SALIDA
JUNTA DE ANDALUCIA
CONSEJERIA DE HACIENDA Y ADMINISTRACION PUBLICA
23 ABR. 2014
Registro Auxiliar
Tribunal Administrativo
de Recursos Contractuales
904

AYUNTAMIENTO DE UTRERA
Pza. de Gibaxa, 1
41710 (UTRERA)

Fecha: 23 de abril 2014
Ref: LRC/ss
Asunto: Rtdo. Resolución Tribunal 91/2014
Recurso Tribunal 215/2013

Se adjunta resolución 91/2014, de 23 de abril de 2014, de este Tribunal por la que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALJARAFE MEDIO AMBIENTE, S.L.** contra la resolución declarando desierta la adjudicación del contrato denominado "Servicio integral de mantenimiento, conservación y reparación del Parque V Centenario" licitado por el Ayuntamiento de Utrera (Sevilla), (Expte SV 08/2013).

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Lourdes Ruiz-Cabello Jiménez

JUNTA DE ANDALUCIA
Consejería de Hacienda y Administración Pública
TRIBUNAL ADMVO. DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso 215/2013
Resolución 91/2014

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

Sevilla, 23 de abril de 2014

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALJARAFE MEDIO AMBIENTE, S.L.** contra la resolución declarando desierta la adjudicación del contrato denominado "Servicio integral de mantenimiento, conservación y reparación del Parque V Centenario" licitado por el Ayuntamiento de Utrera (Sevilla), (Expte SV 08/2013), este Tribunal, en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de agosto de 2013, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla nº 198 anuncio para la licitación pública del contrato de servicios denominado "Servicio integral de mantenimiento, conservación y reparación del Parque V Centenario" licitado por el Ayuntamiento de Utrera (Sevilla)..

El valor estimado del citado contrato es de 254.885,30 euros

SEGUNDO. El 13 de noviembre de 2013, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALJARAFE MEDIO AMBIENTE, S.L.** contra la resolución declarando desierta la adjudicación del citado contrato.

Dicho recurso fue remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, teniendo entrada en el Registro del mismo el 18 noviembre de 2013, junto al expediente de contratación y el informe sobre el recurso.

TERCERO. Mediante escritos de 18 de diciembre de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores en el procedimiento de adjudicación del contrato, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo AGRORUBSAN, S.L.

CUARTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La primera cuestión a analizar es la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso especial en materia de contratación.

El artículo 41.4 del TRLCSP establece, con relación al órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, que

Corporaciones Locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, que *"la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito".*

El Decreto 332/2011, de 2 de noviembre de 2011, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su artículo 10, establece que las entidades locales andaluzas y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas podrán crear órganos propios especializados e independientes para resolver dichos recursos o bien, atribuir dicha competencia a este Tribunal, mediante convenio suscrito con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.

El 26 de noviembre de 2013, fue suscrito convenio entre el Ayuntamiento de Utrera y la Consejería de Hacienda y Administración Pública a efectos de atribuir la competencia a este Tribunal para resolver los recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad.

SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

En efecto, el contrato en cuestión es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.a) del TRLCSP .

Visto lo anterior, procede determinar si la actuación impugnada en el recurso se corresponde con alguno de los actos que el artículo 40.2 del TRLCSP considera susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

El acto impugnado es la declaración de desierto del contrato, sin que dicho acto se recoja expresamente entre los actos que el artículo 40.2 del TRLCSP enumera como recurribles.

A este respecto, y a la luz del principio favor acti, debemos señalar que si bien el acto expresamente recurrido es la resolución por la que se declara desierta la licitación, lo cierto es que tal declaración no es sino la consecuencia necesaria, legalmente establecida, de la exclusión o rechazo de todas las ofertas de los licitadores. Efectivamente tal y como establece el artículo 151.3 TRLSP "*No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego*".

En relación con lo anterior, el artículo 22 g) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, al regular las funciones de la mesa de contratación, previene que "*En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación*".

En consecuencia, la declaración de desierto se configura como el trasunto de la adjudicación en el caso de que no exista ninguna oferta admisible, siendo por

tanto susceptible de recurso especial en virtud del artículo 40.2. c) del TRLCSP, como ya señaló el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 35/2012, de 28 de marzo y 14/2013, de 30 de enero, cuyo criterio comparte este Tribunal.

CUARTO.- Respecto del plazo para el ejercicio de la acción, como es sabido 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 151.4.* (...)", precepto que a su vez se refiere a la forma de notificar la adjudicación de los contratos.

Como ya hemos señalado, al tratarse el acto recurrido de un acto asimilable a la adjudicación en tanto en cuanto pone fin al procedimiento de contratación, a efectos de interposición del recurso, el día inicial del cómputo del plazo no se contempla en ninguno de los apartados del artículo 44.2 del TRLCSP, planteándose si debe acudirse al sistema específico de las adjudicaciones o al sistema general previsto en la LRJ-PAC.

Debe tenerse en cuenta que el establecimiento en la legislación contractual, en relación con el recurso especial contra los actos de adjudicación, de un sistema de cómputo del plazo ajeno a nuestro tradicional criterio de la actio nata,- esto es que las acciones pueden ejercitarse solo a partir del conocimiento del acto contra el que se dirigen- encuentra su fundamento, tal y como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, relativo al proyecto de Ley de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, en permitir *"garantizar la simultaneidad de las notificaciones, lo que tiene importancia a efectos de la eventual interposición del recurso especial y de la ulterior formalización del contrato, ya que garantiza que, respecto de todos los*

licitadores y candidatos, se ha respetado el plazo mínimo exigido en la ley al ser único para todos ellos el dies a quo."

Dado que en este caso, como es obvio, no procede la formalización del contrato, al no haber ofertas admisibles, es claro que la prevención establecida en el artículo 44.2 del TRLCSP, carece de fundamento, debiendo considerarse, en virtud del principio favor acti y del derecho de defensa, que en este caso rige el sistema general de cómputo del plazo, que comienza desde el día en que se recibió la notificación, en concreto el día 30 de octubre de 2013, habiendo siendo presentado el recurso el día 13 del noviembre y por tanto en plazo.

QUINTO.- En cuanto al fondo del recurso, son dos las cuestiones que rebate la recurrente en relación al informe emitido por los servicios técnicos municipales el 3 de octubre de 2013 y que determinó que su oferta y la de la otra empresa admitida a la licitación, AGRORUBSAN, S.L., fueran excluidas y en consecuencia se declarara desierto el contrato. Estas son:

1. El punto 2.3 del citado informe, relativo a la dotación de personal propuesto por la recurrente, indica que no cumple con el requisito de dotación mínima de personal que exige el PPT y frente a ello la recurrente alega que cuenta con personal suficiente para cubrir las horas de permanencia en el parque prescritas y además indicaba expresamente en su oferta que se comprometía a cumplir el PPT.
2. El punto 4.2 del citado informe en relación a las mejoras propuestas por la recurrente indica que no se pueden valorar las mejoras propuestas para los cuatro años, incluido el período de dos años de prórroga del contrato, pues debería haberse propuesto un calendario de actuaciones y además, solo serían valorables las mejoras de los dos primeros años. Frente a ello la recurrente alega que esto no puede ser causa de exclusión, sino de que se le valoren las mejoras de acuerdo con lo que oferta.

Por su parte, el órgano de contratación se reitera en el informe emitido por los técnicos municipales en relación a la valoración de las ofertas de las dos empresas licitadoras.

La otra empresa admitida a la licitación AGRORUBSAN, S.L. hace alegaciones en relación al recurso interpuesto por ALJARAFE MEDIO AMBIENTE, S.L., indicando que en caso de estimarse el recurso deberá hacerse también una valoración de su oferta puesto que las dos empresas fueron excluidas por las mismas razones: por no tener personal suficiente para la prestación del servicio así como por no estar detalladas las mejoras ofertadas.

Para abordar la cuestión planteada es necesario partir de las previsiones del PCAP en cuanto a los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicio de valor que son objeto del citado informe técnico, el cual dio lugar a la propuesta de exclusión de las dos licitadoras y consecuente declaración de desierto del contrato.

El Anexo III recoge la documentación relativa a los criterios de adjudicación cuantificables mediante juicio de valor indicando:

<<Incluirá Memoria Técnica en la que se desglose y justifique la oferta del licitador en relación con los criterios cuya valoración exige un previo juicio de valor, dicha Memoria Técnica deberá presentarse, en un documento encuadernado con un índice de documentos.
La Memoria Técnica tendrá los siguientes apartados:

1. Mejoras comprometidas por el licitador, consistentes en unidades de obra que mejoren el servicio en el Parque del V Centenario y zonas anexas (hasta 20 puntos).
   Se trata de mejoras adicionales encaminadas a la subsanación o mejora del espacio objeto del contrato, siendo imprescindible el estudio, descripción y

valoración económica de cada una de las unidades de obra, elementos o labores propuestas como mejora así como su justificación técnica, idoneidad, ubicación y temporalidad de las mismas.

Se valorarán exclusivamente las mejoras que, no suponiendo contraprestación económica para el Ayuntamiento de Utrera, estén relacionadas, exclusivamente, con las siguientes materias (labores de mantenimiento y conservación de mobiliario urbano, seguridad en áreas de juego, sobre plantación de arbolado....etc)

2. Diagnóstico de la situación actual (hasta 9 puntos)
3. Organización técnica del servicio (hasta 8 puntos)
4. Estudio de costes (hasta 5 puntos)
5. Programas de gestión de las labores (hasta 4 puntos)
6. Gestión de la calidad y ambiental del servicio (hasta 4 puntos)>>

Empezando por la primera alegación de la recurrente relativa a su exclusión por falta de la dotación mínima de personal exigida por el PPT, hay que señalar que en el informe técnico de valoración se indica lo siguiente:

<< 2. DESCRIPCIÓN DE LAS OFERTAS

Nos centraremos en primer lugar en el capítulo relativo a la dotación de personal puesto que entendemos que son motivo de incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas, que establece en el punto 6 lo siguiente:

"6. DOTACION DE PERSONAL

La mano de obra MINIMA (incluyendo sustitución en vacaciones y absentismo) para desarrollar el contrato será de tres operarios diarios los 365 días del año.

De forma permanente habrá al menos un operario durante el horario de apertura del parque:

- Horario de invierno (de octubre a marzo): De 8:00 horas a 23:00 horas
- Horario de verano (de abril a septiembre): De 8:00 horas a 24:00 horas

El contrato incluirá la parte proporcional de personal de control de los trabajos (Encargado), así como los medios de transporte de personal, carga de materiales, maquinaria variada, materiales de jardinería, etc. "

Y respecto a la valoración de la oferta de la recurrente en este apartado, el citado informe indica:

<<En el capítulo 3 establece la organización técnica del servicio en lo referente al personal de la contrata.

Dentro de la estructura técnica de la empresa se establece como personal de oficios a un oficial, un ayudante y un peón jardinero con una jornada anual de 1.700 horas/trabajador.

Tenemos que anualmente se dispondrán de 5.100 horas efectivas de trabajo más la parte proporcional de vacaciones (1.700/48x4= 142 horas), con lo que habría que añadir 142x3= 426 horas, haciendo un total de 5.526 horas de trabajo efectivo.

En el PPT se establece que habrá de forma permanente 1 operario en el horario de apertura del parque. Esto supone 5.657,50 horas anuales de trabajo efectivo en el interior del parque, con lo que ni tan siquiera se cuenta con la dotación mínima para cubrir este requisito.

Además suponiendo que con este personal se cubriera el horario de apertura del parque no se cuenta con personal adicional para el mantenimiento de las zonas aledañas.

Por tanto en base a la documentación aportada por la empresa ALJARAFE MEDIO AMBIENTE S.L. no se cumple el requisito de dotación mínima personal establecida>>

Como se ha indicado, el Anexo III del PCAP recoge, como uno de los criterios de adjudicación, la "organización técnica del servicio" valorable con hasta 8 puntos, indicado que "se otorgará la máxima puntuación a la oferta que presente una organización técnica del servicio más acorde con la prestación a realizar y el resto se valorará de manera proporcional. Se exigirá una estructura organizativa justificada de los medios técnicos y operativos para que este apartado sea objeto de valoración".

La empresa recurrente en su oferta técnica presentó, respecto a este criterio de adjudicación relativo a la organización técnica del servicio, una memoria detallada con los siguientes apartados:

- Estructura técnica
- Formación del personal
- Servicio médico
- Contratación de personal
- Organización de prevención de la empresa

Y dentro del apartado relativo a la estructura técnica recoge el siguiente personal:

- Director sel servicio de empresa (264 horas)
- Ingeniero técnico agrícola (tiempo parcial)
- Técnico de apoyo especialista en sistemas hidráulicos (tiempo parcial)
- Responsable de seguridad y salud, calidad y gestión medioambiental
- Personal de oficio:

  - Oficial jardinero/jefe de equipo (1.700 horas)
  - Auxiliar jardinero (1.700 horas)
  - Peón jardinero (1.700 horas)

Añadiendo que:

"El personal tendrá un horario acorde con las necesidades del Ayuntamiento. Los períodos vacacionales, de ausencia por enfermedad, permisos, cursos de perfeccionamiento, etc. ALAJARAFE MEDIO AMBIENTE sustituirá a dicho personal por otros trabajadores de igual o similar cualificación profesional.

Los días festivos, que sean necesarios, se aportará personal, así como se reforzará la plantilla el día siguiente a los festivos, para volver a dejar en las mejores condiciones las zonas a mantener en el servicio.

Habrá un encargado siempre de guardia (24 h) que irá con el personal necesario para solucionar los problemas ocasionados en las zonas a mantener.

En todo momento nos comprometemos a cumplir el Pliego de Prescripciones Técnicas"

Por tanto, en su oferta, la recurrente presenta la organización técnica del servicio que estima más acorde con la prestación a realizar y una estructura organizativa justificada de los medios técnicos y operativos, que es lo que exige el citado Anexo III del PCAP para valorar dicho criterio con un máximo de hasta 8 puntos. Pero además indica expresamente que se cumplirá con el PPT y en otro apartado prevé la contratación de personal, así como las condiciones para llevar a cabo dicha contratación.

El informe técnico en que se basa la mesa de contratación para excluir la oferta de la recurrente, estima que ésta no cuenta con la dotación mínima del personal exigida en el PPT, pero tal y como se ha expuesto, el recurrente sí indica claramente que cumplirá con las exigencias del PPT y en su oferta técnica, en el apartado relativo al criterio de adjudicación respecto a la organización técnica del servicio, lo que hace es exponer ésta de acuerdo con el criterio de valoración que recoge el PCAP.

Por ello, aunque de la organización del servicio propuesta en su oferta se dedujera que no cumple con la dotación mínima de personal que señala el PPT, tal y como entiende el órgano de contratación, sin embargo ello no puede ser causa de exclusión de la oferta puesto que ésta indica claramente que cumplirá el PPT y prevé asimismo la contratación de personal adicional.

La organización técnica del servicio se establece en el PCAP como criterio de adjudicación y el recurrente en cumplimiento de ello, presenta una Memoria

con la organización del servicio que propone y además señalando de manera expresa que cumplirá con las exigencias del PPT, por lo que dicho criterio deberá ser valorado conforme a lo indicado en el Anexo III del PCAP, pero no puede excluirse su oferta en base a que de la organización del servicio propuesta se entienda que no se cubren las 5.657,50 horas anuales de trabajo efectivo en el interior del parque, que según el informe serían necesarias, aunque no se indique así expresamente en el PPT, puesto que éste se limita a indicar que la mano de obra MINIMA (incluyendo sustitución en vacaciones y absentismo) para desarrollar el contrato será de tres operarios diarios los 365 días del año y de forma permanente habrá al menos un operario durante el horario de apertura del parque y la empresa recurrente expone cómo va a organizar el servicio y el personal con que cuenta para ello, indicando que cumplirá en todo caso con la exigencias del PPT y además prevé la contratación de personal.

En reiteradas resoluciones de este Tribunal, como las Resoluciones 87/2012, de 25 de septiembre, 107/2012, de 11 de noviembre y 120/2012, de 13 de diciembre, se indicaba que la doctrina de la discrecionalidad técnica ha sido asumida plenamente por los distintos Tribunales Administrativos de Contratos Públicos, y se citaba, entre otras, la Resolución 33/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la que se manifestaba que *"es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que*

finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración."

En este caso, la exclusión de la oferta de la recurrente en base a cómo presenta la organización del servicio, criterio cuantificable mediante juicio de valor, cuando se indica expresamente que cumplirá con las exigencias del PPT, rebasa los límites de la discrecionalidad técnica e incurre en error, puesto que del análisis de la oferta de la recurrente no se desprende, a juicio de este Tribunal, que se vaya a incumplir lo establecido en el PPT en cuanto a la dotación mínima de personal a adscribir al servicio , por lo que debe ser estimada la pretensión de la recurrente en este aspecto.

SEXTO: La otra alegación del recurrente va referida a las mejoras propuestas, que no se le han valorado al proponerse para cuatro años incluido el período de dos años de prórroga del contrato y considerar el órgano de contratación que, para ser ponderadas, debería haber propuesto un calendario de actuaciones y solo serían valorables las de los dos primeros años.

Frente a ello, la recurrente alega que esto no puede ser causa de exclusión, sino de que se le valoren las mejoras de acuerdo con lo que oferta y los criterios que recoge el Anexo III del PCAP, donde se indica :<<< Mejoras comprometidas por el licitador, consistentes en unidades de obra que mejoren el servicio en el Parque del V Centenario y zonas anexas (hasta 20 puntos).

Se trata de mejoras adicionales encaminadas a la subsanación o mejora del espacio objeto del contrato, siendo imprescindible el estudio, descripción y valoración económica de cada una de las unidades de obra, elementos o labores propuestas como mejora así como su justificación técnica, idoneidad, ubicación y temporalidad de las mismas. Se valorarán exclusivamente las mejoras que, no suponiendo contraprestación económica para el Ayuntamiento de Utrera, estén relacionadas, exclusivamente, con las

siguientes materias (labores de mantenimiento y conservación de mobiliario urbano, seguridad en áreas de juego, sobre plantación de arbolado....etc)>>

La empresa recurrente expuso de forma detallada las mejoras propuestas, cuantificando las mismas en un total de 70.846,28 €, e indicando que se repartirían entre los dos años del contrato y los dos años de prórroga, pero especificando que representan unas mejoras anuales de 17.711,57 €.

Por tanto, el hecho de que fije la cuantía total de las mejoras incluido el período de prórroga no puede ser causa de exclusión o de no valoración de las mismas, en tanto en la propia oferta se indica el importe anual de éstas.

El informe técnico indica que, en todo caso, para valorar las mismas sería necesario un calendario de actuaciones, sin embargo dicho requisito no se exige en el PCAP a la hora de establecer este criterio de valoración, por lo que no es motivación suficiente para la no valoración de dichas mejoras y menos para la exclusión de la oferta de la recurrente, por lo que dicha pretensión también debe ser estimada.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha,

RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALJARAFE MEDIO AMBIENTE, S.L.** contra la resolución declarando desierta la adjudicación del contrato denominado "Servicio integral de mantenimiento, conservación y reparación del Parque V Centenario" licitado por el Ayuntamiento de Utrera (Sevilla), (Expte SV 08/2013), debiendo

retrotraerse el procedimiento de adjudicación al momento de valoración de ofertas de las dos empresas licitadoras, de acuerdo con lo indicado en la presente resolución.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA PRESIDENTA