

Recurso 606/2023

Resolución 20/2024

Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 19 de enero de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U.**, contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de desbroce y limpieza de viales, parcelas no urbanizadas, cauces y de franjas cortafuegos en el municipio de Alhaurín de la Torre” (Expte. 2023 CONT-00029), convocado por el Ayuntamiento del citado municipio, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 31 de agosto de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector público y el 1 de septiembre de 2023 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 2.803.480,35 euros. Posteriormente, el 6 de septiembre de 2023 se publicó en citado perfil de contratante una rectificación de los pliegos y la ampliación del plazo para la presentación de ofertas.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El órgano de contratación, mediante resolución de 29 de noviembre de 2023, adjudica el contrato arriba referenciado a la entidad AEMA HISPÁNICA S.L. (en adelante la adjudicataria). Dicha resolución fue notificada a la recurrente el 29 de noviembre de 2023.

SEGUNDO. El 26 de diciembre de 2023 tuvo entrada, en el Registro de la Administración General del Estado dirigido a este Tribunal, el recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación del contrato, donde fue recibido el mismo día.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del escrito de impugnación, requiriéndole el expediente administrativo, y el informe sobre las alegaciones formuladas en el recurso. Lo solicitado se recibió en este Órgano el 29 de diciembre de 2023, previa reiteración.

Con fecha 8 de enero de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las licitadoras para que formulara las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de referencia, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto nos encontramos ante un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y es objeto de recurso el acuerdo de adjudicación del mismo, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2. c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso contra la resolución de adjudicación impugnada, ésta le fue notificada a la recurrente el 29 de noviembre de 2023, por lo que el recurso frente a la misma se ha interpuesto en el plazo establecida en 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1.- Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente, segunda en el orden de clasificación de las ofertas, interpone el presente recurso contra la adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, solicitando a este Tribunal que:

“1) Anule el acuerdo de adjudicación del contrato (...)

2) Declare la procedencia de la exclusión de la oferta de AEMA HISPÁNICA, S.L. al haber contravenido el PCAP en lo que se refiere a la composición mínima de la cuadrilla, y al haber incumplido las condiciones establecidas en el Convenio estatal de jardinería.

3) Subsidiariamente, ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior a las valoraciones del sobre “B” (criterios de evaluación mediante juicio de valor), a fin de que se vuelvan a valorar y revisar únicamente las



puntuaciones correspondientes del apartado 1 de los criterios sujetos a juicio de valor (“Descripción de la Organización empresarial”) y del apartado 6 (“Planes de formación de la plantilla del servicio en la materia que nos ocupa”), otorgando “0” puntos a AEMA HISPÁNICA, S.L. en ambos apartados, reduciéndose así la puntuación a 7 puntos; lo que entrañaría la exclusión de la adjudicataria, al no superar el umbral mínimo de 10 puntos, para que así el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre proceda a adjudicar la licitación a mi representada OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.”

La recurrente plantea varios motivos de recurso en su escrito de alegaciones, que finalmente resume como sigue:

“En resumidas cuentas, como hemos referido a lo largo del presente escrito, existen numerosas razones de peso para excluir la oferta de AEMA HISPÁNICA: (i) la oferta de AEMA HISPÁNICA debe ser excluida, al haber incumplido el PCAP de forma expresa y clara, al no respetar la composición mínima de la cuadrilla establecida en los pliegos: resultan necesarios 4,20 miembros de la cuadrilla (dado que el PCAP obliga a contar con un encargado con una dedicación parcial de 1,5 horas/día, lo que equivale al 20% de la jornada de cuadrilla), y la adjudicataria ofrece únicamente 4. No contemplar las 1,5 horas /día de un coordinador de cuadrilla, supone una ventaja frente al resto de licitadores de un 4,36 % en coste hora de cuadrilla. La oferta de la adjudicataria adolece de una ausencia de un proyecto de prestación del servicio: en el apartado 1 de los criterios sujetos a juicio de valor (“Descripción de la Organización empresarial”), AEMA HISPÁNICA únicamente menciona el personal asignado al contrato, no señalando cantidad de cuadrillas, ni jornada de personal, ni la existencia de personal subrogado: la ausencia de un proyecto de prestación del servicio acarrea de plano la exclusión, de acuerdo con la doctrina del TACRC (ii) AEMA HISPÁNICA incumple las condiciones establecidas en el convenio estatal de jardinería: Según las Tablas salariales del Anexo I del Convenio, el salario base mensual de un Peón en 2023 asciende a 1.097,56 € mientras que para un Oficial Administrativo se eleva a 1.370,57 €, es decir, AEMA HISPÁNICA incumplirá las funciones establecidas por el Convenio, lo que le permitirá un ahorro del 19,91% en los costes de personal al ejecutar trabajos con personal de menor categoría a la establecida por el Convenio. Subsidiariamente, para el caso que no estimen los dos pedimentos anteriores, dado que el Informe técnico de valoración adolece de una falta de motivación evidente, incurriendo en arbitrariedad, pedimos al TARCJA que analice las valoraciones y las corrija si fuera preciso, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a las valoraciones del sobre “B” (criterios de evaluación mediante juicio de valor), a fin de que se vuelvan a valorar y revisar únicamente las puntuaciones correspondientes del apartado 1 de los criterios sujetos a juicio de valor (“Descripción de la Organización empresarial”) y del apartado 6 (“Planes de formación de la plantilla del servicio en la materia que nos ocupa”), otorgando “0” puntos a AEMA HISPÁNICA, S.L. en ambos apartados, reduciéndose así la puntuación a 7 puntos; lo que entrañaría la exclusión de la adjudicataria, al no rebasar el umbral mínimo de 10 puntos, para que así el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre proceda a adjudicar la licitación a mi representada OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.”

2.- Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso solicita la desestimación del mismo por los razonamientos y motivos jurídicos que expone en el mismo y que a continuación se resumen.

Así, alega en relación con el contenido del “ANEXO IX ESTUDIO DE COSTES” del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), al que alude la recurrente en relación con la composición de las cuadrillas, que “el Ayuntamiento tiene por objeto determinar el Presupuesto Base de Licitación, con el desglose de costes, así como el Valor Estimado, del contrato de SERVICIOS, pues no se contratan cuadrillas ni personas, sino la realización de servicios de limpieza y desbroce.



Está claro que los servicios son intensivos en mano de obra y que consta un listado de subrogación. Pero la potestad de organización de los medios personales, materiales y financieros es de la licitadora, que no tiene por qué reproducir el esquema de costes del estudio municipal.

En cuanto a la oferta presentada por AEMA HISPÁNICA, en relación a su cuadrilla, no es obligación del Ayuntamiento, entrar dentro de la discrecionalidad en el diseño de la prestación a satisfacer por la empresa, del número de horas de trabajos necesarias para cumplir con la finalidad del trabajo, o si compete a peones, o auxiliares, u otra categoría de trabajador, no hay un derecho subjetivo que permite al recurrente, exigir al órgano contratante una estructura de la obligación que permita que toda la plantilla que la empresa deba subrogar o contratar, para realizar el servicio, pues lo que se contrata es el Servicio, y que el mismo se cumpla, con independencia de las tareas que desempeñe cada trabajador, subrogado o de nueva creación por la empresa”.

Asimismo, entiende que “Considerando que no se ha vulnerado lo dispuesto en el PCAP, y que en cuanto a la alegación de que no se ha presentado pro AEMA HISPANICA un proyecto de prestación de servicios, dicho proyecto no se exige en la presente licitación, lo que no puede considerarse que vulnera los requisitos mínimos del pliego, tal así que consideraba la recurrente que debiera de presentarse un proyecto de prestación de servicios, o que era necesario para la presente licitación, tendría que haber recurrido los pliegos en tiempo y forma, y no haber esperado a la finalización del proceso, para alegar dicho motivo, intentado ahora beneficiarse de los pliegos que indirectamente atada, como la posible adjudicataria, además de que solicita la anulación del acuerdo de adjudicación lo que es flagrantemente contraria al venire contra factum proprio y al principio de buena fe.”

En cuanto a la falta de motivación del informe técnico, partiendo de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, afirma que “La recurrente no ha probado los errores en los que incurre el informe técnico sobre la puntuación de juicio de valor, sino que únicamente procede a realizar su puntuación, en interés propio, a efectos de obtener una puntuación menos del 50% y poder excluir así a la empresa licitadora, pero en ningún caso, se justifica ni se motiva la puntuación que considera otorgar, además de no ser ajustada sino que debe de otorgarle dicha puntuación, para que pueda excluir a la licitadora AEMA HISPÁNICA; ya que como se puede observar del expediente así como de las alegaciones del propio recurso, la única opción para que pueda ser adjudicataria del contrato la recurrente, es eliminando a la entidad licitadora en la fase de los juicios de valor, pues por la puntuación otorgada en la oferta económica, con una distancia de más de 15 puntos, con OHL-INGESAN, si no se excluyera de los juicios valor, no tendría posibilidad alguna de obtener la adjudicación de la licitación, no siendo motivo suficiente las argumentaciones dadas para excluir de la licitación a una empresa licitadora, como bien se sabe es actualmente aplicable una doctrina más permisiva, y no excluyente.

Considerando que no se aprecian errores materiales o arbitrariedades en el informe técnico, que supongan el uso desviado de las potestades administrativas, ya que el informe contiene suficiente motivación, y que figura una detallada puntuación otorgada en cada uno de los ítems, y se ha analizado correctamente cada uno de los ítems que debe analizarse para la puntuación total de los criterios sometidos a juicio de valor, no debe sustituirse en ningún caso el criterio de la entidad contratante con la valoración que pretende hacer de forma unilateral la recurrente, simplemente por no ser acorde a su interés, ya que la valoración realizada por el técnico, y la puntuación otorgada es cuanto menos razonable de acuerdo con los criterios de los pliegos que rigen de la licitación.”

Sobre el incumplimiento del convenio colectivo aplicable por parte de la oferta de la adjudicataria, entiende que “los costes tenidos en cuenta por la entidad licitadora para proceder a realizar su oferta es una cuestión que el órgano contratante no debe de valorar como motivo para dar la puntuación de los criterios automáticos, sino que en su caso, una vez adjudicado el contrato, y en la fase de ejecución del Servicio, si se producen errores, o imposibilidad en la ejecución del mismo, el órgano de contratación, a través de la figura del responsable del



contrato, realizará sus funciones de policía, y comprobará como bien argumenta la recurrente, que en virtud de lo recogido en el art. 201 LCSP, la empresa adjudicataria y prestadora del servicio cumple con sus obligaciones, sociales, medioambientales o laborales, en la ejecución del contrato, pero es consecuencia de la relación contractual, entre la administración y la entidad contratista y de las obligaciones de la ejecución del contrato, no como motivo de exclusión o de puntuación de la oferta a la empresa licitadora.”

Por último, pone de manifiesto que la recurrente ha actuado con mala fe al mencionar que “OHL INGESAN, la recurrente, es la actual empresa prestadora del servicio lo que conlleva poder seguir prestando el servicio, ante la interposición del recurso, y con ello seguir obteniendo los correspondientes ingresos, a pesar de encontrarnos con un contrato vencido y prorrogado por la necesidad del servicio, mientras no se resuelva el correspondiente recurso. Por tanto, la única beneficiaria de la situación de demora producido por la interposición del recurso, es la recurrente, quien ha basado su recurso en alegaciones no probadas y carentes de fundamentación, así como tardías, ya que debieran de haber sido recurridas con anterioridad, como ya hemos expuesto en el cuerpo de este escrito.”

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede el análisis de la controversia que se circunscribe a determinar si la adjudicación del contrato es conforme a derecho.

Procede analizar, en primer lugar, la pretensión principal de la recurrente, que, como se ha expuesto, es la anulación del acuerdo de adjudicación para que se proceda a la exclusión de la adjudicataria por haber incumplido el PCAP en cuanto a la composición de las cuadrillas necesarias para la prestación del servicio, y a las condiciones establecidas en el convenio estatal de jardinería.

Así, la recurrente mantiene que de lo dispuesto en los apartados 1.7 y 3 del anexo IX del PCAP, que recoge el estudio de costes realizado por el órgano de contratación “se desprende que la cuadrilla debe estar formada por 1 Oficial jardinero/conductor + 1 Auxiliar jardinero + 2 Peones de Jardinería (quienes conformarían los 4 operarios), y por 1 Encargado con una dedicación parcial del 20% de la jornada de cuadrilla, establecida con la cantidad de 1,5 h/día (o lo que es lo mismo, “0,20” de encargado). En efecto, si dividimos 1,5 h/día por 7,25 h/día de los restantes trabajadores, resulta la cantidad de 0,20. Si a ese 0,20 se adicionan los restantes cuatro trabajadores, pues devienen necesarios 4,20 miembros de la cuadrilla, y la adjudicataria ofrece únicamente 4.”

No obstante, es en el apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) donde se dispone cual debe ser la composición de las cuadrillas:

“2. CUADRILLAS:

Todos los trabajos se realizarán con cuadrillas compuestas de 4 operarios dotados de los medios mecánicos adecuados para cada zona, así como vehículos apropiados y herramientas de extinción de incendios.”.

En definitiva, el PPT deja claro que las cuadrillas han de estar formadas por cuatro operarios, entendiendo por tales, trabajadores que realizan trabajos manuales para los que necesitan los medios mecánicos, los vehículos y las herramientas que refiere el PPT.

De hecho, conforme a ello realiza el estudio de costes el órgano de contratación, calculando el coste de cada cuadrilla considerando que esta está formada por 1 oficial jardinero/conductor, 1 auxiliar jardinero, y 2 peones de jardinería, pues ha de entenderse que el encargado de jardinería realiza funciones de coordinación de la cuadrilla sin ser operario de la misma, conforme a lo dispuesto en el PPT.



Así, lo recoge en el citado anexo IX del PCAP, al indicar en el apartado 1.7 del mismo que “Se ha considerado que los servicios (limpieza y desbroce manual o mecanizado mediante tractor o similar, incluyendo recogida y de restos y traslado a vertedero) se desarrollarán mediante cuadrillas (conjunto organizado de personas adecuadamente equipadas que realizan un trabajo o llevan a cabo una actividad determinada, compuesta por 4 operarios y dotada de medios manuales y mecánicos adecuados a las tareas de cada zona, vehículo apropiado (TT) y herramientas de extinción de incendios) y coordinados por un encargado.”

Pues bien, entre la documentación remitida por el órgano de contratación a este Tribunal se encuentra la aportada por la adjudicataria en el sobre B, que conforme al anexo II “MODELO DE OFERTA DE CRITERIOS SUJETOS A JUICIO DE VALOR”, incluye una memoria con el contenido requerido en el apartado 19.4 del anexo I del PCAP:

“• Descripción de la Organización empresarial

- Relación de operaciones y labores a realizar.
- Calendario donde se reflejen todas las labores a realizar.
- Detalle de los productos a utilizar (abonos, fitosanitarios, etc.). Tendrán mejor puntuación aquellos productos que sean más respetuosos con el medio ambiente.
- Medidas de protección.
- Planes de formación de la plantilla del servicio en la materia que nos ocupa.
- Maquinaria, equipos y vehículos que se adscribirán voluntariamente al contrato.
- Vehículos que se adscribirán voluntariamente al contrato.
- Descripción de la gestión de los residuos de poda y otro tipo de residuos resultantes de la ejecución de las labores a realizar.
- Procedimientos de control, gestión de calidad y comunicación con el Ayuntamiento”

Dicho documento, conforme al apartado 9 del mismo anexo, es, además, el programa de trabajo de presentación obligatoria:

“9. Programa de trabajo. (Cláusula 40)

9.1. Obligación de presentar un programa de trabajo: Sí (artículo 198 RGLCAP), considerándose que se corresponde con el documento que recoge los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.”

Y ello, por cuanto la recurrente alega que la oferta de la adjudicataria adolece de una ausencia de proyecto de prestación del servicio y el órgano de contratación mantiene que dicho proyecto no se exige en la licitación, cuando de lo expuesto se constata su exigencia y la presentación del mismo por la adjudicataria, sin prejuzgar su contenido ni cuestionar la valoración otorgada, puesto que ello se plantea en el recurso especial como pretensión subsidiaria, que se analizará en el supuesto de que se desestime la principal.

Así, es en la página 3 de la citada memoria donde la adjudicataria indica la composición de las cuadrillas que oferta:

“Se formarán cuadrillas perfectamente equipadas para la realización de los trabajos que estarán formadas por las siguientes categorías:

1 Encargado

1 Oficial jardinero/conductor

1 Auxiliar jardinero

1 Peón jardinero”



En consecuencia, la oferta de la adjudicataria incumple los pliegos en cuanto a la composición de la cuadrilla al ofertar cuadrillas formadas por 3 operarios, pues conforme a lo expuesto, el PPT exige que estas estén formadas por 4 operarios, sin que el encargado pueda considerarse un operario.

A ello se ha de añadir, que, conforme a lo expuesto en la memoria aportada por la adjudicataria, el peón jardinero tendrá las siguientes funciones:

“Realización de pagos, gestión de bajas e incidencias laborales. Gestionar partes de accidentes laborales. Dar respuestas sobre dudas de pagos, libranzas, vacaciones al personal objeto del contrato.”

Por tanto, aunque la adjudicataria contratara a la persona que realice dichas funciones como peón jardinero, y con independencia de que cumpla o no el convenio estatal de jardinería, al no realizar funciones de operario la capacidad operativa de la cuadrilla prevista por el órgano de contratación en los pliegos se vería aún más mermada, incumpliendo igualmente los pliegos, pues el peón jardinero ofertado tampoco realizaría las funciones de operario.

En definitiva, procede estimar la pretensión principal de la recurrente, y con ello el recurso especial, anulando el acuerdo de adjudicación, con retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas para que se proceda a la exclusión de la adjudicataria por incumplimiento de los pliegos que rigen la contratación; con continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U.**, contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de desbroce y limpieza de viales, parcelas no urbanizadas, cauces y de franjas cortafuegos en el municipio de Alhaurín de la Torre” (Expte. 2023 CONT-00029), convocado por el Ayuntamiento del citado municipio, este Tribunal, y, en consecuencia, anular el acto impugnado a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

