



EB 2021/115

Resolución 155/2021, de 30 de septiembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento, renovación, limpieza y mejora de jardinería”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 28 de junio de 2021 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L. (en adelante, SAMYL) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento, renovación, limpieza y mejora de jardinería”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio.

SEGUNDO: El mismo día 28 de junio se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 30 de junio.





TERCERO: Con fecha 2 de julio se dictó la Resolución B-BN 024/2021 del OARC / KEAO, por la que se acordó la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 6 de julio, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de P.M.O. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Derio tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso impugna la exclusión de la oferta de SAMYL por los siguientes motivos:

- a) Se alega que no hay incumplimiento de las frecuencias de siega establecidas en los pliegos, pues éstos no configuran las citadas frecuencias como obligatorias, sino como orientativas.
- b) Tampoco se incumple el requisito de desglosar la oferta de acuerdo con las zonas fijadas en los pliegos, pues éstos no establecen que dicha forma de presentar la memoria técnica sea un requisito exigible.
- c) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El Ayuntamiento de Derio se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) De acuerdo con el baremo aplicable a la valoración de la memoria técnica, las ofertas calificadas como “insuficientes” deben ser excluidas; esta



circunstancia concurría en la proposición de la recurrente, según se especifica en el correspondiente informe técnico que fundamenta la decisión recurrida.

b) El poder adjudicador considera que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) sí establece el número mínimo de siegas de cada zona del municipio con carácter obligatorio, como se deduce de la cláusula 2.1 del PPT.

c) La oferta del recurrente distingue las frecuencias entre las que se aplican a césped o a pradera, pero no especifica en qué categoría se incluye cada zona del municipio.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente alega que la exclusión de su proposición no es correcta porque (i) uno de los contenidos del PPT supuestamente infringido no se consta como obligatorio sino como optativo y (ii) el otro contenido infringido alegado por el Ayuntamiento se refiere a una forma de configurar la oferta que los pliegos no establecen. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

CARÁTULA

(...)

N) DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR

(...)

ARCHIVO ELECTRÓNICO Nº 2: "DOCUMENTACIÓN A VALORAR CONFORME A UN JUICIO DE VALOR"

Se deberá presentar una memoria técnica, que se ajustará al siguiente contenido:

(...)

3.- Organización general:

- Organigrama del servicio, descripción del funcionamiento del servicio.
- Programa de Actuaciones en los trabajos de mantenimiento, renovación, limpieza y mejora de jardinería, incluyendo céspedes y praderas, plantaciones, jardinerías exteriores y plantas interiores, así como el desbroce de los caminos requeridos en el Municipio de Derio, de acuerdo



a las exigencias del pliego donde se detallarán las diferentes labores a ejecutar, su frecuencia, rendimientos, equipos de trabajo (adecuada combinación entre personal, equipo de refuerzo y maquinaria), métodos de control empleados, distribución horaria, tiempo de resolución, itinerario, etc.

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

(...)

CAPÍTULO II ALCANCE Y EXTENSIÓN DEL CONTRATO.

Artículo 2.1. Alcance y Extensión

El alcance y extensión del contrato comprende las labores y trabajos de mantenimiento, renovación, limpieza y mejora de todas aquellas zonas ajardinadas e instalaciones, incluyendo los céspedes y praderas, jardineras exteriores y plantas de interior, así como las plantaciones, además de los desbroces laterales de los caminos municipales, reflejados en el Anexo 1 de acuerdo al detalle de los trabajos y frecuencia previstos en el presente Pliego de Condiciones.

Sin embargo, el Ayuntamiento de Derio se reserva el derecho y la posibilidad de encargar al contratista el mantenimiento puntual de otras zonas y áreas hasta un incremento del 7%, ante posibles necesidades inesperadas del servicio. En el caso de haber decremento de los servicios estipulados, se reducirá proporcionalmente el importe a facturar.

Por tanto, durante el servicio, se podrán realizar tantas revisiones como sean necesarias para ajustar el servicio adecuadamente (debido a modificaciones de las zonas verdes e instalaciones de Derio) a fin y efecto de mejorar el servicio, dando de baja aquellas zonas que se consideren oportunas por parte del Ayuntamiento.

Asimismo, el Ayuntamiento de Derio se reserva el derecho a no ejecutar aquellos trabajos que considere convenientes, o a reducir sus frecuencias, sin que ello comporte compensación alguna al contratista por la no ejecución de los mismos.

Es responsabilidad de la empresa adjudicataria el mantenimiento (limpieza y desbroce, reposición, poda, así como el trasplante de arbolado y plantación de nuevo arbolado) de las zonas ajardinadas y de los caminos municipales, así como los tratamientos fitosanitarios, redes viarias y calles que se describen en el Anexo 1 del presente Pliego en perfecto estado técnico funcional, ornamental y visual de acuerdo con las condiciones particulares que se establecen.

En el Anexo 1 del inventario, se señalan igualmente el número mínimo de intervenciones a realizar, incluyéndose aquellos que se hubiesen omitido por error.

(...)

CAPÍTULO IV DESCRIPCIÓN DE LAS LABORES DE CONSERVACION

(...)

4.1. a) Siegas.



La siega se realizará con la frecuencia precisada, con objeto de que la hierba no llegue a tener una altura tal que estética y fisiológicamente suponga un perjuicio para el césped, y pueden fijarse por los servicios técnicos del Ayuntamiento las alzadas máximas admisibles para cada tipo de césped.

Se incluye en este apartado la siega de zonas verdes hierba nacida, que pueda considerarse como pradera, sin que haya sido sembrada de césped.

Para que la siega sea correcta, se atenderá a las siguientes normas:

- Se evitará segar el césped cuando este mojado o húmedo.
- Se alternará el sentido y la dirección de corte.
- Se revisarán y mantendrán las cuchillas de corte en buenas condiciones y con un afilado correcto, realizando así un corte limpio y no desgajando las plantas.
- Se limpiarán los cortacéspedes con agua a presión y una solución fungicida para evitar la difusión de las enfermedades, como mínimo una vez al mes.
- Se variarán siempre, y progresivamente, las alturas de corte.

El corte de césped incluirá los encuentros de las zonas ajardinadas con bordillos, muretes, pavimentos, etc. de tal forma que el césped no invada las obras de fábrica.

Comprende también este trabajo, el rastrillado, la limpieza y retirada de los productos sobrantes, y los que caigan en los viales, a vertedero controlado o gestor autorizado.

Se realizará con la frecuencia precisa para que la hierba no alcance una altura tal que estética y fisiológicamente suponga un perjuicio para el césped. De modo general, la altura del césped será de 3 a 5 cm.

El fin es obtener un césped compacto y vigoroso, sin malas hierbas o especies que, como consecuencia del paso del tiempo, tiendan a desplazar a las especies implantadas en el momento inicial de creación de la zona verde.

A título orientativo, en el inventario del Anexo 1 se establecen las siegas anuales a realizar a cada unidad de ejecución.

Por otro lado, el acto impugnado justifica la exclusión impugnada en los siguientes términos:

ACTA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DEL 20 DE MAYO DE 2021 PARA LA APERTURA DE LOS ARCHIVOS ELECTRONICOS 1 Y 2

(...)

Según se recoge en el informe de valoración, la Memoria Técnica presentada por la empresa SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L. no cumple con las prescripciones técnicas exigidas.

Concretamente, en el anexo 1 del pliego de prescripciones técnicas se especifica cuantas veces hay que segar cada una de las zonas del municipio, para que, conforme a eso, se pueda realizar



un programa de trabajo. Sin embargo, la empresa SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L., en el punto 6 de su oferta, referido a las labores de siega de céspedes y desbroce, expone que considera que no es necesario realizar tantas actuaciones de siega en las zonas consideradas praderas, incumpliendo así la voluntad de la Administración, que es quien establece cuales son las necesidades del servicio licitado, e incumpliendo, por ende, el pliego de prescripciones técnicas. De la misma manera, tampoco cumple con las frecuencias de siega en las que se considera césped, ya que el máximo de siegas ofertadas por la empresa son 20, mientras que en varias áreas del pliego se exigen 22. Además, no se analiza este punto de la manera en la que se exige en los pliegos, ya que el área técnica del Ayuntamiento tiene dividido el municipio en varias zonas con diferentes frecuencias de siega, las cuales no se ven reflejadas en la oferta presentada.

(...)

Primero: Excluir a la empresa SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L., por no cumplir con las características establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

A la vista del contenido señalado y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO.

a) Sobre el incumplimiento de las frecuencias

El poder adjudicador alega que la proposición de la recurrente incumple el anexo I del PPT en lo relativo a la frecuencia de las siegas de cada una de las zonas del municipio. Este motivo de exclusión no puede aceptarse. En contra de lo que alega el poder adjudicador, las frecuencias establecidas en el anexo I del PPT no pueden considerarse vinculantes sino, como indica el recurrente, orientativas.

A esta conclusión se llega por la lectura del propio PPT, que en su apartado 4.1

a) establece que “A título orientativo, en el inventario del Anexo 1 se establecen las siegas anuales a realizar a cada unidad de ejecución”. Frente a la clara literalidad del PPT, criterio preferente de interpretación de los pliegos a falta de indicios que permitan entender que la intención del poder adjudicador es otra distinta (ver, por ejemplo, la Resolución 146/2018 del OARC / KEAO y el artículo 1281 del Código Civil), no cabe alegar, como hace el Ayuntamiento, que la cláusula 2.1 del PPT establece que “En el Anexo 1 del inventario, se señalan igualmente el número mínimo de intervenciones a realizar, incluyéndose aquellos que se hubiesen omitido por error.”, y ello por las siguientes razones:



- 1) A juicio de este Órgano, no hay contradicción entre ambos textos, pues el citado apartado 2.1 dice que las frecuencias del Anexo 1 son mínimas (lo que es obvio, pues no tendría sentido impedir que dichas frecuencias se incrementaran en las ofertas de los licitadores) pero no especifica si ese mínimo es o no vinculante, cuestión sobre la que sí es taxativa la estipulación 4.1 a) citada en el epígrafe 1) anterior. Asimismo, el antepenúltimo párrafo de la mencionada estipulación, que indica que las siegas se realizarán "...con la frecuencia precisa para que la hierba no alcance una altura tal que estética y fisiológicamente suponga un perjuicio para el césped. De modo general, la altura del césped será de 3 a 5 cm." De este contenido se deduce que, en definitiva, el objetivo fundamental es mantener el césped en unas ciertas condiciones (no totalmente vinculantes, como indican la expresión "...de modo general" y la mención del primer párrafo del apartado 4.1 a) del PPT a lo que puedan decidir los servicios técnicos municipales), para lo cual se establece un número de siegas con carácter mínimo orientativo (pues para alcanzar el objetivo, que es la obligación de resultado que debe cumplir el contratista, podrían ser necesarias más siegas). Por ello, hay que concluir que una interpretación sistemática y conjunta de las diversas estipulaciones del PPT conduce igualmente a reforzar la interpretación literal (ver, por ejemplo, las Resoluciones 84/2015 y 146/2018 del OARC / KEAO y el artículo 1.285 del Código Civil).
- 2) Finalmente, debe recordarse que el principio de transparencia (artículo 1.1 de la LCSP) impide trasladar al licitador recurrente la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante una interpretación de los pliegos contraria a su literalidad y que, como en este caso, no es la que deduciría de modo unívoco cualquier operador diligente, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tiene éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas, las Resoluciones del OARC / KEAO 68/2018 y 87/2021 y el artículo 1288 del Código Civil).



b) Sobre la forma de presentar la oferta

El segundo motivo de exclusión que sustenta el acto impugnado es que la oferta no analiza la cuestión de las frecuencias de siega como se exige en los pliegos, ya que los servicios técnicos del poder adjudicador dividen el municipio en varias zonas con diferentes frecuencias, lo que no se recoge en la proposición del recurrente. Este motivo de exclusión no es aceptable. El poder adjudicador no cita, ni en el fundamento del acto impugnado ni en su informe de respuesta al recurso, cuál es el concreto apartado de los pliegos que establece la exigencia que invoca. Analizado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (documento contractual en el que debe figurar el contenido de la oferta de los licitadores según el artículo 67.2 h) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), se observa que el epígrafe “Organización general” del apartado N) de su carátula (reproducido al principio de este Fundamento jurídico) establece, entre otros contenidos del archivo de documentación relativa a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, menciones al programa de actuaciones en los trabajos sobre céspedes y praderas, incluyendo el detalle de frecuencias; no obstante, no llega a establecer que dichas frecuencias se especifiquen precisamente por zonas del término municipal. Por otro lado, la oferta técnica de la recurrente (página 367 del expediente) contiene un epígrafe titulado “Labores de siega de céspedes y desbroce” que detalla las frecuencias de siega, señalando que dependerán de la climatología y de la clasificación de las zonas verdes, distinguiendo entre las zonas de césped ornamental y las praderas. Esta distinción no es ajena a los pliegos, pues la mención a praderas y céspedes, que sería superflua si no aludiera a realidades dispares conocidas por el poder adjudicador, figura en el mismo título del contrato y en numerosas cláusulas de la documentación contractual (una de ellas, la que recoge el contenido de la oferta), por lo que el Ayuntamiento no puede alegar una indefinición de la proposición que impida conocer su alcance. Por todo ello, sería, como mínimo, del todo punto desproporcionado excluir la oferta por entender que no satisface los requisitos de contenido fijados en los pliegos, sin perjuicio de que su supuesta falta de



concreción podría implicar, en su caso, una menor puntuación en la evaluación de los correspondientes criterios de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2021 del OARC / KEAO).

c) Conclusión

Lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores supone la estimación del recurso y la anulación del acto impugnado. En principio, ello implicaría la readmisión de la proposición excluida, con retroacción de actuaciones para que fuera valorada de acuerdo con los criterios de adjudicación previstos en los pliegos. Sin embargo, tal efecto no es posible porque, según consta en el expediente, el contrato está ya adjudicado y no cabe que dicha valoración se produzca separando la de los criterios sujetos a juicio de valor de la de los sujetos a la aplicación de una fórmula, como pide el artículo 146.2 de la LCSP. Por ello, debe cancelarse la licitación; esta decisión no infringe el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque no se deriva de la pretensión de SAMYL, sino que es una consecuencia de la configuración del procedimiento de adjudicación elegida por el legislador. Tampoco se empeora la situación del recurrente (posibilidad prohibida por el artículo 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), que pasa de estar excluido a tener la posibilidad de presentar una nueva oferta en una muy probable nueva licitación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento, renovación, limpieza y mejora de jardinería”, tramitado por el Ayuntamiento de Derio, anulando el acto impugnado y cancelando la licitación.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTA: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las actuaciones que lleve a cabo para ejecutar la presente Resolución.

QUINTA: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko irailaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de septiembre 2021