

RECURSO 57/2023
RESOLUCIÓN 75/2023

Resolución 75/2023, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa EULEN, S.A., frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valladolid de 12 de abril de 2023, por el que se adjudica el contrato de conservación y mejora de las infraestructuras verdes de las zonas centro y norte de la Ciudad de Valladolid, lote1, expediente nº. V.34/2022.

I
ANTECEDENTES

Primero.- Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valladolid de 12 de abril de 2023, se adjudica el lote nº1, "Mantenimiento y mejora de la jardinería y arbolado de la zona Centro y Contiendas", del contrato de conservación y mejora de las infraestructuras verdes de las zonas centro y norte de la Ciudad de Valladolid, expediente V.34/2022, a la empresa Actúa Servicios y Medio Ambiente, S.L.

Esta Resolución se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 13 de abril de 2023.

Segundo.- El 5 de mayo de 2023 la empresa EULEN, S.A., representada por D^a. yyy, interpone recurso especial en materia de contratación en el que alega indefensión al no haberle dado acceso a todo el expediente, del que solicita al Tribunal su traslado al amparo del artículo 52.3 de la LCSP; que la adjudicataria no ha acreditado la adscripción de medios personales y materiales recogidos en el PCAP, con infracción del artículo 150.2 LCSP; y que se han producido una serie de irregularidades en el procedimiento de adjudicación que deberían conllevar la nulidad del mismo, en particular, que no se ha solicitado subsanación de la oferta de la empresa ELAYCO y que no se ha confirmado que las memorias técnicas cumplan con lo establecido en los pliegos.

Por ello, insta que se declare la nulidad de la adjudicación del contrato y se acuerde la exclusión de la adjudicataria o, si no procediese esta exclusión,

que se declare la nulidad de la adjudicación y se retrotraigan las actuaciones al momento de valoración de las ofertas.

Tercero.- Se han recibido en el Tribunal el expediente y el informe del órgano de contratación de 12 de mayo de 2023, que se opone a la estimación del recurso.

Cuarto.- Conferido traslado del recurso a los licitadores, la empresa adjudicataria presenta alegaciones mediante escrito de 18 de mayo en las que, por las consideraciones que expone, solicita la desestimación del recurso.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto frente al acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado (16.656.731,37 euros) es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

El recurso contra la adjudicación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

3º.- A la vista de la pretensión articulada, la solución del recurso exige determinar si la adjudicación del contrato se ajusta al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido en la LCSP y normativa de desarrollo, y, en especial, al pliego de cláusulas administrativas particulares y al pliego técnico que constituyen la ley de contrato, tal como viene afirmando reiteradamente nuestra jurisprudencia.

A este respecto conviene recordar que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación.

La vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos, por lo tanto, la Administración debe efectuar la valoración de los productos ofertados por los licitadores conforme a los criterios recogidos en aquéllos. Respecto de los licitadores, la vinculación determina que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos. En este sentido, el artículo 139.1 de la LCSP dispone que "Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea".

4º.- La recurrente ha solicitado que el Tribunal le de vista del expediente para completar el recurso al amparo del artículo 52.3 de la LCSP, porque el órgano de contratación no le permitió el acceso a Memoria Técnica de la adjudicataria. Señala que "El Ayuntamiento de Valladolid le concedió el trámite y le citó para tomar vista del expediente. En lo que se refiere a la oferta del adjudicatario del LOTE 1, esto es, la oferta de ACTÚA, mi representada comprobó que en el Anexo II.A del CCP, ACTÚA no había declarado su oferta como confidencial. En concreto, en el punto 7º del citado Anexo II.A ACTÚA había señalado "NINGUNO CONFIDENCIAL". No obstante lo anterior, el órgano de contratación no permitió el acceso de mi representada a la Memoria Técnica de ACTÚA alegando que todo era confidencial (...) contraviniendo lo establecido en el artículo 133.1 LCSP".

Acerca de esta cuestión, el informe al recurso señala lo siguiente: "Ciertamente, la recurrente preguntó por este extremo y, ciertamente ACTÚA SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE S.L. en su Declaración responsable Complementaria señala en el apartado `7º.- Que a efectos de lo previsto en la cláusula 2.D del pliego tipo de cláusulas administrativas particulares para este contrato, declaro DOCUMENTOS CONFIDENCIALES los siguientes, todos ellos identificados en los propios documentos con la referencia expresa `confidencial´: No hay documentos de carácter confidencial´". No obstante, a

la vista de todas las Declaraciones Responsables Complementarias (Sobre A), a efectos de lo previsto en la cláusula 2.D del pliego tipo de cláusulas administrativas particulares para este contrato, los licitadores que a continuación se indican habían declarado confidencial la totalidad (Tabla I) o parte (Tabla II) de los documentos que integran el denominado Documento Memoria Técnica (Sobre C): (...). Tabla II: ACTUA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE S.L. E. Sistema de Control de Calidad Interna y Plan Social. (...).

» Por lo que se adopta la siguiente decisión, previa a la consulta del expediente por parte de EULEN S.A.: Admitir la declaración de confidencialidad (artículo 133 LCSP) realizada por la mayor parte de los licitadores referida a la MEMORIA TECNICA presentada en el sobre C, junto con la oferta económica (único criterio de valoración: 100 puntos), por el principio de reciprocidad, máxime al no ser objeto de valoración.

» No obstante, se respeta la voluntad de cuatro empresas que declaran no confidencial los documentos que se relacionan en la Tabla II, pudiendo ser objeto de consulta, como es el caso de ACTÚA SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE S.L.

» La recurrente consultó los documentos declarados no confidenciales en la propia Memoria por ACTUA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE S.L: E. Sistema de Control de Calidad Interna y Plan Social”.

Expuesto lo anterior, debe considerarse que, de acuerdo con lo resuelto en la STJUE de 17 de noviembre de 2022 (asunto C-54/21), “El artículo 1, apartados 1 y 3, de la Directiva 89/665/CEE (Directiva de recursos) debe interpretarse en el sentido de que, cuando al conocer de un recurso interpuesto contra una decisión de adjudicación de un contrato público se constata la obligación del poder adjudicador de comunicar al demandante información que haya sido tratada erróneamente como confidencial y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a causa de que no se divulgara esa información, tal constatación no debe llevar necesariamente a la adopción de una nueva decisión de adjudicación por ese poder adjudicador, siempre que el Derecho procesal nacional permita al órgano jurisdiccional competente adoptar, durante la sustanciación del procedimiento, medidas que restablezcan el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva o le permitan considerar que el demandante puede interponer un nuevo recurso contra la decisión de adjudicación ya adoptada. El plazo para la interposición de tal recurso no debe empezar a correr hasta el momento en que el demandante

tenga acceso a la totalidad de la información que había sido calificada como confidencial erróneamente”.

En relación con ello, el artículo 52.3 de la LCSP prevé que el órgano competente para resolver el recurso especial debe conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación cuando el órgano de contratación incumpla la obligación de poner de manifiesto al interesado el expediente, de forma previa a la interposición del recurso especial en los términos del apartado 1 del mismo artículo 52.

En el caso planteado, según informa el órgano de contratación, EULEN declaró la confidencialidad de toda la memoria técnica y la adjudicataria, pese a la aparente contradicción que se pone de manifiesto en el informe, en el propio documento de su memoria técnica que obra en el expediente solo considera no confidencial el apartado E. “Sistema de Control de Calidad Interna” y el (apartado B) “Plan Social”, de lo que se facilitó acceso a la recurrente el 25 de abril de 2023. Ello pone de manifiesto que estas licitadoras consideran que los datos de su memoria técnica no deben ser conocidos por sus competidores, a los efectos de preservar sus métodos de producción o prestación de los servicios y otros elementos que les pueden otorgar ventajas competitivas en el mercado.

De este modo, conviene recordar con la RTACRC nº 254/2020, de 20 de febrero, que “(...) la empresa recurrente (...) declaró confidencial todo el contenido de su oferta, por lo que pretender ahora acceder al contenido de un determinado documento de la empresa adjudicataria supone ir en contra de sus propios actos”.

Además, hay que tener en cuenta el carácter meramente instrumental del derecho de acceso al expediente “vinculado a la debida motivación de la resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso” (RTACRC nº 741/2018, de 31 de julio) y que la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad de determinados extremos obrantes en el expediente, “exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada ‘need to know’, necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los

documentos solicitados, lo cual no se ha hecho en el caso” (RTACRC 1476/2019 de 19 de diciembre).

En el caso examinado, la petición de acceso de EULEN se formula con carácter genérico, en relación con la memoria técnica de la adjudicataria, memoria que no es objeto de valoración, como señala expresamente el anexo III. B del cuadro de características del contrato al que se remite la cláusula 15.C.3 del PCAP. El informe de valoración de las ofertas ofrece el detalle suficiente para posibilitar la comparación de las proposiciones económicas ofertadas por las distintas empresas, determinantes de la adjudicación realizada, en base a unos datos de los que la recurrente no ha discrepado.

De acuerdo con lo expuesto, se entiende que no procede una nueva vista del expediente en la sede de este Tribunal al amparo del artículo 52.3 de la LCSP.

5º.- La segunda alegación de la recurrente se refiere a que la adjudicataria no ha acreditado la adscripción de medios personales y materiales recogidos en el PCAP, con infracción del artículo 150.2 LCSP, lo que implicaría la retirada de su oferta.

El artículo 150.2 LCSP dispone que “Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. (...).

» De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

» En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

En este supuesto, en el requerimiento de documentación que remite el órgano de contratación al adjudicatario se indica lo siguiente “los licitadores propuestos como adjudicatarios de los Lotes 1 y 2 estarán a lo dispuesto en el apartado 4.5 Mecánica operativa inicial del Pliego de Prescripciones técnicas:

» (...) Con independencia del procedimiento inicial referido en los párrafos anteriores, el adjudicatario deberá hacerse cargo desde el primer día de vigencia del contrato de la conservación y arreglos que se propongan y, a tal fin, deberá disponer de los medios, humanos y materiales que sean precisos para la realización de las labores de mantenimiento en todas las zonas objeto del contrato.

» En este sentido, la prestación de los servicios de conservación, renovación y mejora en su totalidad deberá comenzarse en los treinta días inmediatamente posteriores a la adjudicación, debiendo tener el adjudicatario, a tal efecto, la previsión necesaria, en cuanto a medios materiales y humanos se refiere, para que el mencionado comienzo en la prestación del servicio se efectúe a pleno y normal rendimiento”.

» Extremo que los licitadores propuestos como adjudicatarios en los lotes 1 y 2 acreditarán con una declaración responsable en la que se comprometan a que en dicho plazo van a contar con todos los medios personales, y materiales que se recogen en el PPT y en la memoria técnica presentada en la licitación.

» Esa declaración responsable se adjuntará al requerimiento de documentación descrito en párrafo anterior.

» Todo ello sin perjuicio de la presentación:

- antes del inicio de la prestación del servicio, de la documentación prevista en el punto 31 del PCAP, relativa a información sobre los trabajadores.

- y el día de comienzo de los trabajos, de la relación prevista en el punto 32 del PCAP relativa a maquinaria, equipos y demás medios auxiliares”.

En respuesta a este requerimiento la adjudicataria aportó el documento compromiso de disposición de medios de 27 de marzo de 2023. De este modo, como señala el informe al recurso, "el propuesto como adjudicatario ha actuado conforme al requerimiento efectuado por la secretaría de la Mesa de Contratación, y según se dispone en el punto 4.5 Mecánica operativa inicial del Pliego de Prescripciones técnicas", por lo que un eventual defecto en este punto no determinaría la exclusión de la recurrente que se pretende en el recurso. Además, no consta que el recurrente haya impugnado en este particular los pliegos por oposición a la LCSP.

6º.- Por último, el recurso se refiere a la existencia de dos irregularidades procedimentales que deberían conllevar la nulidad, una referida a la oferta de empresa distinta de la adjudicataria y la otra que no se ha confirmado que las memorias técnicas cumplan con lo establecido en los pliegos.

Sobre la primera, señala la recurrente que "la oferta de ELAYCO contenía un error, como es que los precios fijos de los servicios de limpieza y jardinería no coincidían con el precio total. Sin embargo, el órgano de contratación, en vez de solicitar aclaración a ELAYCO, decide por sí mismo que el error estaba en el precio total y, de oficio, subsana el error advertido".

El informe del órgano de contratación señala al respecto que "Ciertamente, cuando la Mesa de contratación, en acto público, procedió a la apertura la oferta económica (Sobre C) la empresa ELAYCO S.L. expresó con relación al Lote 1 un precio total de 2.746.907,83 €

-Precio Fijo Jardinería 1.937.899,26 € (...), IVA excluido (IVA 21%) importe 406.958,84 € (...).

-Precio Fijo Limpieza 484.474,81 €, (...) IVA excluido (IVA 10%) importe 48.447,48 € (...).

» Enviada la documentación al técnico para su valoración, éste aplicó la fórmula tal y como se establece en el Cuadro de Características Particulares para los Lotes 1 y 2, concretamente en su apartado L2: criterio matemático de valoración de ofertas (100 puntos) y en donde se expresa: `La fórmula se aplicará de forma separada para los trabajos por precio fijo, al que corresponderá 43,80 puntos, y los trabajos por valoración, al que

corresponderá 6,20 puntos. La valoración del precio será la suma de ambas puntuaciones´.

» Según consta en el informe técnico, emitido en fecha 9 de marzo de 2023, la valoración de las ofertas de todos los licitadores se ha realizado aplicando la fórmula de forma separada por los trabajos por precio fijo y los trabajos por valoración, respectivamente, resultando que la valoración del precio es la suma de ambas puntuaciones, es decir, en el caso que nos ocupa de ELAYCO S.L. 2.422.374,07 €

» No advirtió la Mesa ninguna necesidad de solicitar aclaración al licitador ELAYCO S.L., a la vista de que el informe técnico realizaba de forma correcta la valoración, conforme al apartado L2 del CCP: es decir, tomando los datos de forma separada para los trabajos por precio fijo, y para los trabajos por valoración.

»Asimismo, y cierto es que en el Acta de la Mesa de Contratación de fecha 10 de marzo de 2023, que el recurrente aporta como Documento nº 5, cuando se refiere a la oferta de ELAYCO S.L para el Lote 1, figura el precio 2.746.907,83 €, puesto que se ha mantenido, al igual que para el resto de licitadores, el importe del precio total que figuraba en el acta anterior (Apertura de ofertas), si bien añadiéndose la puntuación de 32.02 reflejada en el Informe Técnico de Valoración y el porcentaje del precio sometido a retribución variable por calidad lote: Puntuación: 40”.

Sobre este particular, hay que tener en cuenta que la irregularidad denunciada por la recurrente y su eventual subsanación en nada afectaría a su posición, segunda clasificada tras la adjudicataria, por lo que ninguna ventaja jurídica obtendría la recurrente de la estimación de esta pretensión, lo que permite cuestionar su legitimación, que no se puede fundar en una mera defensa de la legalidad. En relación con ello, hay que considerar a su vez que ni la empresa Elayco, clasificada en octavo lugar, ni otras licitadoras que pudieran resultar eventualmente perjudicadas, han alegado perjuicios por la actuación administrativa desarrollada en este punto.

Finalmente, también resulta improcedente anular la licitación con fundamento en la última argumentación del recurso, que considera que no se han evaluado o verificado las memorias técnicas. Esta afirmación genérica no resulta acreditada por parte de la recurrente. Como la misma señala, de acuerdo con el PCAP la memoria técnica no es objeto de valoración, sin

perjuicio de que deba contener los compromisos técnicos de la empresa para la ejecución del contrato.

Como concluye el informe del órgano de contratación, "El recurrente admitió que la memoria técnica no era objeto de valoración, cuando concurrió a la licitación. Memoria que sí ha sido evaluada en sus aspectos formales como el número de páginas, contenidos mínimos etc."

Mención a ello hace el informe de valoración de 9 de marzo de 2023 cuyo apartado 1 señala que "Es objeto del presente informe el realizar la valoración de los criterios evaluables mediante fórmula de las distintas ofertas presentadas a la licitación del contrato, *después del estudio técnico de cada una de ellas* y siguiendo los criterios establecidos en el Cuadro de Características Particulares que rigen el contrato (...)".

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 59 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación nº 57/2023, interpuesto por la empresa EULEN, S.A., frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valladolid de 12 de abril de 2023, por el que se adjudica el contrato de conservación y mejora de las infraestructuras verdes de las zonas centro y norte de la Ciudad de Valladolid, lote1, expediente V.34/2022.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k de la LJCA).