

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

En Madrid, a 21 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto la representación de la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde (en adelante, ASEJA) contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que regirán el procedimiento de licitación del contrato de “*servicio de limpieza, conservación y mantenimiento de zonas verdes, arbolado de alineación y áreas infantiles*” del Ayuntamiento de San Martín de la Vega, número de expediente 5296/2021, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 26 de junio de 2022 y pliegos el 27 del mismo mes, se convocó la licitación del contrato de referencia.

El valor estimado de contrato asciende a 9.983.688,79 euros y su plazo de duración será de ocho años.

Segundo.- El 12 de julio de 2022 se presentó recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación, quien remitió a este Tribunal el 18 de julio dicho recurso junto con 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).

El recurso se fundamenta en la impugnación como criterios de adjudicación de las dos mejoras siguientes:

- 9.2.2.3 Proyecto de mejora (incluye su ejecución) de la zona del cementerio municipal delimitado por la C/ Asturias, Avda Comunidad de Madrid, C/ Isaac Peral y el cerramiento del propio cementerio (hasta 20 puntos).

- 9.2.2.3 Proyecto de mejora (incluye su ejecución) de la zona infantil de la Avenida Alcalde Antonio Chapado (5 puntos).

ASEJA entiende que estos criterios de adjudicación consistentes en los dos proyectos de mejora expuestos en el punto anterior alteran la naturaleza y el alcance de las prestaciones del contrato y su objeto, convirtiendo un contrato de servicios, en un contrato mixto (servicios + obra), y sustrayendo de la licitación pública la redacción de proyectos y la ejecución de obra de estos; con infracción también de la LCSP dado que en el caso de que un elemento del contrato mixto sea una obra y esta supere los 50.000 euros debe elaborarse un proyecto y tramitarse de conforme a 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, 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 representante de intereses colectivos relacionados con el objeto del contrato, de conformidad con el 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 anuncio de licitación fue publicado el día 26 de junio de 2022, e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación el 12 de julio de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y el PCAP 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.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se sustancia en la impugnación de las cláusulas consignadas en el antecedente segundo, alegando que vulneran el artículo 149.6 de la LCSP, por no tener relación con el objeto del contrato, y que consisten en una obra, que convierte el contrato en mixto, debiendo licitarse independientemente a tenor del artículo 18.3 de la LCSP.

Según el informe de la Secretaría General del Ayuntamiento asumido por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, las mejoras guardan relación con el objeto del contrato, definido conforme a las especificaciones del PPT (puntos 1.10, 2.17, 3.2, 3.4, 4.2.2, 4.3) y el término “*proyecto*” “*no debe interpretarse como ejecución es de obras sino como documento técnico base para la mejora prevista*”. Ambos proyectos de mejora prevén prestaciones diversas entre las que destaca pavimentación y mobiliario urbano, ya previstos en los pliegos.

Entiende este Tribunal que siguiendo el orden lógico procede delimitar la naturaleza de esas prestaciones de las mejoras.

La cláusula 9..2.2.3 expresa:

“9.2.2.3 Proyecto de mejora (incluye su ejecución) de la zona del cementerio municipal delimitado por la C/ Asturias, Avda Comunidad de Madrid, C/ Isaac Peral y el cerramiento del propio cementerio.

Adicionalmente, se valorarán positivamente las propuestas de las empresas que presenten un Proyecto de mejora (incluye su ejecución) de la zona del cementerio municipal.

Las propuestas que se presenten conformes a lo indicado en el Pliego Técnico de acuerdo con los siguientes criterios:

Puntuación máxima: 20 puntos

Documentación a presentar:

2.1 memoria descriptiva de la actuación propuesta.

(...)

c.- características técnicas de los elementos

- pavimentos

- ajardinamiento

- mobiliario urbano

(...)

Aspectos a valorar:

1.2 calidad de cada uno de los elementos propuestos: ajardinamiento, pavimentos y mobiliario urbano. Se tendrá en cuenta el número de elementos y la valoración económica.

- en el ajardinamiento se valorará el número y diversidad de especies vegetales, la elección justificada de cada especie en función de las condiciones climáticas de invierno y verano (especies perenne y caducifolias), adaptación a las condiciones climáticas del municipio y facilidad de mantenimiento.

- en la pavimentación se valorará su durabilidad, facilidad de mantenimiento/reposición, integración paisajística, aspectos medioambientales reseñables (pavimentos filtrantes, reutilización de Residuos de Construcción y Demolición, etc.)

- en el mobiliario urbano se valorará la elección justificada de cada elemento en cada zona estancial y su adaptación a cada tipo de usuario previsto”.

Por su parte, la mejora de zonas infantiles afirma:

“9.2.2.3 Proyecto de mejora (incluye su ejecución) de la zona infantil de la Avenida Alcalde Antonio Chapado.

Adicionalmente, se valorarán positivamente las propuestas de las empresas que presenten un Proyecto de mejora (incluye su ejecución) de la zona infantil.

Se valorarán los proyectos presentados conformes a lo indicado en el Pliego Técnico de acuerdo con los siguientes criterios:

Puntuación máxima: 5 puntos

Documentación a presentar:

(...)

c.- características técnicas de los elementos

- juegos infantiles

- pavimentos

- ajardinamiento

- mobiliario urbano

Aspectos a valorar

(...)

1.2 calidad de cada uno de los elementos propuestos: juegos infantiles, ajardinamiento, pavimentos y mobiliario urbano. Se tendrá en cuenta el número de elementos y la valoración económica”.

La prestación no comprende sólo la redacción de un proyecto (que se concreta en la memoria a entregar con la documentación contractual), sino también la ejecución del mismo, porque *“todos los costes que se detallen en los proyectos de mejora incluyen su ejecución material y correrán a cargo del licitador sin que tenga derecho a abono alguno y tampoco podrán dar lugar a intercambio de prestaciones de otra clase”.*

Ejecución material que ha de concluirse fuera del plazo de licitación (en el que solo se entrega la memoria evaluable) en el primer trimestre de 2023: *“todas las mejoras ofertadas deberán ser implantadas, como máximo, durante el segundo*

trimestre del año 2023 y todos los gastos necesarios para ejecutarlas correrán a cargo del adjudicatario”.

El presupuesto de ejecución material (mano de obra y materiales para implementar las mejoras) se cuantifica:

“El importe económico de estos proyectos de mejora no podrá sobrepasar el límite máximo siguiente:

Proyecto de mejora de la zona del cementerio municipal: TRESCIENTOS MIL EUROS (300.000,00 €)

Proyecto de mejora de la zona infantil de la Avenida Alcalde Antonio Chapado: TREINTA MIL EUROS (30.000,00 €)”.

Que es el coste de ejecución material de esas mejoras se reitera en contestación a consulta de licitador:

“10) PREGUNTA FORMULADA POR XXX EL 06/07/2022 A LAS 10:08

Buenos días

En relación al presupuesto de las mejoras del cementerio y área infantil de 300.000 € y 30.000 € respectivamente.

Estas cantidades llevan incluido el GG, BI e IVA? O se refieren únicamente a la Ejecución Material sin incluir los porcentajes que cada licitador considere de sus GG Y BI?

Muchas gracias

Saludos

RESPUESTA publicada el 06/07/2022, a las 13:22h.:

Buenos días.

Se refiere únicamente al Presupuesto de Ejecución Material”

La ejecución material comprende los gastos en materiales y mano de obra.

En este Anexo se afirma también que la memoria debe aportar los planos a escala: planos generales, planos de pavimentación y jardinería e infografía.

Se aportará también medios y presupuesto, que *“tendrá únicamente un valor informativo y es el único dato económico que puede aparecer en la memoria técnica puesto que el Ayuntamiento no asumirá su coste y por tanto no debe incluirse en el estudio económico de la oferta”*.

Finalmente, el informe del órgano de contratación lo único que afirma al respecto es que el *“término proyecto no debe interpretarse como ejecución es de obras sino como documento técnico base para la mejora prevista”*.

Es el propio pliego el que refiere a la ejecución material del proyecto. El que afirma que el proyecto de mejora *“incluye su ejecución”*.

Esta ejecución material comprende pavimentación, mobiliario y ajardinamientos y plantaciones. Sobre la naturaleza contractual del mismo, el artículo 232 de la LCSP define las obras de primer establecimiento como *“las que dan lugar a la creación de un bien inmueble”*, y las de reforma abarcan *“el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente”*.

Son bienes inmuebles (artículo 334 Código civil):

“1.º Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.

2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble.

3.º Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

4.º Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo”.

Por su parte, el artículo 25 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, clasifica entre los contratos de obras los de “*viales y pistas*” (grupo G), “*jardinería y plantaciones*” (grupo K, subgrupo 6), entre los que son clasificables los trabajos contemplados.

Respecto de trabajos de silvicultura, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en Informe 10/03, de 23 de julio de 2003. “*Calificación de contratos que tienen por objeto actuaciones en el ámbito de la conservación de montes y trabajos selvícolas*”, entiende “*que todo trabajo relacionado con la acción sobre el terreno que en la expresión del Organismo consultante pretenden transformar activamente la realidad de una zona natural en la que se incluyen, además de los trabajos de repoblación forestal de nueva planta, trabajos de recuperación ambiental de zonas degradadas, actuaciones infraestructurales de mejora de hábitats, han de ser calificados como contratos de obras, mientras que las labores de mero mantenimiento de hábitats, que no supongan introducción de nuevos pies, alteraciones de paisaje, ni cambios en estructura de las masas vegetales, entre las que se comprenden los trabajos puntuales de retirada de residuos, podas simples sobre ramas muertas o trabajos similares son propias de contratos de servicios*”.

Específicamente, la finalidad de las mejoras no es una prestación propia de un arrendamiento de servicio, sino de un arrendamiento de obra (artículo 1544 Código civil). El contratista no se obliga a prestar un servicio durante cierto tiempo (que sería el mantenimiento de los jardines) sino a ejecutar una obra conforme al proyecto presentado: la de los jardines adyacentes al cementerio y la de la zona infantil, incluyendo en este mobiliario.

El órgano de contratación lo califica de contrato de servicios, con códigos CPV 77311000-Servicios de mantenimiento de jardines y parques, 77211400-Servicios de tala de árboles, 77211500-Servicios de mantenimiento de árboles, 77313000-Servicios de mantenimiento de parques.

Estas mejoras no se encuentran vinculadas al objeto del contrato, que es el mantenimiento y mejora de zonas verdes, infringiendo los artículos 149.6 y 149.7 de la LCSP.

El objeto del contrato son los servicios de limpieza y conservación de zonas verdes y mantenimiento de arbolado de alineación; limpieza, conservación y mantenimiento de las áreas infantiles y mobiliario urbano del interior de las zonas verdes existentes en el término municipal (cláusula 2 del PCAP), a lo que agregan estas prestaciones de obras ajenas al mismo.

A tenor del artículo 145.7 de la LCSP las mejoras son *“prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato”*.

A este respecto, las mejoras deben estar vinculados al objeto del contrato (artículo 145.5. a) de la LCSP), al que, por si así decir, *“mejoran”*.

Se entiende que una prestación está vinculada al objeto del contrato (artículo 145.6 LCSP), *“cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:*

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.

Las mejoras en el cementerio y el parque infantil, que son obras nuevas, no guardan relación con el mantenimiento de los jardines en ninguna etapa de su ejecución.

Como cita el propio recurrente, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución nº 334/2022, de 10 de marzo, se ha pronunciado a instancias del mismo sobre un criterio de adjudicación relativo a la valoración de una formación en paisajismo que entiende no guarda relación con el objeto del contrato de un servicio de jardinería y mantenimiento de zonas verdes:

“Sin poner en duda las afirmaciones de este informe y las referencias aisladas en el pliego a mejorar el aspecto paisajístico o la contribución al embellecimiento y mejora del valor paisajístico, la descripción de las actividades del contrato no se refiere más que al servicio de jardinería, mantenimiento de zonas verdes y limpieza, nombre que se utiliza en la propia licitación.

No se alcanza a ver nada relacionado con proyectar, diseñar, ordenar, planificar, restaurar, gestionar y crear nuevos paisajes o conservar entornos de paisajes existentes.

Así pues, dada la definición de las concretas prestaciones que realiza el PPT, el criterio de adjudicación objeto de recurso, con la elevada puntuación que se le asigna, no se considera suficientemente vinculado al objeto del contrato”.

Al respecto el informe del Ayuntamiento solo alcanza a decir que las mejoras de pavimentación y mobiliario urbano ya se encuentran entre las prestaciones principales del contrato y en concreto en el PPT cuando describe las labores de mantenimiento y sustitución sobre suelo y sobre mobiliario urbano en sus diversos apartados (puntos 1.10, 2.17, 3.2, 3.4, 4.2.2, 4.3). Leídas estas prescripciones no existe equivalencia o similitud alguna entre las obligaciones de las mejoras, que suponen construcciones nuevas, y las de las prescripciones sobre mantenimiento preventivo, reparación y sustitución ocasional de algún elemento de mobiliario de las otras zonas. Por otro lado, estas prestaciones de las mejoras no son las previstas, pavimentos y mobiliario, en los puntos del PPT señalados por el órgano de contratación, porque se desarrollan aparte, en las cuatro páginas del anexo IX del PPT, que lleva por título “*mejoras*”, y al que remite el propio PCAP al regularlas.

Entendiendo que los criterios de adjudicación de mejoras no guardan relación directa con el objeto del contrato procede la anulación de estas cláusulas, lo que, de conformidad con el propio informe de Secretaría, conlleva la de los pliegos.

Una eventual admisión del recurso entendemos que debe tener en cuenta la Resolución nº 5/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 19 de enero de 2017, que establece que un cambio en un criterio de adjudicación, tiene carácter de modificación sustancial de los pliegos, y no podrá ser tratado como una mera corrección de errores.

Por lo tanto, la modificación de los pliegos no puede articularse a través de su rectificación por error material, ya que, como señala la Resolución antes citada, *“el conocimiento de qué criterio se utiliza por el órgano de contratación para valorar las ofertas, es un elemento decisivo que debe conocer el licitador en el momento de preparar la oferta, y que el principio de igualdad y su vertiente del principio de transparencia, requiere que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, y que sus modificaciones conozcan la misma publicidad, en los mismos medios y en la misma forma, que la del anuncio inicial»*.

Por tales razones, concluye que debía haberse dado publicidad a la modificación de los pliegos con nuevos anuncios en los que se establezcan nuevos plazos para la presentación de proposiciones y la correlativa modificación de las fechas de apertura pública de las ofertas”.

Además, comprendiendo una obra el contrato sería mixto, no de servicios como lo califica el órgano de contratación, a tenor del artículo 18.1 de la LCSP, que los define como aquellos que contengan *“prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase”*. A pesar de lo cual, afirma que *“no obstante lo establecido en el apartado 1, en los casos en que un elemento del contrato mixto sea una obra y esta supere los 50.000 euros, deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los artículos 231 y siguientes de la presente Ley”* (artículo 18.3).

Esta licitación comprende dos obras cuyo presupuesto de ejecución material conjunto supera los 50.000 euros (350.000 euros) y también lo supera el presupuesto de la zona ajardinada del cementerio (300.000 euros).

Dentro del código CPV de los “*trabajos de construcción*”, 45000000-7, se encuadran los trabajos de “*paisajismo*” (45112700-2) y dentro de ellos, los trabajos de “*paisajismo en zonas verdes*”, 4512710-2, que comprende “*trabajos de paisajismo en jardines*”, y “*trabajos de paisajismo en cementerios*”.

De lo expuesto, se infiere que las dos mejoras debían tramitarse en la forma prevista en el artículo 18.3 de la LCSP previa elaboración del proyecto, procediendo la anulación de las cláusulas (9.3.2.2.) que contiene esos criterios de adjudicación, lo que conlleva también la de los pliegos con retroacción de actuaciones para aprobación de otros, en los que se excluyan estos criterios.

Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso especial en materia de contratación.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Asociación de Empresas de Gestión de Infraestructura Verde, contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares del “*servicio de limpieza, conservación y mantenimiento de zonas verdes, arbolado de alineación y áreas infantiles*” del Ayuntamiento de San Martín de la Vega , número de expediente 5296/2021, anulando los pliegos por los motivos expuestos en el

fundamento de derecho quinto de esta resolución.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 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.