

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

En Madrid, a 2 de julio de 2020.

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 “Servicios de gestión de infraestructura verde urbana del Ayuntamiento de Parla” número de expediente 38/19 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 de Parla, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 25 de mayo de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 21.852.600 euros y su plazo de duración será de cuatro años con posible prórroga por uno más.

Segundo.- Con fecha 3 de marzo de 2020, se publicaron los Pliegos de Condiciones que regirían la licitación que nos ocupa.

Detectado error en fecha 12 de marzo de 2020, se procedió a la rectificación del anuncio.

Suspendidos los procedimientos de licitación por la declaración del estado de alarma sanitaria en España mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo, esta licitación se suspendió hasta la adopción del acuerdo del Consejo de Ministros 25/2020, por el que con fecha 1 de junio se levantarían las suspensiones administrativas.

Con fecha 25 de mayo de 2020, se rectificó el anuncio de licitación y se pusieron a disposición los pliegos ya rectificados, anunciando que el plazo de presentación de ofertas se iniciaría el día 2 de junio y acabaría el día 6 de julio ambos de 2020.

Tercero.- El 19 de junio de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ASEJA presentado ante el órgano de contratación quien acompañó a dicho recurso 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).

Cuarto.- Este expediente se encuentra suspendido por acuerdo adoptado por el Tribunal en fecha 25 de junio de 2020.

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 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 1 de junio de 2020, e interpuesto el recurso, ante el órgano de contratación el 17 el junio de 2020, 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 dos motivos. El primero de ellos, la necesidad de haber reiniciado el cómputo de plazos de presentación de ofertas, al haber procedido a la modificación del inicial PCAP. El segundo la disconformidad con uno de los criterios de valoración establecidos en el PCAP

En cuanto al primero de los motivos, el recurrente invoca el artículo 122.1 de la LCSP, donde claramente se establece que la rectificación de los pliegos de condiciones, salvo cuando se traten de errores materiales o de hecho, conllevara la retroacción de las actuaciones.

De esta manera el recurrente considera que el error, rectificado y consistente en la relación de personal a subrogar y varios dato que allí constaban, debe considerarse error suficiente para conllevar la retracción de la actuaciones, llegando incluso a solicitar el desistimiento del procedimiento.

Por su parte el órgano de contratación considera que si bien el error no era material, la rectificación fue aprobada por la Junta de Gobierno Local el 3 de abril, no obstante con motivo de la suspensión de los procedimientos de contratación de conformidad con el RD. 463/2020, de 14 de marzo, hasta el levantamiento de estos no se ha producido la publicación de los pliegos rectificadas. Concretándose este acto el día 25 de mayo de 2020, cinco días antes de que se inicie el plazo de presentación de propuestas, por lo que desistir del procedimiento no es un acto que sea ni exigible ni consecuente con la situación real de la licitación.

El artículo 122.1 de la LCSP, persigue salvaguardar la igualdad de trato entre los licitadores y con ello dotar de suficiente publicidad cualquier cambio en los pliegos de condiciones, que extralimiten el mero error material o de hecho.

La retracción de las actuaciones, persigue por su parte que dichas modificaciones sean informadas y tratadas en la forma establecida en la legislación vigente dentro de la estructura del órgano de contratación y no obedezcan a la mera liberalidad de los servicios promotores o técnicos dependientes del órgano de contratación.

En el caso que nos ocupa, la modificación referida fue aprobada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla el 4 de abril de 2020, por lo que la estructura interna del Ayuntamiento conoció y aprobó dicha modificación.

La suspensión decretada por el RD 463/2020 de 14 de marzo y su posterior levantamiento con fecha 1 de junio, posibilitó que las modificaciones efectuadas en el PCAP por el órgano de contratación fuera publicadas con anterioridad al inicio del cómputo del plazo de presentación de ofertas, por lo que en base a estos argumentos, este Tribunal considera que el Ayuntamiento de Parla ha obrado con la suficiente diligencia y ha cumplidos con todos los requerimientos legales, por los que en consecuencia se desestima el recurso en base a este motivo.

Respecto del segundo motivo del recurso, se fundamenta en la vulneración del artículo 145.5 y 146 de la LCSP por la ausencia de una clara definición de los criterios a valorar y su falta de determinación cierta, por la ausencia del establecimiento de un umbral máximo en las mejoras previstas como criterio de adjudicación de conformidad con el artículo 145.7.

Establece el anexo I al PCAP para cada uno de los tres lotes:

“Lote 1

Número 2.

Descripción del criterio Propuesta económica destinada a proyectos de educación y divulgación ambiental.

Fórmula:

Las empresas licitadoras propondrán el importe/año para destinar a proyectos de educación ambiental y divulgación ambiental. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que mayor cantidad proponga, valorándose el resto de manera proporcional.

Ponderación: 15 puntos.

Número 3.

Descripción del criterio Propuesta económica destinada a proyectos de restauración ecológica.

Fórmula:

Las empresas licitadoras propondrán el importe/año para destinar a proyectos de restauración ecológica de la infraestructura verde periurbana. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que mayor cantidad proponga, valorándose el resto de manera proporcional.

Ponderación: 15 puntos.

Lote 2:

Número 2.

Descripción del criterio Propuesta económica destinada a proyectos de educación ambiental, divulgación ambiental y promoción/conservación colección municipal de bonsáis.

Fórmula:

Las empresas licitadoras propondrán el importe/año para destinar a proyectos de educación ambiental, divulgación ambiental y promoción/conservación colección

municipal de bonsáis. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que mayor cantidad proponga, valorándose el resto de manera proporcional

Ponderación: 15 puntos.

Número 3.

Descripción del criterio Propuesta económica destinada a proyectos de restauración ecológica.

Fórmula:

Las empresas licitadoras propondrán el importe/año para destinar a proyectos de restauración ecológica de la infraestructura verde periurbana. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que mayor cantidad proponga, valorándose el resto de manera proporcional.

Ponderación: 15 puntos.

Lote 3:

Número 2.

Descripción del criterio Propuesta económica destinada a proyectos de educación y divulgación ambiental. Fórmula La empresas licitadoras propondrán el importe/año para destinar a proyectos de educación ambiental y divulgación ambiental. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que mayor cantidad proponga, valorándose el resto de manera proporcional.

Ponderación: 15 puntos.

Número 3.

Descripción del criterio Propuesta económica destinada a proyectos de restauración ecológica.

Fórmula:

Las empresas licitadoras propondrán el importe/año para destinar a proyectos de restauración ecológica de la infraestructura verde periurbana. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta que mayor cantidad proponga, valorándose el resto de manera proporcional.

Ponderación: 15 puntos”.

Para todos ellos es común la formula, que transcribimos solo una vez, siendo suficiente a efectos de su estudio.

“La fórmula es la siguiente:

Si Ea oferta < “1% precio licitación”; $V2=0$.

Si Ea oferta = ó > “1% precio licitación”, entonces se aplica:

*$V2= (Ea \text{ oferta} * \text{ponderación}) / Ea \text{ más alto}$.*

Donde:

$V2$, es la puntuación del criterio de valoración para cada oferta.

Ea oferta, es el importe propuesto en la oferta.

Ea más alto, es el mayor importe propuesto de todas las ofertas.

En caso de una única oferta y Ea oferta = ó > “1% del precio de licitación”, no se aplicará fórmula y se concederá la máxima puntuación”.

A este respecto, el recurrente considera respecto a los citados criterios que la ley permite a los órganos de contratación que incorporen en los pliegos mejoras como criterios de adjudicación, si bien dichas mejoras han de constar suficientemente especificadas, de conformidad con el artículo 146 de la LCSP y deben estar vinculadas con el objeto del contrato, tal y como establece el art. 145.5 de la LCSP. Esta obligación legal se ve mermada en aquellos casos, como el que ahora nos ocupa, en los que el órgano de contratación no prevé en las mejoras un umbral máximo que, en caso de alcanzarse por alguna oferta, implique la atribución de la máxima puntuación.

Por su parte, el órgano de contratación alega que el establecimiento de umbrales de saciedad en el precio no es admitido en Derecho, invocando varias resoluciones de Tribunales Especiales en materia de contratación.

Vistas las alegaciones de las partes, este Tribunal al amparo de la doctrina que mantiene y que se recoge en distintas resoluciones bastando con nombrar la nº 563/2019 de 6 de noviembre que considera que *“la ausencia de límites o umbrales en las mejoras que constituyen criterios de valoración puede dar lugar a una escalada perniciosa en el ofrecimiento de mejoras que a partir de un determinado umbral resultan absolutamente inocuas e irrelevantes para el cumplimiento del objeto del contrato, distorsionando la relación calidad-precio, especialmente en aquellos*

supuestos en que su ponderación fuera muy elevada. Los Pliegos deben cerrar la puerta a que licitadores desaprensivos puedan utilizar esta falta de límites en la oferta para obtener ventajas indebidas en la valoración de su oferta, ofreciendo mejoras desproporcionadas, conscientes de que no se van a exigir en su totalidad, frente a licitadores que presentan ofertas razonables para el correcto cumplimiento de las prestaciones previstas en el contrato.

Por ello, el órgano de contratación debe establecer límites a las mejoras que reflejen un umbral que permita maximizar la prestación, pues más allá de ese umbral resultaría irrelevante para el objeto del contrato, por lo que carece de sentido primarlas, pues en otro caso se desnaturalizarían los criterios de adjudicación que no tienen otro objetivo que seleccionar la mejor oferta en su relación calidad-precio. Tampoco se han incluido criterios para determinar la temeridad de dichas mejoras”.

La LCSP en su artículo 145.7 establece la obligación de establecer límites a las mejoras cuando se establezcan como criterio de adjudicación, “En el caso de que se establezcan las mejoras como criterio de adjudicación, estas deberán estar suficientemente especificadas. Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción: los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

Procede traer a colación la doctrina del TACRC en su Resolución 169/2018, de 23 de febrero “Y en este sentido, ya se ha manifestado este Tribunal entre otras en la Resolución 426/2016, advirtiendo de “la inadmisibilidad de introducir criterios de valoración que permitan a los licitadores efectuar ofertas hipotéticas o ilusorias que no se traduzcan en una verdadera ventaja para la Administración, desvirtuando así la finalidad del procedimiento. Así se señaló, por ejemplo, en la Resolución 224/2011. En aquel caso se trataba de un contrato de servicios donde uno de los criterios de valoración era el número de horas/hombre adicionales que se ofertaban en el caso de que existieran eventos extraordinarios, habiendo ofrecido una de las licitadoras un número “ilimitado”, habiendo señalado este Tribunal: “El de la oferta presentada por (...) sería un caso límite, cuya aparente ventaja sobre otras ofertas no se utilizaría con toda probabilidad a lo largo de la vigencia del contrato (...)”.

En el caso que nos ocupa, la falta de establecimiento de un límite máximo de oferta en las mejoras transcritas, conlleva a que la fórmula propuesta resulte perniciosa y alejarse de su único fin que es la determinación de la mejor oferta relación precio-calidad, encontrándonos con ofertas inviables, pero que sin embargo ejercen una función de minusvaloración sobre aquellas lógicas y factibles.

Por todo ello, ha de estimarse este motivo de recurso anulando el PCAP para que en el caso de que al órgano de contratación le convenga mantener dichos criterios de adjudicación, los ajuste en cuanto a su enunciado y método de calificación a lo establecido en el art. 145.7 de la LCSP.

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 que regirán el procedimiento de licitación del contrato de “Servicios de gestión de infraestructura verde urbana del Ayuntamiento de Parla” número de expediente 38/19, anulando el PCAP 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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal el 25 de junio de 2020.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.