



Recurso nº 1173/2016 C. Valenciana 210/2016

Resolución nº 72/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 20 de enero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.A.S., en representación de la mercantil URBASER, S.A., contra la resolución de adjudicación de fecha 16 de noviembre de 2016, del procedimiento "*Servicio de limpieza y mantenimiento de las zonas verdes del municipio de Almussafes*" Expte.: SEC-cma 03-2016, convocado por el Ayuntamiento de Almussafes; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Almussafes (Valencia), -en lo sucesivo, el Ayuntamiento o el órgano de contratación-, convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, los días 6 y 9 de abril de 2016, respectivamente, licitación para contratar, por procedimiento abierto, el servicio de limpieza y mantenimiento de las zonas verdes. El valor estimado del contrato se cifra en 1.238.698,98 euros y el presupuesto de licitación anual (sin IVA) es de 412.899,66 euros. Fueron admitidas 14 ofertas, entre ellas la de la empresa recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en lo sucesivo), así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato de servicios (CPV 77311000) se clasifica en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP.



Tercero. Tras los trámites oportunos previos, el 17 de junio de 2016 se procedió a la apertura de los sobres nº 3 y lectura de las proposiciones económicas, apreciándose que la oferta de CESPA COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. (en lo sucesivo, CESPA), incurría en presunción de temeridad al resultar un 19,80% por debajo de la media (y un 19,16% por debajo de la media de referencia, una vez excluida del cómputo la oferta más elevada, por superar en más del 10% la media inicial).

Concedido el trámite de audiencia previsto en el artículo 152 del TRLCSP, al no considerarse justificado el precio ofertado, se acordó la exclusión de la oferta de esta empresa y la adjudicación del contrato a URBASER.

Contra este acuerdo se interpuso recurso especial en materia de contratación por parte de CESPA, recurso nº 781/2016, que concluyó por resolución nº 749/2016, de 23 de septiembre de 2016, que previa estimación de la pretensión de la actora, ordenaba la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, entre las que se debía incluir también la presentada por la recurrente.

Cuarto. En ejecución de esta ahora citada resolución del Tribunal, la Alcaldía de Almussafes dictó la resolución de 16 de noviembre de 2016, a través de la cual se acordaba la adjudicación del contrato a CESPA, siendo contra esta resolución frente a la que URBASER interpone el presente recurso especial en materia de contratación.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe, de fecha 15 de diciembre de 2016.

De conformidad también con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, habiendo presentado las mismas la empresa CESPA por escrito de fecha 22 de diciembre de 2016.

Sexto. La Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, en su reunión del día 22 de diciembre de 2016 acordó mantener la suspensión automática del expediente de



contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma, que según lo previsto en el artículo 47 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio de Colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 17 de abril de 2013 por Resolución de la Subsecretaría de 10 de abril de 2013.

Segundo. El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, y por tanto susceptible de este recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40, apartados 1 y 2 del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la empresa recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación que, de prosperar su recurso, podría resultar adjudicataria.

Cuarto. En la interposición del recurso se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso se refiere, son planteadas por el recurrente dos tipos de alegaciones:

- Incumplimiento de la oferta de CESPAS de los requisitos técnicos mínimos exigidos por los pliegos de condiciones, suponiendo esto una vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores.
- Propuesta de exclusión de CESPAS por no disponer de las habilitaciones profesionales exigibles para la ejecución del contrato, suponiendo este incumplimiento ausencia de capacidad de obrar de esta mercantil.



Con fundamento en estas dos alegaciones, solicita el recurrente que se ordene la exclusión del procedimiento de la mercantil CESPA por los incumplimientos acreditados de su propuesta técnica, de modo que a continuación se dicte por el órgano de contratación resolución de adjudicación a favor de URBASER, al resultar realmente su propuesta la oferta económicamente más ventajosa de conformidad con la clasificación final de licitadores realizada por la mesa de contratación.

Sexto. Siguiendo el orden marcado por la recurrente URBASER en su escrito de recurso, comenzaremos primeramente por los incumplimientos del pliego que este imputa a la oferta de CESPA, debiéndose destacar primeramente que, por parte de URBASER se realiza una exhaustivo análisis de la normativa y de la doctrina de este Tribunal relativa a que los pliegos son la “ley del contrato”, de modo tal que el incumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en los pliegos conlleva inexcusablemente la exclusión de aquella oferta que incurra en él mismo.

Siguiendo el orden establecido en el escrito del recurso, el primer incumplimiento que se imputa a la oferta de CESPA, es el de que se propone para el desarrollo de los tratamientos fitosanitarios la incorporación de un tanque de pulverización de 400 litros de capacidad, cuando el pliego exige que el tanque tenga una capacidad mínima de 700 litros. Sobre este alegación, el órgano de contratación manifiesta que la misma no se consideró bastante para la exclusión de la empresa, al no afectar a las características y condiciones esenciales de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, no pudiéndose considerar por tanto una incidencia tal en la adjudicación que contraviniera los principios fundamentales de la contratación.

Por parte de este Tribunal se ha analizado el pliego de prescripciones técnicas (PPT, en lo sucesivo) en este apartado en concreto relativo a los medios técnicos, el apartado 5.2.2., que transcribe el recurrente en su escrito, habiéndose podido comprobar que efectivamente el “tanque de 700 litros” se encuentra en la relación de lo que se denomina *“mínimo exigible al contratista, en cuanto a máquinas y otros elementos a aportar a la contrata en las labores de conservación de las zonas, sin hacer mención del tema del transporte, pequeña herramienta y otros medios auxiliares”*, siendo la que a continuación se expone, la relación de vehículos y maquinaria de este apartado:



Descripción vehículos	Cantidad
Camión volquete de 3.500 kgrs de MMA	1
Furgoneta ligera tipo pick-up	2
Furgoneta	1

Descripción maquinaria	Cantidad
Tractor cortacésped	1
Cortacésped	2
Desbrozadora	3
Soplador mochila	4
Motosierra	2
Cortasetos	2
Aireador de púas	1
Motoazada	1
Tanque 700 l	1
Escarificador eje horizontal	1
Desbrozadora de ruedas	1
Trituradora de leña green	1
Hidrolimpiadora autónoma	1

Ahora bien, el tanque de 700 litros aparece en color rojo, lo que significa, tal y como se señala a inmediatez a continuación de esta lista que *“es la que el Ayuntamiento aportará a la contrata”*, por lo que este incumplimiento que se pretende hacer valer por URBASER debe definitivamente no ser considerado como tal.

Esto no obstante, debe ser destacado en relación con este material, que también se dispone lo siguiente: *“La totalidad del material móvil y maquinaria necesarios para la realización de los servicios, será propuesto por los licitadores en sus ofertas, con indicación de características técnicas y equipamientos de las máquinas de nueva adquisición aportadas.”*



El material móvil a utilizar será el más adecuado a las características del servicio y a las necesidades de la ciudad. Todo el material móvil a emplear deberá cumplir la normativa vigente en relación con la emisión de ruidos y gases”; párrafos de los que es posible concluir que si bien, por supuesto, no existe libertad por el licitador a la hora de determinar que maquinaria debe aportar, sí que se le concede cierto margen de discrecionalidad a la hora de definir las características del material que aporta, debiendo ser eso sí, como se dispone, el más adecuado a las características del servicio y a las necesidades de la ciudad.

También invoca por URBASER en este mismo apartado el incumplimiento del requisito relativo a las máquinas cortacésped exigidas como mínimo, señalando que sólo se ha aportado una, cuando sin embargo en el pliego se exigen dos. En relación con este hecho, se reitera lo señalado ahora mismo con respecto al tanque, y es que en el PPT las máquinas cortacésped, que aparecen en número de 2, se encuentran en rojo, lo que implica que es el Ayuntamiento el que lo aportará a la contrata, debiéndose por tanto también desestimarse esta alegación.

En todo caso, resulta además, por virtud de lo manifestado por el órgano de contratación, que si bien se oferta una máquina cortacésped en la descripción de material que se incorporó a la documentación administrativa, en la oferta técnica y en la justificación del valor desproporcionado de la oferta aparecen dos máquinas cortacésped.

El segundo incumplimiento del PPT sería el relativo a las frecuencias de siega, prescritas en el apartado 2.4.2.1 del mismo, y sobre las que se dispone lo siguiente:

“A título orientativo se establecen las siguientes frecuencias mínimas de siega:

- Meses de actividad vegetativa (Abril a Octubre): una vez cada 7 días.*
- Meses de parada vegetativa (Noviembre a Marzo): una vez cada 15 días”.*

De su lectura resulta que el número de siegas que se prevé, como expresamente se señala **es a título orientativo**, lo que en un principio significa que no resulta posible fundar en este hecho un incumplimiento de la oferta de CESP, como se sostiene por el



recurrente, que considera que la realización de tres siegas mensuales para el periodo de julio-octubre que oferta CESPA, frente a las cuatro que se prescribirían en el PPT a título orientativo, es un incumplimiento del pliego. Consecuentemente procede la desestimación también de esta alegación.

En tercer lugar se alega que la oferta de CESPA incumple la adscripción en exclusiva de una instalación como base operativa, que en el PPT se refleja, en el apartado 5.3. Instalaciones del servicio de la siguiente manera:

“El adjudicatario dispondrá de instalaciones con las siguientes características:

Dimensiones: Mínimo 300 m2

(...)

Las instalaciones fijas del servicio serán destinadas única y exclusivamente a las actividades objeto del Contrato, no pudiéndose emplear para funciones y trabajos ajenos con excepción de situaciones de carácter excepcional y siempre bajo la aprobación previa por parte de la Dirección Facultativa del servicio”.

El recurrente llega a la conclusión de que se incumple este requisito porque en el estudio técnico de CESPA existen una serie de conceptos atribuidos a medios comunes, lo que implica a su juicio que los medios serán entonces compartidos con otros servicios preexistentes. Al encontrarse entre ellos la instalación fija de CESPA, concluye sin más fundamento, que el inmueble por tanto ofrecido no va a ser destinado en exclusiva para el servicio de jardinería como expresamente se indica en el párrafo PPT ahora transcrito.

Tratándose como se ha podido comprobar por lo señalado y demás documentación obrante en el expediente, que esta alegación es una conclusión que URBASER extrae del cuadro de presupuesto presentado por CESPA, sin fundamento alguno de peso que permita darle credibilidad, y sobre la que esta mercantil en su escrito de alegaciones ha manifestado, de forma convincente para este Tribunal, que la expresión de “medios comunes” permite identificar aquellos gastos que son comunes a los distintos servicios del



contrato, frente a los gastos de ejecución directa de los trabajos de jardinería, que están recogidos en los demás apartados, no procede sino también su desestimación.

A mayor abundamiento, el órgano de contratación expone que en la oferta de CESPA expresamente se ha ofertado el almacén de 312 metros cuadrados, por lo que cualquier alegación relativa al incumplimiento de este requisito, para que pueda prosperar, debe encontrarse debidamente argumentada, no siendo válidas, bajo ningún concepto, conclusiones resultante de interpretaciones sesgadas y no justificadas de la propia información obrante en la oferta.

Como última alegación relativa a los incumplimientos, URBASER invoca la vulneración de la prohibición de subcontratación estipulada en la cláusula 27 del Pliego de Cláusulas Administrativas, que expresamente dispone que *“En la presente contratación no será posible la subcontratación de la ejecución parcial de prestaciones objeto del contrato principal”*. Considera URBASER que esta cláusula se incumple porque en su memoria técnica manifiesta CESPA que las sustituciones del personal adscrito al contrato las cubrirá a través de un acuerdo firmado con la Fundación Integra, dedicada a la promoción en el empleo de personas pertenecientes a colectivas marginales o con discapacidad.

Nuevamente consideramos que procede desestimar esta alegación, por no resultar posible calificar esta actuación, propia del ámbito laboral, como subcontratación, que es la actuación a través de la cual el contratista adjudicatario de una licitación pública en este caso, contrata con un tercero la ejecución parcial del objeto de la licitación que le ha sido adjudicada. Basta, creemos, con esta definición para comprender que el acuerdo celebrado con la Fundación Integra no es calificable, bajo ningún concepto, como subcontratación.

En cuanto a que este acuerdo con la Fundación supone una contradicción con su adhesión expresa al Convenio del Plan Estratégico de Fomento del Empleo del propio Ayuntamiento de Almussafes, el propio Ayuntamiento contesta en su informe que el objeto del convenio es *“regular la adhesión y participación de la empresa CESPA en la consecución de los objetivos del Plan Estratégico de Fomento del Empleo”*, y en éste se



incluye no solo la selección de personal sino también la formación, realización de prácticas y otras acciones que redunden en la dinamización de la actividad empresarial.

Séptimo. Para concluir ya con el análisis de los motivos de impugnación planteados en el recurso, nos referiremos ahora ya al relativo a la no disposición por parte de CESPAS de las habilitaciones profesionales exigibles para la ejecución del contrato y que implica la falta de capacidad de obrar de esta mercantil.

En particular se refiere el recurso a las exigencias contenidas en el apartado 2.4.2.6 y en el apartado 2.6 del PPT, que disponen respectivamente lo siguiente:

- 2.4.2.6.- Tratamientos fitosanitarios: *“Las empresas licitadoras deberán justificar documentalmente su inscripción en el registro de empresas aplicadoras de productos fitosanitarios de la Generalitat Valenciana”; y*
- 2.6.- Gestión de los residuos: *“Las empresas licitadoras deberán justificar documentalmente la disponibilidad de la correspondiente autorización administrativa para transportar residuos”.*

Sobre esta alegación CESPAS manifiesta lo siguiente: *“CESPAS en su oferta únicamente acredita que está habilitada para tratar palmeras afectadas por la plaga Picudo Rojo, por ser un problema sensible en la Comunidad de Valencia y ser pocas las empresas que disponen de la misma. Ante la especificidad de dicho título habilitante, el técnico no consideró necesario la exigencia de otros títulos mucho más genéricos de los que mi representada obviamente dispone y cuya tenencia se acredita desde el momento en que se ha justificado que se dispone de una inscripción más específica para la cual es requisito imprescindible estar previamente inscrita en el Registro de aplicadores de productos fitosanitarios”.*

A continuación señala también que *“Con carácter subsidiario, para el caso de que este Tribunal considere que la inscripción en el Registro de aplicadores de productos fitosanitarios y gestor de residuos deberían haberse aportado, queremos dejar constancia de que en todo caso estaríamos ante un defecto subsanable de conformidad con la innumerable Doctrina y Jurisprudencia”,* significando por tanto esto que sí que se encuentra en posesión de los mismos.



El órgano de contratación en su informe, por su parte, señala que CESPA acreditó su capacidad para contratar y para poder ser adjudicataria del presente contrato mediante la acreditación de una clasificación adecuada y suficiente teniendo en cuenta la legislación aplicable, de modo tal que las autorizaciones que exigen los Pliegos deberán ser obtenidas antes del inicio de la ejecución del contrato.

A la vista de las dos justificaciones formuladas y ahora expuestas por el licitador y el órgano de contratación, considera este Tribunal, visto el contenido y redacción de los pliegos, que sí es posible considerarlas como válidas, procediendo por tanto la desestimación de esta alegación de URBASER, así como del recurso en su totalidad.

El motivo por el que consideramos que la acreditación de los dos extremos antes consignados, el de la inscripción en el registro de empresas aplicadoras de productos fitosanitarios de la Generalitat Valenciana y el de contar con la correspondiente autorización administrativa para transportar residuos, puede tener lugar en la fase previa a la celebración del contrato, junto al resto de la documentación prevista en el la cláusula 17.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, no es otro que el derivado de la propia forma en cómo se encuentra recogida esta exigencia.

Así, efectivamente, en la relación de documentos que debían ser aportados en los sobres 1, 2 y 3, detallados de forma pormenorizada en la cláusula 13 del PCAP, no se hace en ninguno de ellos referencia alguna a estas justificaciones o certificaciones.

Lo que sí hemos podido comprobar, es que con respecto a uno de los documentos que se exige debe ser introducido en el sobre 1, el relativo a *“la relación detallada de los medios personales y materiales que se comprometen a adscribir a la ejecución del contrato de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 4.2”*, en esta cláusula ahora citada 4.2, sí que se dispone lo siguiente:

*“Al margen de acreditar su solvencia técnica por los medios antes indicados, los licitadores deberán asumir el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes para llevarla a cabo adecuadamente, medios cuya relación detallada deberán incluir en el sobre número uno, tal y como se estipula en la cláusula 13.2.8, y **cuya disposición efectiva deberá acreditar documentalmente el***



licitador que resulte propuesto como adjudicatario, según se estipula en la cláusula 17.1 del presente pliego. La efectiva adscripción de tales medios a la ejecución del contrato se considera obligación esencial a los efectos previstos en el artículo 223.f) del TRLCSP y en la cláusula 26.1 del presente pliego”.

Cabe por tanto concluir que las justificaciones exigidas en el PPT, sobre las que no se prevé su incorporación en ninguno de los tres sobres que conforman la oferta, deberán ser aportadas junto al resto de la documentación prevista en la cláusula 17.1, que es la que debe ser aportada por el licitador propuesto como adjudicatario con carácter previo a la adjudicación del contrato.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. G.A.S., en representación de la mercantil URBASER, S.A., contra la resolución de adjudicación de fecha 16 de noviembre de 2016, del procedimiento “*Servicio de limpieza y mantenimiento de las zonas verdes del municipio de Almussafes*” Expte.: SEC-cma 03-2016, convocado por el Ayuntamiento de Almussafes.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.