

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don P.P.S., en nombre y representación de Valoriza Servicios Medioambientales S.A., contra la Resolución de adjudicación, de fecha 11 de agosto de 2014, del contrato, “Servicios de Mantenimiento y Conservación de la Jardinería, Limpieza y Retirada de Residuos de Parques y Jardines Urbanos del Ayuntamiento de San Fernando de Henares” (Expediente nº 8/2014), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de mayo de 2014, se publicó en el BOCM el anuncio de licitación correspondiente al contrato Servicios de Mantenimiento y Conservación de la Jardinería, Limpieza y Retirada de Residuos de Parques y Jardines Urbanos del Ayuntamiento de San Fernando de Henares, con un Presupuesto base de licitación de 4.319.803,97 euros y una duración de cuarenta y ocho meses, con posibilidad de prórroga por un período de veinticuatro meses más. El valor estimado del contrato es de 6.479.705,94 euros.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), por el que se rige la licitación establece en relación con la organización del personal, la obligación de subrogar al personal que actualmente desempeña el servicio, en virtud de lo establecido en el artículo 43 del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2009-2014, acompañando un anexo 5 con el personal fijo que tenían los contratistas de las zonas de ejecución del contrato.

Asimismo en el apartado 10 del PPT se prevé que durante las fiestas Patronales, fiestas de Carnaval, fiestas del 1 y 2 de Mayo, Reyes y en otras en las que se celebren otras actividades de carácter lúdico o social que se celebren y/o afecten a zonas verdes, directa o indirectamente, se establecerá un equipo de mantenimiento y limpieza que trabajará diariamente entre las fechas que determine el Ayuntamiento y que históricamente son las mismas cada año. Los licitadores deberán concretar en su oferta las condiciones en que se habrán de efectuar estos Servicios.

Por su parte en la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se indica que deberá presentarse cálculo justificativo de la oferta descomponiéndola en los conceptos que indica.

En cuanto a los criterios de adjudicación:

A- CRITERIOS QUE OBEDECEN A UN JUICIO DE VALOR:

Hasta un máximo de veinte (20) puntos:

- Conocimiento de la programación, análisis y conocimiento del servicio a prestar en San Fernando de Henares basado en la información aportada en la memoria descriptiva: máximo diez (10) puntos, especificando los programas en los que se deben aplicar (programa de gestión de arbolado y césped, de gestión de riegos y control de consumo, abonos, enmiendas y control de malas hierbas, programa anual de podas, y programa específico de sanidad vegetal y plagas).

- Mejora en la organización y gestión del servicio, que no tendrá coste de inversión para el Ayuntamiento ni su ejecución ni su futuro mantenimiento: máximo diez (10) puntos.

B.- CRITERIOS QUE NO OBEDECEN A UN JUICIO DE VALOR:

Hasta un máximo de ochenta (80) puntos.

- Oferta económica: Hasta un máximo de sesenta (60) puntos.
- Mejoras: Se valorará hasta un máximo de veinte (20) puntos.

Las mejoras deberán estar justificadas económicamente con todo detalle, descritas con precisión así como el método o mecanismo que proponen para su control y visado por el Ayuntamiento, para que por el equipo técnico informante no exista duda de su eficacia y valoración. El importe total de las Mejoras resulta de 99.768,75 euros de ejecución material, sin IVA.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cinco ofertas una de ellas la de la recurrente.

La valoración de los criterios que obedecen a juicio de valor se realizó por el Área de Infraestructuras, Obras, Servicios y Medioambiente, que emitió su informe con fecha 4 de julio de 2014, del que resulta una puntuación para la recurrente de 16,111 puntos y de 16,583 para la adjudicataria.

En el acto público de la Mesa de contratación celebrado el 8 de julio de 2014, se procede a abrir la documentación correspondiente a los criterios valorables mediante fórmulas o porcentajes, dando traslado de la misma de nuevo al Área de Infraestructuras, Obras, Servicios y Medioambiente, que emite su informe el 10 de julio de 2014.

Una vez realizada la valoración de las ofertas presentadas, se adjudica el contrato mediante Resolución de la Alcaldía Presidencia de fecha 11 de agosto de

2014, a la empresa Urbaser, por importe de 3.841,597,80 euros, lo que se notifica a la recurrente el día 13 de agosto.

Tercero.- El 27 de agosto de 2014, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 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), Valoriza Servicios Medioambientales, S.A., (en adelante Valoriza), interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, en el que solicita que se anule la adjudicación efectuada o subsidiariamente se proceda a valorar nuevamente los criterios evaluables mediante juicio de valor, de modo que dicha valoración se realice en aplicación de los términos del pliego y corrigiendo los errores materiales advertidos.

Aduce una serie de motivos por los que considera que la oferta adjudicataria debió ser rechazada. En concreto por incumplimiento del pliego, en materia de subrogación de personal, por incumpliendo de la obligación de incluir el cálculo justificativo de la oferta económica descompuesta por conceptos al no incluir el coste de algunos de los indicados y por incumplimientos relativos a la organización del servicio en los días festivos.

Asimismo se invocan motivos relativos a la valoración de la oferta de Urbaser, concretamente respecto de las mejoras ofertadas por esta última, en la que aprecia falta de criterio en la valoración, falta de igualdad de trato y falta de motivación del informe técnico.

La interposición del recurso se comunicó al órgano de contratación, requiriéndole para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, remitiera el expediente administrativo e informe preceptivo, lo que verificó el 3 de septiembre.

El órgano de contratación defiende en su informe la corrección de la Resolución de adjudicación, en los términos que se expondrán con el análisis de la cuestión de fondo. Con fecha 19 de septiembre de 2014, se recibe en el Tribunal escrito aportado por el órgano de contratación y firmado por el técnico informante aclarando, respecto del informe emitido, el significado de los asteriscos que aparecen en el cuadro resumen de la valoración de la oferta de la adjudicataria, en el que se explica que *“Entre todas estas propuestas de Urbaser he considerado que se deben clasificar en dos apartados; a) las que no deben tenerse en cuenta al objeto de valoración por considerarse que, bien se contemplan en los Pliegos de Condiciones como obligaciones o bien se consideran que corresponden a la buena práctica y oficio del adjudicatario. Y b) las que suponen una propuesta interesante que beneficia las condiciones técnicas mínimas de la prestación del contrato. Los asteriscos significan que esas propuestas son las del apartado b) es decir, las que sí son ventajosas a los intereses municipales y por tanto valorables, según mi juicio de valor como informante.”*

Cuarto.- Con fecha 9 de septiembre de 2014, se dio trámite de audiencia los interesados en el procedimiento habiéndose recibido alegaciones de la adjudicataria Urbaser, en las que se solicita que se desestime el recurso interpuesto por las razones que se expondrán más adelante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Valoriza para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, habiendo quedado clasificada en segundo lugar su oferta.

Asimismo queda acreditada la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado superior a 207.000 euros por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1 b) y 40.2 c) del TRLCSP.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que “El *procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)*”.

Habiéndose producido la notificación de la Resolución de adjudicación, el día 13 de agosto de 2014, el recurso interpuesto el día 27 del mismo mes, se presentó en plazo.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Son varios los defectos que la recurrente imputa a la Resolución recurrida, algunos de ellos referidos a incumplimientos de lo establecido en los pliegos por parte de la oferta adjudicataria, y otros atinentes a la valoración efectuada.

En relación con el incumplimiento de las exigencias establecidas en los pliegos afirma la recurrente que la oferta adjudicataria incumple la obligación de subrogación de los trabajadores que vinieran desempeñando el servicio, la

obligación de aportar justificación económica en los términos indicados en los pliegos y las referentes a la organización del servicio.

Con carácter previo al examen de cada concreto incumplimiento, debemos recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna”*.

1. En cuanto al pretendido incumplimiento de la obligación de subrogación de los trabajadores, la cláusula 5.1 del PPT establece que: *“Será de aplicación lo establecido en el Convenio Colectivo Estatal de Jardinería 2009- 2014, artículo 43.- Cláusula de Subrogación, con el alcance estrictamente previsto en el título del que deriva la subrogación”* acompañando un listado del personal fijo de los contratistas de las zonas I y II del actual contrato. Dicho listado supone un total de 40 trabajadores 20 para cada zona. Por su parte la oferta de la adjudicataria en la Memoria descriptiva de su oferta indica que *“Urbaser se compromete al estricto cumplimiento de las leyes y disposiciones vigentes en materia social y laboral, así como a mantener la plantilla de trabajadores en el entorno geográfico del municipio”*.

Considera la recurrente que dado que Urbaser propone una plantilla de 31 trabajadores incumple la obligación de subrogación establecida en los pliegos.

El órgano de contratación señala que *“en los Pliegos no se fija el mínimo de personal que se debe adscribir al servicio, pues la capacidad y solvencia técnica del adjudicatario resuelve la prestación del servicio proponiendo la mejor organización, rentabilizando medios humanos y materiales con menor coste. Únicamente se estipula: “El adjudicatario deberá contar con el personal, maquinaria y medios suficientes para la prestación de todos los servicios objeto de contrato con la*

frecuencia y jornada laboral fijada en este PCT o mejorada en su propuesta”, sin perjuicio del carácter obligatorio de la subrogación. Añade además que todos los licitadores ofertan plantillas inferiores al número de trabajadores a subrogar. En concreto señala que la recurrente oferta una plantilla de 33 personas (38 en periodo abril-septiembre).

Por su parte Urbaser además de ofrecer el dato de la oferta de Valoriza entendiendo que los mismos argumentos hechos valer por esta avalarían su exclusión, alega que no corresponde ni al órgano de contratación, ni al Tribunal hacer pronunciamientos sobre la existencia y alcance de la obligación laboral de subrogación, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral.

Respecto de esta cuestión este Tribunal ha manifestado en distintas ocasiones, como en la Resolución 141/2014, de 30 de julio, que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del ET *“El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.*

Por su parte la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria

establece un mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos.

Ahora bien, como señala en sus alegaciones la empresa Urbaser, y también ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, dicha obligación legal de carácter laboral solo exige que los licitadores tengan la información suficiente sobre el personal a subrogar con el objeto de que puedan hacer una oferta cabal teniendo en cuenta los posibles costes laborales a incluir. Las cuestiones concretas atinentes al número de trabajadores que tiene derecho a ser subrogados o sus concretas condiciones laborales afectan a la jurisdicción laboral, sin que este Tribunal o el órgano de contratación pueda pronunciarse al respecto.

Además cabe recordar que deben distinguirse dos cuestiones totalmente diferentes, cuales son la obligación de subrogación de trabajadores y la adscripción de medios personales al contrato. Esto implica que aunque en el pliego se establezca la genérica obligación de subrogar trabajadores ello no significa, que los mismos deban ser adscritos a la prestación del contrato, como ya señalábamos en nuestra Resolución 99/2013, de 3 de julio, puesto que una vez subrogados los que correspondan pasan a formar parte del personal de la empresa adjudicataria que podrá asignarlos al servicio contratado, o a otros o incluso con los requisitos previstos en la legislación laboral, -cuyo conocimiento decimos no corresponde a este Tribunal,- extinguir su relación laboral.

Dado que el pliego no establece la necesidad de asignar un número de trabajadores concretos al contrato y que la adjudicataria se compromete a cumplir la obligación genérica de subrogar a los trabajadores que corresponda, este Tribunal considera que no concurre causa para rechazar la oferta de la recurrente por este motivo.

2. Respecto del incumplimiento de los pliegos en cuanto al contenido de la

justificación económica se refiere, la cláusula 11 del PCAP indica que deberá presentarse cálculo justificativo de la oferta descomponiéndola en los conceptos que señala. Específicamente el punto primero referido al personal comprende cálculo descompuesto individualizado y anual de costes de personal, de seguridad social y el coste del vestuario anual.

En concreto aduce la recurrente que no se han valorado dos operarios incluidos en el listado de subrogación lo que implica un ahorro de 47.000 euros, ni todos los pluses de que dispone el personal actual según el artículo 43 del Convenio estatal de jardinería, lo que supone una desviación económica de 5.000 euros respecto de la oferta de Valoriza. Ello determina a su juicio que debiera haberse excluido la oferta de Urbaser por haberse incumplido económicamente las obligaciones del pliego y por no poder ser llevadas a cabo en el caso de ser exigidas dichas obligaciones por el Ayuntamiento de San Fernando al no haberse incluido su coste, a lo que añade que la oferta no se ajusta al modelo económico exigido.

El órgano de contratación indica en su informe que no se ha valorado ni ponderado este apartado porque no es epígrafe que aparezca como valorable en los criterios de valoración, sino como un requisito para valorar la oferta económica.

Por su parte Urbaser manifiesta en el mismo sentido, que la descomposición detallada de las ofertas no es un criterio de valoración, sino un requisito para proceder a la valoración de la oferta económica, por tanto habiendo aportado dicho desglose la proposición se ajusta literalmente al modelo de proposición económica del Anexo XI del PCAP y que el aducido incumplimiento en relación con la inclusión de determinados pluses en la oferta es ajena al órgano de contratación y a este Tribunal.

Respecto de estas cuestiones, no aprecia el Tribunal incumplimiento de la obligación de la justificación económica de la oferta en cuanto a su contenido.

Efectivamente consta que la adjudicataria realizó el correspondiente desglose de su oferta económica en los términos exigidos en el PCAP, circunstancia distinta es que la recurrente no esté de acuerdo con el contenido concreto de los elementos desglosados o expuestos. En este sentido debe tenerse en cuenta que dichos elementos no son cuantificables, sino que tienen por objeto que el órgano de contratación pueda comprobar la justificación de la oferta y la falta de inconsistencias o incongruencias internas en la misma, además de, como indica el anejo I del PPT de condiciones administrativas no técnicas, la aplicación de los coeficientes de actualización de precios, en su caso.

Por otro lado las omisiones que la recurrente considera incumplimientos afectan a cuestiones de índole laboral relacionadas con la subrogación de los trabajadores, respecto de la que como más arriba hemos señalado, no corresponde a este Tribunal decidir.

Tampoco se aprecia falta de viabilidad de la oferta de la adjudicataria en el aducido desfase económico entre el coste del servicio y el precio propuesto, puesto que como ya ha señalado también en diversas ocasiones este Tribunal, Vid Resolución nº 18/2013, de 6 de febrero, entre otras, que los convenios colectivos no vinculan a la Administración como *res inter alios facta*, sin perjuicio de que en el examen de la viabilidad de las ofertas puedan ser tenidos en cuenta. De esta forma si la justificación de la oferta no contiene algún precio concreto del coste del servicio, ello no se traduce necesariamente en falta de viabilidad de la oferta, -que por otro lado en este caso no estaba incurso en presunción de temeridad-, ni la compromete, más teniendo en cuenta lo exiguo de los desfases aducidos respecto del importe de licitación, lo que permitiría, en su caso, asumir dichos costes no contemplados.

3. Incumplimiento de los pliegos en cuanto a la organización del servicio.

Se afirma por la recurrente que en la oferta de la empresa adjudicataria no

consta el cumplimiento de la exigencia del apartado 10 del PPT de establecer un equipo de mantenimiento y limpieza que se prevé que trabajará diariamente entre las fechas que determine el Ayuntamiento durante las fiestas Patronales, fiestas de Carnaval, fiestas del 1 y 2 de Mayo, Reyes y en otras en las que se celebren otras actividades de carácter lúdico o social que se celebren y/o afecten a zonas verdes, directa o indirectamente.

El órgano de contratación señala en su informe que en la oferta de Urbaser en concreto en el Anexo I, Memoria descriptiva, página 3, se recoge esta obligación en el apartado “Equipo labores Especiales”. Asimismo la adjudicataria señala en sus alegaciones que en el apartado 2.9 del Capítulo II-Plan de calidad específico, bajo la rúbrica plan de fiestas se detalla el operativo propuesto para llevar a cabo los trabajos de mantenimiento y limpieza durante las diversas fiestas locales a lo largo del año.

Este Tribunal comprueba que efectivamente en el documento Plan de Calidad Específico de la oferta de Urbaser consta en su punto 2.10, bajo la rúbrica “Plan de fiestas”, la descripción del operativo para las fiestas que detalla, indicando que *“para la preparación, implantación, y desarrollo del Plan de Fiestas propuesto, estarán disponibles todos aquellos medios adscritos directamente al servicio, tanto humanos como mecánicos, o materiales que en cada situación particular sean necesarios (...)”*.

Debe por tanto desestimarse el recurso también por este motivo.

Sexto.- Desestimados todos los motivos de incumplimiento hechos valer por la recurrente, procede examinar la adecuación a derecho de la valoración efectuada en relación con cada uno de los motivos de recursos expuestos en relación con aquélla.

1. Considera la recurrente que la oferta de Urbaser debió recibir 0 puntos en

el apartado de mejoras valorables que obedecen a un juicio de valor, en lugar de los 7 que recibió, lo que considera un agravio comparativo en relación con la valoración de su propia oferta que recibió 8 puntos en este apartado. En concreto afirma que *“La oferta presentada por Urbaser, S.A., no incluye dentro de su desarrollo técnico, ningún punto que defina claramente las mejoras, sino que ha sido el criterio subjetivo y partidista del técnico que ha elaborado el Informe de Valoración, el que ha interpretado que la documentación presentada por Urbaser, S.A., podría considerarse como mejoras y por tanto puntuables”*, lo que entiende discriminatorio respecto del resto de ofertas respecto de las que el técnico que emite el informe de valoración se ha limitado a puntuar las que como tal aparecen en el apartado de mejoras.

Por su parte el órgano de contratación explica que *“la palabra “mejora” aparece en dos ocasiones dentro de los citados criterios y con dos valores distintos que no deben confundirse, en los criterios de valoración que obedecen a un juicio de valor, que el referido pliego previene en su Anexo 1, Apartado A, Criterio 1, se incluye como segundo apartado en el que se desglosa el siguiente: “mejora en la organización y gestión del servicio” (folio 97).*

Y, por otra parte, entre los criterios que no obedecen a un juicio de valor, en el apartado B, se previene como Criterio 2 “mejoras” (folio 98), que resultan ser mejoras a la totalidad del contrato, valorables económicamente, cuantificables y, por lo tanto, puntuables entre los criterios económicos.”

En los mismos términos explica su oferta la adjudicataria en su escrito de alegaciones que añade: *“es más una eventual inclusión de las valoración económica de las mejoras subjetivas determinaría la exclusión del licitador a tenor de lo recogido en la cláusula 17 del PCAP”*.

Efectivamente en el Anexo I del PCAP se hace constar como criterios de valoración, de un lado criterios que obedecen a un juicio de valor, en concreto el

conocimiento de la programación, análisis y conocimiento del servicio a prestar en San Fernando de Henares, basado en la información aportada en la Memoria descriptiva al que se asignan 10 puntos y la mejora en la organización y gestión del servicio, que no tendrá coste de inversión para el Ayuntamiento ni su ejecución ni su futuro mantenimiento al que se asignan otros 10 puntos. Para este criterio no se establece la necesidad de determinar específicamente cada una de las mejoras propuestas sino que aquí el concepto de mejora es genérico y viene referido a la organización y gestión del servicio.

Como se indica en el escrito de alegaciones la actuación del Tribunal como órgano revisor en materia de contratación del sector público encuentra su límite en la discrecionalidad técnica que corresponde a los órganos de contratación a la hora de valorar los criterios que vienen en denominarse subjetivos, sin perjuicio de que el Tribunal, en fase de recurso, pueda examinar los elementos reglados del procedimiento, la existencia de errores materiales y la desviación de poder como elementos de control.

Sentado lo anterior, sin embargo en este caso, la recurrente no aduce motivos concretos más allá del trato discriminatorio que supone según aduce que la adjudicataria no haya detallado las mejoras a valorar, pero es que además examinado el informe de valoración de criterios sujetos a juicio de valor, que obra a los folios 188 y siguientes del expediente, se constata que en el mismo se hace constar respecto de todas las ofertas presentadas cada uno de los elementos valorados y la puntuación asignada a cada oferta por este concepto. En concreto se especifica respecto de las mejoras propuestas por Urbaser que su Memoria Descriptiva contiene elementos diferenciadores e indica las ventajas organizativas de cada uno de ellos. Así, un elemento diferenciador es la utilización de instrumental específico de diagnóstico. Tomógrafo Picus (...) y la transformación de la fuente de la mediana de la Av. de Montserrat en parterre en prolongación del existente. También la

utilización de escardadores térmicos, poda neumática, boquillas riego bajo consumo, etc. (...), detallando en un cuadro a continuación las mejoras presentadas.

El mismo tratamiento recibe la oferta de la recurrente, respecto de la que se contemplan en el informe el *“Ajardinamiento del talud junto a la carretera de circunvalación goteo; Remodelación pérgola S. Ferlosio con Presa y lateral; Centralización riego Pq Dolores 1, vallado como el existente a goteo; Remodelación pérgola S. Ferlosio con Presa y lateral; Centralización riego Pq Dolores 1, vallado como el existente a instalar en los márgenes de Pq Eugenia de Montijo lado de V. Argumosa y Presa lateral/correos; Maquetación y edición libro-guía árboles SFH”*.

No se aprecia por tanto discriminación alguna ni incumplimiento por parte del órgano de contratación en la valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor por lo que a la mejora de la organización del servicio se refiere, debiendo también desestimarse el recurso por este motivo.

A todo ello cabe añadir que la determinación de los distintos elementos valorables y su forma de apreciación está prevista en el PCAP que el recurrente no puede desconocer ni desconoce en este punto, como prueba la circunstancia de que también propone este tipo de ventajas en la Memoria Descriptiva de su oferta, sin que los pliegos hayan sido objeto de impugnación por su parte.

2. También se aduce falta de criterio en la valoración de las mejoras ofertadas por Urbaser en este apartado de mejoras susceptibles de valoración mediante juicio de valor, considerando que se trata de mejoras definidas de forma escueta en una línea o que son mejoras que obligatorias en el pliego o intrínsecas a un servicio de jardinería, y que su valoración adolece de parcialidad y es totalmente subjetiva.

De nuevo en este punto debemos partir de la consideración de que la valoración de los criterios subjetivos corresponde al órgano de contratación, en en

el ejercicio de las facultades de discrecionalidad técnica sobre las que la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1995, de 6 de febrero, en su fundamento de derecho cuarto, reconoce *“la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promuevan y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos”* y continua: *“la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado”*.

La recurrente menciona unas mejoras a modo enunciativo (*por ejemplo*) que entiende no valorables como tales al ser parte del contenido del pliego o de las debidas condiciones técnicas en que deben realizarse los trabajos de jardinería en general, como selección de buenos ejemplares de arbolado, o correcta elección del tipo de siega, afilado diario de las cuchillas.

En la memoria descriptiva de la oferta de la adjudicataria se proponen una serie mejoras bajo la rúbrica “elementos diferenciadores” de cada programa. Así por ejemplo respecto del programa 2.1.1 “Programa de Gestión del arbolado” se ofertan como ventajas: diagnóstico mecánico previo a los trabajos, diagnóstico VTA, utilización de instrumental específico de diagnóstico tomógrafo Picus, cursos de formación, guía del arbolado, control de calidad sobre el terreno, estudio específico de zonas con difícil implantación de la vegetación, conocimiento amplio de la zona por su gestión actual añadiendo respecto de este punto *“Mejora en la gestión por el conocimiento de la zona se pueden proponer trabajos específicos en las zonas objeto de mantenimiento como por ejemplo: arbolado problemático en la zona del parque Henares se cree convenientes su diagnosis VTA para aplicar labores específicas a cada ejemplar, transformación de fuente obsoleta en parterre para prolongación de mediana arbolada la de Av Montserrat Roig”*.

Para el programa 2.1.2 “Programa de gestión de césped y praderas” se proponen como elementos diferenciadores *“correcta elección del tipo optimo de siega, Recycling, empleo de maquinaria de última tecnología muy productiva y poco contaminante, afilado diario de cuchillas, especialización del personal encargado del mantenimiento del césped, cursos de formación, diferenciación acabados según calidad de la zona tratada”*, explicando a modo de cuadro la ventaja de cada propuesta.

En el informe de valoración de cada propuesta se exponen las ventajas valoradas, con una breve explicación y en el cuadro resumen que lo acompaña se recogen todas las ventajas propuestas. En concreto se explica que se ofrece como ventaja la utilización del tomógrafo Picus como instrumental especificado de diagnóstico señalando que su ventaja es *“la incorporación de datos definitivos para la toma de decisiones sobre el futuro del arbolado (es un tomógrafo sónico, es decir el equivalente a un escáner o ecografía médicos, que emplea impulsos de sonido que se emiten y reciben desde un conjunto de sensores. El tomógrafo sónico (PICUS) identifica y cuantifica el nivel de daño del árbol detectando la presencia de pudriciones y oquedades internas. Determina la estabilidad del árbol, mediante el cálculo del grosor de su pared residual. (...) sus resultados son fiables es ligero y permite trabajar a cualquier altura las imágenes que se obtienen son representativas.”* Así mismo se considera como propuesta interesante la transformación de la fuente de la mediana de la av. de Montserrat en parterre en prolongación del existente. Y añade *“También la utilización de escardadores térmicos, poda neumática, boquillas riego bajo consumo, etc.”*.

A juicio de este Tribunal, la valoración de tales mejoras obedece como decíamos a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de considerar aquellas propuestas que añaden valor a la oferta de las licitadoras, entendiendo que no responden a la idea de medidas exigidas en el pliego o propias de las labores a desempeñar. No se aprecia por tanto un tratamiento discriminatorio

o desigual respecto de otras ofertas, en concreto la de la recurrente que propone cinco actuaciones concretas a las que el órgano de valoración ha otorgado la mayor puntuación de todas las concurrentes, (8 puntos).

Aporta la recurrente un cuadro de elementos descritos en la Memoria descriptiva o en el plan de Calidad de su oferta que considera que deberían haber sido consideradas como mejoras valorables subjetivamente al coincidir con algunos de los “elementos diferenciadores”, propuestos por Urbaser y valorados como mejora. Este Tribunal comprueba que efectivamente la circunstancia descrita obedece a la realidad del contenido de la oferta de Valoriza, pero como la misma denuncia en su escrito de recurso, si no se proponen como mejoras (propuesta que como hemos sostenido sí que realiza Urbaser, bajo la denominación “elementos diferenciadores” que añade al final de la propuesta para cada programa), no corresponde al órgano de contratación su valoración o su toma en consideración, de forma subjetiva.

3. En cuanto a la falta de motivación aducida por la recurrente, como más arriba señalábamos, la motivación o fundamentación de la toma de decisiones por parte de los órganos de valoración constituye uno de los elementos susceptibles de control aun en el ámbito de la toma discrecional de decisiones. Considera la recurrente que la valoración de los criterios subjetivos no está suficientemente motivada, con cita de abundante jurisprudencia, *“pues no permite determinar concretamente cada una de las puntuaciones, constando únicamente la puntuación global, por lo que es imposible para el resto de licitadoras conocer en qué aspectos concretos ha sido mejor o peor valorado, (en su caso), su oferta o cómo se alcanza y se define la puntuación total”, poniendo a continuación una serie de ejemplos extraídos del informe de valoración de lo que considera un trato discriminatorio con la oferta de la adjudicataria”*.

Este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato, constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación que permita, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación de los actos administrativos es una garantía propia de los mismos, que en caso de ser contravenida generaría indefensión al administrado.

Con carácter general la motivación cumple la función de asegurar, de un lado, el principio de transparencia en la actuación de las Administraciones Públicas de trascendental importancia en el ámbito de cualesquiera procedimientos de concurrencia competitiva, como es el caso de la contratación pública, y de otro, la de posibilitar el control del acto y la verificación de su contenido al fin perseguido, como es propio de la actividad del Estado de Derecho, para determinar si se ajusta o no a la normativa vigente, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o no de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta. La Administración ha de expresar las razones de otorgar preferencia a uno de los licitadores frente al resto, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no adjudicatario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano de control apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de enero de 2010, (Asunto C-406/08 Uniplex):

“30. Sin embargo, el hecho de que un candidato o licitador tenga conocimiento de que su candidatura u oferta ha sido rechazada no le sitúa en condiciones de interponer efectivamente un recurso. Tal información es insuficiente para permitir al candidato o licitador descubrir la posible existencia de una ilegalidad que pueda fundamentar un recurso.”

31. El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato”.

Ello no significa que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que el contratista pueda tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan.

Por otro lado los criterios de adjudicación que figuran en el PCAP serán los que determinen la adjudicación, por ello la posibilidad de recurso contra este acto de finalización del procedimiento de contratación requiere tener conocimiento de las puntuaciones asignadas a cada uno de dichos criterios y las causas de la misma, a fin de facilitar, en su caso, su control. Se trata, en suma, de que el candidato conozca no sólo las puntuaciones respectivas, sino también de que tenga una información sucinta de la causa de la atribución de las mismas.

El primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación. La motivación debe mostrar de modo claro e inequívoco el razonamiento del autor del acto. Una adecuada motivación requiere el desglose de la puntuación obtenida por cada oferta en cada uno de los elementos a valorar conforme a lo previamente dispuesto en el PCAP.

En este caso en el informe de valoración en respuesta a los criterios previstos en el PCAP se especifica respecto de cada oferta qué elementos se ha valorado en

cada uno de los conceptos atribuyendo una puntuación de forma razonada a cada uno de ellos destacando aquellas propuestas que discrecionalmente se ha considerado.

La falta de motivación se imputa al informe de valoración, al que ha tenido acceso la recurrente y no a la notificación. Examinado el mismo consta que obedece a los parámetros exigidos por la jurisprudencia y los órganos encargados de la resolución del recurso especial, indicando respecto de cada uno de los apartados a valorar de la propuesta técnica, los puntos obtenidos en cada uno de ellos y la razón de su apreciación. Es cierto que no aparecen reflejados hasta la extenuación todos y cada uno de los elementos de razón que pudieran haber llevado a los técnicos a otorgar una puntuación para una propuesta en concreto, pero no lo es menos que tal grado de detalle no es exigible, siempre que se ofrezcan los datos suficientes como para que en su caso, -como ha ocurrido en el presente-, pueda enjuiciarse la decisión final del órgano de contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 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, en la fecha del encabezado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Valoriza Servicios Medioambientales S.A., contra la Resolución de adjudicación, de fecha 11 de agosto de 2014, del contrato, “Servicios de Mantenimiento y Conservación de la Jardinería, Limpieza y Retirada de Residuos de Parques y Jardines Urbanos del Ayuntamiento de San Fernando de Henares” (Expediente nº

8/2014.

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.- Levantar la suspensión producida en ejecución del Acuerdo de este Tribunal de fecha 10 de septiembre de 2014.

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 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.