174/2012, de 8 de agosto y el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 29/2012 de 26 de julio.

El órgano de contratación respecto a esta cuestión, se refiere al Informe de 4

de enero de 2018 elaborado por la Dirección General de Gestión del Agua y Zonas verdes en el que indica que *“el objeto principal del contrato al que se refiere el presente informe es el de reducir el riesgo que la caída de ramas y/ o árboles puede generar sobre las personas en primer lugar, y también sobre los bienes situados en la vía pública y las zonas verdes de la ciudad de Madrid.*

Una de las formas de evaluar con total precisión la situación de riesgo que pueda llegar a generar un árbol es la aplicación de técnicas de testificación instrumental, las cuales mediante ensayos no destructivos y utilizando procesos muy similares a los empleados en las pruebas diagnósticas que se realizan a las personas (tomografías), detectan con total precisión el estado interno del árbol y ayudan de forma concluyente a la toma de decisiones. Parece por lo tanto absolutamente lógico que los licitadores del contrato partan de un conocimiento y experiencia previos en el manejo y funcionamiento de los citados equipos de testificación instrumental -tomógrafos y resistógrafos-, y en el análisis de los resultados que ofrece su uso. Ítem más, al igual que los medios mecánicos que habitualmente se exigen en contratos de naturaleza similar al que nos ocupa (vehículos, maquinaria, etc), pueden ser arrendados mediante contratos convencionales de alquiler, leasing, renting, etc, de modo que aunque dichos elementos no sean de propiedad de las empresas del sector, se pueda colegir que su utilización es habitual por su parte, los aparatos de testificación instrumental citados (tomógrafos y resistógrafos) no se encuentran en el mercado para ser alquilados, de modo que las empresas que los utilizan de modo habitual los adquieren en propiedad. Se colige claramente de esto que si una empresa no es propietaria -con antelación a la adjudicación- de estos elementos, carecerá de los conocimientos y experiencia precisos para poder desarrollar con éxito el contrato licitado, en el que se establece, como ya se ha citado, que uno de los principales objetivos del mismo es la reducción del riesgo de caída de árboles y/o ramas sobre las personas.

Por ello, esta Dirección General se reafirma en la importancia que las empresas licitadoras dispongan de estos equipos específicas, necesarios para el

objeto del contrato, puesto que son equipos que precisan de una formación técnica elevada y de una experiencia en su uso para interpretar los datos obtenidos en las muestras”.

Debemos partir de la consideración de que el artículo 22 del TRLCSP establece claramente que corresponde a los entes, organismos y entidades del sector público determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante los contratos, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

De manera que corresponde al órgano de contratación determinar en este caso si bien de forma razonada, cómo ha de satisfacer la necesaria disponibilidad de determinados medios para la ejecución del contrato, si mediante su establecimiento como requisito de solvencia para todos los licitadores o si es suficiente con la exigencia de un compromiso de adscripción de medios.

En este caso, el órgano de contratación ha explicado suficientemente la exigencia de esa maquinaria como requisito de solvencia, puesto que el objeto del contrato, *“servicio de actuaciones no programadas y de actuación inmediata en materia de zonas verdes y arbolado, especialmente en el ámbito de los espacios verdes públicos competencia del Ayuntamiento de Madrid, siendo complementario al habitual servicio de limpieza, conservación y mantenimiento de los espacios públicos y zonas verdes de Madrid”*, exige necesariamente contar desde el primer momento con experiencia y conocimientos en el manejo de la maquinaria mencionada, imprescindible para la realización de las prestaciones previstas en el Pliego.

Por otro lado, de acuerdo con el PCAP, se permite que dicha maquinaria, tomógrafos sónicos y resistógrafos, no sea propiedad del licitador sino que se disponga de la misma mediante alquiler, leasing o cualquier otro procedimiento que permita acreditar esa disponibilidad inmediata, por lo que tampoco se considera que constituya una exigencia excesivamente gravosa que pueda ser limitativa de la

conurrencia.

No obstante, debe recordarse que la aportación de la clasificación exime a los licitadores de la obligación de acreditar los requisitos de solvencia.

Por todo lo anterior, debe desestimarse el motivo de recurso.

Como segunda cuestión, plantea la recurrente que *“en caso de ampliación del contrato, la forma de determinación del precio no cabe realizarse, exclusivamente y sin mayor concisión, en función de la proporción del aumento de arbolado, ni que los medios se deban de incrementar de manera proporcional al aumento de arbolado sin un mínimo de precisión y detalle. Estimamos que el importe de la modificación dependerá del tipo y características del arbolado objeto de ampliación, así como de los medios concretos que se precisen para llevar a cabo los trabajos que precise el arbolado en concreto aumentado. A nadie se le escapa que un olmo precisa de diferente mantenimiento que un roble, por poner un ejemplo; habiendo divergencia en coste de mantenimiento y de medios a tal fin”*.

El órgano de contratación expone que *“en el momento de la licitación es imposible concretar anticipadamente el tipo y características del arbolado objeto de ampliación. Lo que establece con claridad el PCAP es que se podrá proceder a modificar el contrato cuando el incremento de nuevo arbolado alcance al menos el 5% sobre la cifra inicial que figura en el PPTP (545.000 árboles). Alcanzado este incremento de nuevo arbolado, el límite cuantitativo será de hasta un importe máximo del 5% del presupuesto de licitación. Así se recoge en el apartado 3 del PCAP, en el que se especifica el valor estimado del contrato en 39.292.517,90 euros, IVA excluido. Esta cifra se deriva de la duración del contrato (cuatro años), la prórrogas posibles (dos años) y la posible modificación del contrato por incremento de nuevo arbolado (hasta un 5% del presupuesto base de licitación)”*.

El artículo 106 del TRLCSP establece: *“Los contratos del sector público*

podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse suficiente para permitir a los licitadores efectos de formular su oferta y ser tomadas que se refiere a la exigencia de condiciones licitadores y valoración de las ofertas”.

A la vista de la redacción del apartado 19 del PCAP y de la argumentación contenida en el informe, debemos considerar que tanto los supuestos como el alcance y límites de las modificaciones están debidamente detalladas. No debe olvidarse que nos encontramos ante actuaciones no programadas y urgentes sobre zonas verdes y arbolados por lo que exigir un cálculo del precio de la modificación teniendo en cuenta diferentes variables en función del tipo de árbol, parece una fórmula excesivamente complicada, sin que por otra parte se hayan aportado por la recurrente los cálculos precisos que permitiesen comprobar el perjuicio que para los licitadores puede suponer la consideración del porcentaje establecido en el PCAP.

A todo esto hay que añadir que el sistema de pago del contrato es mediante facturas mensuales y no por precios unitarios.

En consecuencia, este motivo de recurso debe ser desestimado.

Finalmente alega la recurrente, en relación con los criterios de adjudicación: generación de contenidos para el programa de comunicación y divulgación de los trabajos PPTP y cronograma de trabajos: *“consideramos que carecerían de la*

necesaria determinación y concreción, adoleciendo de un suficiente grado de especificación y detalle del método de valoración que se aplicará para la determinación de su porcentaje si no obtienen la máxima puntuación (1) ni la mínima (0). Lo que se precisa es conocer el método que aplicará el Órgano de Contratación, dado que asevera que “el resto de propuestas serán valoradas de forma proporcional a estos criterios”. La valoración y baremación entre rangos (de entre 0 y 1), ha de quedar justificada, siendo que no se determina en base a qué se llegará a ello (proporcionalidad). Dicha falta de debida determinación y concreción, supone un claro incumplimiento de los requisitos para la valoración de las proposiciones establecidos en el artículo 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y la normativa europea de aplicación; e incurre en la vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia que rigen la contratación pública por mandato de los Artículos 1 y 139 del TRLCSP”.

El órgano de contratación en su informe argumenta que “la cuestión controvertida, en el supuesto analizado se centra, en determinar si para la valoración de estos dos criterios se ha establecido un método de valoración que pudiera ir más allá de la discrecionalidad técnica que debe presidir la valoración posterior de los criterios sujetos a un juicio de valor. Para ello, debemos tener en cuenta la diversidad de aspectos a valorar, en relación con la calidad técnica de la oferta como consecuencia de la complejidad de las prestaciones que conforman el objeto del contrato, lo que supone una asignación de puntuaciones mínimas repartidas entre todos ellos. No obstante lo anterior, estos criterios requerirán de una adecuada motivación en su aplicación en la fase posterior de valoración de las ofertas”.

El informe de la Dirección General, por su parte, añade que “para los dos criterios concretos comentados, el 1.12 y el 1.13, el pliego determina claramente cuál es el método de valoración, establecido en función de la coherencia, grado de adaptación a la realidad del contrato y suficiencia en los aspectos ofertados, de modo que a aquellas ofertas que no presenten los contenidos para el programa de

comunicación o el cronograma de trabajos, o estos sean incoherentes, no adaptados a la realidad del contrato o que sean manifiestamente insuficientes, se les calificará con cero puntos. Por el contrario, a la oferta más destacada en estos aspectos (coherencia, grado de adaptación a la realidad del contrato y suficiencia en los aspectos ofertados) se le otorgará un punto, siendo el resto de ofertas valoradas de modo proporcional a estos criterios. Una vez analizadas las ofertas referidas a estos aspectos, y tras el estudio de aquella que destaque sobre el resto por sus contenidos, el resto de las proposiciones se ponderarán proporcionalmente de forma comparativa con la mejor de ellas, asignando la menor puntuación a las ofertas en función de su grado de coherencia o adaptación a la realidad del contrato”.

Conviene recordar que los criterios analizados están sometidos a juicio de valor, es decir, no son de aplicación automática o mediante fórmulas, por lo que indudablemente conllevan una apreciación discrecional del órgano de contratación que debe, a la vista de las ofertas presentadas, apreciar el cumplimiento de los requisitos y otorgar la puntuación. Por lo tanto, no puede exigirse la determinación y especificación detallada y concreta de la forma de evaluar el cumplimiento del criterio pues eso significaría convertirlo en automático y no es esa su naturaleza.

A juicio del Tribunal, a la vista de la redacción del Pliego, los criterios analizados contienen suficiente información para que las empresas licitadoras conozcan qué aspectos van a ser valorados y qué se va a tener en cuenta.

Respecto del primer criterio mencionado, dentro del ámbito del contrato, actuaciones en materia de zonas verdes, valora la propuesta sobre los contenidos para el programa de divulgación y comunicación de los trabajos realizados. Otorgándose 1 punto a la más adecuada, es de suponer que las demás recibirán la puntuación según su grado de adecuación.

Respecto al segundo criterio, cronograma de trabajos, debe ponerse en relación con las prestaciones establecidas en el PPT. Debemos señalar en este

punto que la terminología empleada en la redacción del criterio: *“la propuesta más destacada en estos aspectos obtendrá la máxima puntuación”*, no parece correcta, puesto que un cronograma debe ser coherente, detallado, realista, completo pero en ningún caso puede tratarse de una propuesta destacada. Debe entenderse que se ha copiado la redacción el criterio anterior, cuando en este caso los términos deben ser distintos.

No obstante, de la lectura completa del criterio se desprende claramente qué es lo que se va a valorar, independientemente de la terminología utilizada: *“Los licitadores presentarán un cronograma de trabajos en los que marcarán un calendario con los hitos, fechas parciales de entrega y/o ejecución de los distintos trabajos reseñados en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*. Resulta obvio que las puntuaciones intermedias entre 0 y 1 se otorgarán en función del detalle y coherencia del cronograma presentado, tal y como se indica a continuación, *“los licitadores que no oferten dicho cronograma, o si el mismo es incoherente, no adaptado a la realidad del contrato, o manifiestamente insuficiente, no obtendrán puntuación (0 puntos). El resto de propuestas serán valoradas de forma proporcional a estos criterios”*.

Por todo ello, debemos concluir que los criterios contienen suficiente información para permitir la presentación de proposiciones de forma adecuada y que el motivo de recurso debe desestimarse.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.H.A., en nombre y representación de la Asociación Española de Empresas de Parques y Jardines (en adelante ASEJA) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato denominado “Servicio de actuaciones no programadas y de actuación inmediata en materia de zonas verdes y arbolado municipales (SER+VERDE)”, número de expediente: 300/2017/0051.

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 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.