

**Recursos 111/2020 y 125/2020**

**Resolución 212/2020**

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

Sevilla, 18 de junio de 2020.

**VISTO** los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **ACCIONA MEDIO AMBIENTE, S.A.U.** contra la resolución, de 6 marzo de de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza, mantenimiento y conservación de las zonas verdes del Municipio de La Rinconada” (Expte. 13179/2019), convocado por el Ayuntamiento de La Rinconada (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 25 y el 27 de noviembre de 2019, se publicó respectivamente en el perfil de contratante y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación electrónica, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 2.752.763,08 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.



**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación 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). 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 (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**TERCERO.** El órgano de contratación, mediante resolución de 6 de marzo de 2020, adjudica el contrato a la entidad CESPА, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES, S.A. (en adelante CESPА).

**CUARTO.** El 14 de abril de 2020, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación, dirigido a este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ACCIONA MEDIO AMBIENTE, S.A.U. (en adelante ACCIONA) contra la citada resolución de adjudicación. Dicho escrito de recurso, junto con el informe al mismo y la documentación necesaria para su tramitación y resolución, fue remitida a este Tribunal entrando en su registro el 27 de abril de 2020.

En el citado recurso, tramitado por este Tribunal con el número 111/2020, la recurrente pone de manifiesto que ha tenido conocimiento de que el Ayuntamiento de La Rinconada ha decidido continuar la tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato durante el periodo de vigencia del estado de alarma instaurado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

**QUINTO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso.

Al respecto, mediante Resolución, de 23 de abril de 2020, el órgano de contratación acuerda la continuación del procedimiento de contratación del mencionado contrato, al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición adicional tercera, por considerar indispensable su prestación para la protección del interés general y para el funcionamiento básico de los servicios.



**SEXTO.** El 27 de abril de 2020, la entidad ACCIONA presenta nuevo escrito de recurso especial en materia de contratación en el registro electrónico de este Órgano, contra la citada resolución de adjudicación, idéntico al presentado el 14 del mismo mes de abril. Dicha escrito de recurso ha sido tramitado con el número 125/2020.

Por la Secretaría del Tribunal, el 26 de mayo de 2020, se da traslado al órgano de contratación de dicho escrito de recurso (125/2020) y se le solicita que remita el informe al mismo y la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La misma tuvo entrada en este Tribunal el 28 de mayo de 2020.

**SÉPTIMO.** Con fecha 1 de junio de 2020, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, respecto de los dos recursos presentados, habiéndose recibido las presentadas por la entidad CESPA.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 5 de diciembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de La Rinconada (Sevilla), al amparo del artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

**SEGUNDO.** De conformidad con lo previsto en los artículos 56 de la LCSP, 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real



Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 6 de mayo de 2011 (Roj STS 2649/2011), este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los recursos a los que se les ha asignado los números 111/2020 y 125/2020, al ser este Órgano quien tramita y resuelve el procedimiento de recurso, y al guardar ambos entre sí identidad sustancial e íntima conexión por haber sido interpuestos los dos recursos en el mismo procedimiento de licitación contra el mismo acto por la misma entidad recurrente y por fundarse en idéntico motivo.

**TERCERO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición de los dos recursos dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

**CUARTO.** Visto lo anterior, procede determinar si los dos recursos se refieren a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto de los recursos es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**QUINTO.** En cuanto al plazo de interposición de los recursos, la resolución de adjudicación le fue notificada a la entidad ahora recurrente el 6 de marzo de 2020, finalizando el plazo para la presentación de recurso conforme al artículo 50.1 d) de la LCSP el 27 de marzo de 2020.

No obstante de conformidad con lo dispuesto en el antecedente de hecho quinto de la presente resolución, el plazo para la presentación del recurso especial ha permanecido suspendido desde el 14 de marzo, en virtud de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, levantándose en el presente supuesto dicha suspensión el día 23 de abril de 2020, mediante resolución del órgano de contratación por la que se acuerda la continuación del procedimiento de contratación del mencionado contrato, al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición adicional tercera, por considerar indispensable su prestación para la protección del interés general y para el funcionamiento básico de los servicios.



En este sentido, el recurso especial 111/2020 presentado en el registro del órgano de contratación el 14 de abril de 2020, durante el periodo en que el plazo para su presentación ha estado suspendido, debe considerarse por el principio del *favor actis* interpuesto el día en que se ha levantado la suspensión, esto es el 23 de abril de 2020 y, por tanto, en plazo.

Por su parte, el recurso 125/2020 presentado en el registro electrónico de este Tribunal el 27 de abril de 2020, una vez levantada la suspensión el citado día 23 de abril, debe considerarse dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**SEXTO.** Analizados los requisitos de admisión de ambos recursos, con carácter previo a cualquier cuestión relacionada con el fondo de los escritos de impugnación, ha de analizarse las consecuencias jurídicas de haber presentado la recurrente dos recursos idénticos contra el mismo acto, en momentos temporales distintos.

Desde un punto de vista formal, no es posible la admisión del segundo recurso, pues con el primero la recurrente ha satisfecho su derecho de defensa, siendo absolutamente innecesario volver a plantear un nuevo recurso contra el mismo acto y por idéntico motivo.

Desde un punto de vista material, la admisión y resolución por este Tribunal del primer recurso, deja definitivamente zanjada la cuestión en vía administrativa.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede inadmitir el recurso 125/2020.

En relación con el recurso 111/2020, la recurrente lo interpone contra la resolución, de 6 de marzo de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, solicitando que, con estimación del mismo se acuerde su nulidad y la exclusión del procedimiento de licitación de la oferta presentada por CESPA, ordenando al órgano de contratación que proceda a la adjudicación del contrato a la proposición económicamente más ventajosa.

Funda su pretensión la recurrente en que, a su juicio, la oferta de CESPA debe ser excluida del procedimiento de licitación por incumplir las exigencias mínimas contempladas en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y que se reproducen a continuación.



1. Respecto a la ejecución de la labor de aireado.
2. Respecto al periodo de realización del inventario de la red de riego.
3. Respecto a las frecuencias de la labor de vigilancia de equipamiento de obra civil, ocio y mobiliario urbano.
4. Respecto al horario de prestación del servicio.
5. En materia de personal.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad CESP, como interesada en el procedimiento, se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos que se reflejan a continuación.

CESP se opone a los argumentos esgrimidos en el recurso reproduciendo, en primer lugar, determinada jurisprudencia y doctrina de los órgano de revisión de decisiones en materia contractual, tras lo cual señala que para que sea motivo de exclusión, el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos perfectamente definidos en el PPT, ha de ser de suficiente entidad y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos esenciales exigidos en los pliegos.

También indica que debe tenerse en cuenta que es reiterada la jurisprudencia que establece que en la medida en que los pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan a ambas partes, los órganos de contratación no pueden alterar unilateralmente sus cláusulas en perjuicio de los licitadores, debiendo resolverse las dudas que ofrezca su interpretación de acuerdo con las previsiones establecidas en la LCSP y, en caso de que esto no fuera posible, resulta de aplicación supletoria las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, recogiendo así el principio *"in claris non fit interpretatio"*, así como el artículo 1.288 de dicha norma según el cual las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos se hará en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito un contrato -en este caso, para cualquiera de las licitadoras puesto que es necesario



respetar el principio de concurrencia-, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien la ha ocasionado.

Asimismo, señala CESPА que debe recordarse que los tribunales administrativos han establecido de forma repetida que no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato, de tal forma que en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al PPT y, si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar; solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procedería la exclusión.

Por último, la entidad interesada hace referencia a la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración respecto de las valoraciones efectuadas en virtud de criterios evaluables en función de juicios de valor.

En segundo lugar, CESPА, respecto a cada uno de los incumplimientos denunciados, esgrime los motivos por los que a su entender su oferta cumple con los requisitos del PPT cuestionados por la recurrente, que serán expuestos a lo largo de la presente resolución.

**SÉPTIMO.** Como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso la recurrente denuncia que la oferta de la entidad CESPА ha incumplido el PPT respecto a la ejecución de la labor de aireado.

En este sentido, indica que el PPT, en la cláusula 10.10 “Programa de aireados” establece las prescripciones obligatorias en relación con los aireados y escarificados que deberán realizarse en las praderas de césped, fijando, entre otros extremos, la profundidad mínima de actuación entre 8 y 10 centímetros.



Al respecto, señala que a pesar de la claridad del PPT, la oferta de CESPA ofrece una profundidad de ejecución de las labores de aireado de 6 a 8 centímetros, inferior por tanto a la profundidad mínima exigida.

Concluye la recurrente que el incumplimiento del PPT es claro y expreso, ya que, con arreglo a la oferta de CESPA, en ningún momento ésta procederá a ejecutar la labor de aireado con la profundidad mínima exigida en el PPT.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que el PPT establece un máximo de profundidad para el aireado de 10 centímetros y un mínimo de 8, dentro de esas medidas serían admisibles los escarificados realizados. En este sentido, aclara que CESPA propone un máximo de 8 centímetros y un mínimo de 6, por lo que a su entender no estaríamos ante un incumplimiento, ya que la oferta de CESPA casa con las profundidades indicadas en el PPT, pues el mínimo exigido es 8 centímetros y el máximo indicado por CESPA es también de 8, coincidiendo por tanto en esos 8 centímetros el requisito del pliego y la propuesta de dicha entidad.

CESPA en su escrito de alegaciones indica que en su oferta la labor se podrá realizar con una profundidad de hasta 8 cm, que es la profundidad mínima exigida por los pliegos, por lo que no hay incumplimiento. En este sentido, señala que ACCIONA presupone que CESPA ejecutará estas labores de aireado con una profundidad inferior a 8 cm, lo cual además de ser una apreciación subjetiva supone una hipótesis de un incumplimiento futuro siendo esta una cuestión que pertenecería a la ejecución del contrato, pero que al no suponer la imposibilidad de realizar el objeto del contrato no podría suponer la exclusión de la oferta.

Concluye, CESPA afirmando que su oferta cumple estrictamente lo establecido en los pliegos, sin que la mera suposición o hipótesis de un incumplimiento futuro pueda ser motivo para acordar su exclusión.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el primer alegato de la recurrente en el que denuncia que la oferta de la entidad CESPA ha incumplido el PPT respecto a la ejecución de la labor de aireado.

Al respecto, en relación con los posibles incumplimientos de los pliegos, se ha de poner de manifiesto como en otras ocasiones (v.g. Resoluciones de este Tribunal 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16



de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre y 25/2019, de 31 de enero, y Resolución 411/2019, de 3 de diciembre, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que los pliegos no han sido impugnados, necesariamente se ha de estar ahora al contenido de los mismos.

Asimismo, este Tribunal ha indicado que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas. En este sentido, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas (v.g., entre otras, Resoluciones 169/2018, de 8 de junio, 135/2019, de 30 de abril y 35/2020, de 6 de febrero).

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)»*.

También, este Órgano, respecto a los supuestos incumplimientos del PPT, puestos de manifiesto por la recurrente, ha señalado, entre otras, en su Resolución 39/2020, de 6 de febrero, que, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia existentes al respecto, la Administración goza de un cierto margen de discrecionalidad técnica para verificar si, como en el presente caso, la oferta cumple o no técnicamente con lo exigido en los pliegos. La doctrina sobre la discrecionalidad técnica, ya ha sido expuesta en profundidad



por este Tribunal en numerosas resoluciones, valga por todas su Resolución 5/2020, de 16 de enero, en la que indicaba que *«la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación. Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara que «la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega».*

Por otra parte, respecto a las obligaciones establecidas en los pliegos que asume la entidad adjudicataria o contratista, este Tribunal ha afirmado que su incumplimiento no puede presumirse ab initio, al ser exigencias que deben verificarse en la fase de ejecución del contrato, sin que sea razonable adivinar ni presumir que la adjudicataria, que ha asumido los compromisos requeridos con arreglo a lo dispuesto en los pliegos, vaya a incumplirlos, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos (v.g. entre otras, Resoluciones 164/2018, de 1 de junio, 292/2018, de 16 de octubre, 342/2019, de 18 de octubre y 374/2019, de 7 de noviembre, de este Tribunal y 898/2015, de 5 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En el supuesto examinado, en lo que aquí interesa, en relación con lo alegado por la recurrente, la cláusula 10.10 de PPT, programa de aireados, dispone que *«El aireado se realizará de manera homogénea por toda la superficie, con la maquinaria o herramientas adecuadas y en una profundidad de entre 8 y 10 cm.»*. En este sentido, la profundidad de aireado es un requisito objetivo, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos y, apreciándose teniendo en cuenta exclusivamente los datos contenidos en el párrafo reproducido, sin que para su determinación se exija juicio técnico alguno.



Asimismo, ha de tenerse en cuenta que dicho requisito de profundidad de aireado es exigible a la entidad adjudicataria, conforme se dispone en el primer párrafo de la cláusula 10, programas de gestión, del PPT *«En el apartado programas de gestión, se desarrollan las distintas tareas o labores incluidas en el contrato a realizar por la adjudicataria, las cuales se deberán desarrollar por el contratista y entregar al Ayuntamiento en los términos establecidos».*

Así las cosas, aplicando la doctrina expuesta, el incumplimiento del requisito de profundidad del aireado no puede presumirse ab initio, al ser una exigencia que debe verificarse en la fase de ejecución del contrato, sin que sea razonable adivinar ni presumir que la adjudicataria -CESPA-, que ha asumido los compromisos requeridos con arreglo a lo dispuesto en los pliegos, vaya a incumplirlos, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos.

En este sentido, queda claro, como reconoce el órgano de contratación y la entidad CESPA que en la proposición de ésta, la profundidad de aireado ofertada es de 6 a 8 centímetros. Así las cosas, no es posible afirmar sin ningún género de dudas que la oferta de CESPA vaya a incumplir tal obligación pues la misma propone una profundidad de aireado de hasta 8 cm, por lo que cumpliría con la exigencia del PPT, siempre y cuando en el momento de la ejecución del contrato, la profundidad realmente realizada sea de 8 cms, circunstancia que debe de verificar el órgano de contratación cada vez que se produzcan estas labores de aireado.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso.

**OCTAVO.** En el segundo motivo del recurso la recurrente denuncia que la oferta de la entidad CESPA ha incumplido el PPT respecto al periodo de realización del inventario de la red de riego.

Al respecto, afirma que la cláusula 10.16 del PPT prevé la obligación de la empresa adjudicataria de realizar un inventario de todos los sistemas de riego en el primer mes desde la adjudicación. En este sentido, señala que el periodo temporal en el que debe realizarse tanto el inventario de todos los sistemas de riesgo, como el programa de control, mantenimiento, conservación e inspecciones de los sistemas, es muy claro: el primer mes desde la adjudicación.



Sin embargo, manifiesta la recurrente que la entidad CESPA en su oferta prevé la realización del inventario durante los seis primeros meses tras la adjudicación, esto es sextuplica el periodo máximo de ejecución del inventario, establecido preceptivamente en el PPT, incumpliendo de manera flagrante su contenido.

Por su parte, en el informe al recurso el órgano de contratación indica que el alegato de la recurrente es que el PPT indica que se debe realizar un inventario de todos los sistemas de riego, especificando cualitativa y cuantitativamente todos sus elementos constitutivos durante el primer mes desde la adjudicación. Asimismo, presentará en dicho periodo un programa de control mantenimiento, conservación e inspecciones de los sistemas. Sin embargo, señala el informe al recurso que para valorarlo en su conjunto no solo hay que tener en cuenta lo indicado en el primer párrafo referente al inventario inicial, sino que el segundo tiene una gran importancia cuyo tener es que *«El Servicio Técnico Municipal facilitará la documentación necesaria para incluir estos datos en el inventario general»*.

En este sentido, indica el órgano de contratación que en base a esto último, el inventario debe ser realizado una vez el Ayuntamiento, a través de los servicios técnicos municipales, facilite la información para poder realizar el inventario sin llegar en el PPT a indicar el plazo exacto para la transmisión de la documentación. A su entender, CESPA demuestra en este caso conocimiento claro y conciso de cuál es la verdadera situación de la documentación a entregar por parte de los servicios técnicos municipales, ya que al igual que a ACCIONA, se les facilitó contacto con la anterior adjudicataria y con los encargados del área de servicios generales, de los cuales dependen los parques y jardines del municipio, de tal forma que con ese conocimiento saben que es imposible que la información se les pueda proporcionar durante el primer mes del contrato ya que la misma no está finalizada y está en proceso de elaboración.

Así, señala que el planteamiento realizado por CESPA es factible pues se puede realizar un inventario inicial durante el primer mes del contrato y durante los meses restantes, siendo seis meses un periodo razonable, para que se pueda cumplir con la elaboración de los programas y del inventario final, una vez los servicios técnicos municipales, hayan proporcionado la información necesaria para la realización de los programas.

Concluye el órgano de contratación afirmando que de esta forma es factible el cumplimiento del PPT si se entiende que el proceso tiene dos fases; una primera con duración del primer mes en el que haya una toma de datos para realizar un inventario inicial y la segunda de varios meses de duración en la que se



elabore el programa de control mantenimiento, conservación e inspecciones de los sistemas de riego y el inventario final, ya que estos plazos dependen de que los servicios técnicos municipales proporcionen a la adjudicataria la documentación e información necesarias.

En su escrito de alegaciones CESPА indica que los pliegos establecen que en el primer mes desde la adjudicación el contratista deberá proceder a realizar un inventario general, lo que evidencia sin duda que la redacción de los pliegos no es afortunada, siendo ambigua y confusa, al establecer una obligación de hacer para la entidad adjudicataria con anterioridad a la formalización del contrato y a su inicio.

A su juicio, el carácter formal de nuestra contratación pública, distinguiendo entre adjudicación y formalización, tiene su razón de ser, entre otras, en erigirse como un mecanismo técnico que permite lo que aquí está ocurriendo, esto es, la interposición de un recurso eficaz por parte de terceros contra la adjudicación de los contratos.

En definitiva, afirma que no es posible realizar el inventario general del municipio en el primer mes desde la adjudicación del contrato, por cuanto en la medida en la que no se formaliza el contrato, no puede iniciarse su ejecución, siendo la obligación de realizar el inventario una obligación del contratista relativa a la fase de ejecución del contrato.

En este sentido, señala que atendiendo a la redacción de los pliegos y de la LCSP, en cuyo artículo 153.3 se establece que en aquellos contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación (como ocurre en el presente caso) la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a las entidades licitadoras y candidatas, y a su experiencia en materia de contratación pública según la cual entre la adjudicación de un contrato y su formalización, e inicio, transcurren varios meses, realizó una previsión realista sobre cuando se podría llevar a cabo la realización del inventario: *“Durante los seis primeros meses tras la adjudicación”* (página 8 del Tomo 1 *“Programa de gestión del servicio de limpieza, mantenimiento y conservación de las zonas verdes de La Rinconada”* incluido en el sobre nº2 -apartado 1.16 *“Programa de las operaciones de mantenimiento de la red de riego e hidrantes”*).



Concluye CESPА indicando que su oferta se acomoda a lo establecido en los pliegos, interpretados estos de conformidad con la normativa de contratación pública, que no existe un incumplimiento expreso, de suficiente entidad y que suponga la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato, por lo que no procede la exclusión de su oferta en base a la mera suposición o hipótesis de un incumplimiento futuro, por lo que el recurso presentado debe ser desestimado.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el segundo alegato de la recurrente en el que denuncia que la oferta de la entidad CESPА ha incumplido el PPT respecto al periodo de realización del inventario de la red de riego.

En este sentido, indica que conforme a la cláusula 10.16 del PPT la realización del inventario de la red de riego se realizará durante el primer mes desde la adjudicación y, sin embargo, CESPА en su oferta prevé la realización del inventario durante los seis primeros meses tras la adjudicación.

Por su parte, la cláusula 10.16 del PPT dispone en lo que aquí interesa lo siguiente: *«Las operaciones de mantenimiento de la red de riego e hidrantes son las siguientes:*

*Inventario inicial*

Ⓢ *En el primer mes desde la adjudicación, la Empresa conservadora tendrá la obligación de realizar un inventario de todos estos sistemas de riego, especificando cualitativa y cuantitativamente todos sus elementos constitutivos. Asimismo, presentará en dicho periodo un programa de control mantenimiento, conservación e inspecciones de los sistemas.*

Ⓢ *El Servicio Técnico Municipal facilitará la documentación necesaria para incluir estos datos en el inventario general.».*

Pues bien, en primer lugar, ha de ponerse de manifiesto, tal y como señala CESPА en sus alegaciones al recurso, que la redacción de la cláusula en lo expuesto no es afortunada, pues no es posible establecer una obligación de hacer para la entidad adjudicataria con anterioridad a la formalización y consiguiente inicio del contrato; en este sentido, ha de entenderse como opción más favorable para las entidades licitadoras el que la realización del inventario de la red de riego se realice durante el primer mes desde la formalización y consiguiente inicio del contrato.



En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que no se cuestiona ni por el órgano de contratación ni por la propia CESPRA que en la proposición de ésta se afirma que el inventario de la red de riego se realizará *«Durante los seis primeros meses tras la adjudicación»*.

En tercer lugar, queda claro que el plazo para la realización del inventario de la red de riego era de un mes desde la adjudicación del contrato, o como se ha expuesto, desde la formalización y consiguiente inicio del contrato, sin que el hecho de que los servicios técnicos municipales tengan que facilitar la documentación necesaria para ello, pueda enervar esa exigencia de un mes para la realización del inventario como de forma tajante requiere la cláusula 10.16 del PPT.

En este sentido, no es posible admitir el alegato del órgano de contratación cuando en su informe al recurso indica que seis meses es un periodo razonable para que se pueda cumplir con la elaboración de los programas y del inventario final, una vez que los servicios técnicos municipales hayan proporcionado la información necesaria para la realización de los programas, y ello por cuanto, como se ha expuesto el órgano de contratación cuando en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Si el órgano de contratación entendía que el periodo para la realización del inventario debería de haber sido de unos seis meses, debió preverlo así en los pliegos, y no establecer un plazo menor y, posteriormente, una vez que las ofertas han sido presentadas apartarse de las condiciones que el mismo estableció. Al respecto, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

En cuarto lugar, ha de aplicarse la doctrina expuesta en el fundamento sexto, y en concreto la relativa a las obligaciones establecidas en los pliegos que asume la entidad adjudicataria o contratista, según la cual su incumplimiento no puede presumirse ab initio, al ser exigencias que deben verificarse en la fase de ejecución del contrato, sin que sea razonable adivinar ni presumir que la adjudicataria, que ha asumido los compromisos requeridos con arreglo a lo dispuesto en los pliegos, vaya a incumplirlos, salvo que de las



especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos.

Así las cosas, aplicando la doctrina expuesta, queda claro, como reconoce el órgano de contratación y la entidad CESPА que en la proposición de ésta, el periodo ofertado para el inventario de la red de riegos es de seis meses, y ello con independencia de que cada uno de aquellos esgrima una serie de motivos por los que a su juicio dicho plazo no incumple lo previsto en la cláusula 10.16 del PPT.

Queda asimismo claro que el período exigido en dicha cláusula era de un mes, y ello con independencia de los datos que en su caso tuviesen que aportar los servicios técnicos municipales, dado que de no hacerlo con la presteza debida el potencial incumplimiento no le sería imputable a la entidad adjudicataria.

Igualmente, queda claro, a juicio de este Órgano, que para realizar el inventario de la red de riego la exigencia era de un periodo de un mes, circunstancia objetiva que esta perfectamente definida en el PPT, es de entidad suficiente y de la oferta de CESPА se deduce, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir dicho compromiso exigido, quedando nítido que el incumplimiento es expreso y se opone abiertamente a la prescripción contenida en el PPT.

Por último, queda también claro, que el órgano técnico evaluador de las ofertas superó los límites de la discrecionalidad técnica pues incurrió en error a la hora de valorar el cumplimiento de la oferta de CESPА en lo relativo al periodo de realización del inventario de la red de riego.

En quinto lugar, la entidad CESPА debería de haberle puesto de manifiesto al órgano de contratación que el periodo de un mes para el inventario de la red de riego era de realización imposible, o podía haber denunciado dicha circunstancia ante este Tribunal a través de la interposición de un recurso especial. Sin embargo, dejó que los pliegos adquirieran firmeza, corriendo el riesgo de ser excluida de la licitación, al ofertar un plazo de seis meses para el inventario del sistema de riego, que estaría incumpliendo con creces el requisito exigido al respecto, riesgo impropio de una entidad normalmente diligente, pretendiendo ahora en sus alegaciones al recurso justificar su actuación con argumentos poco convincentes, basados en meras suposiciones o hipótesis futuras, relativas a su experiencia en contratación pública y en la posibilidad de que la adjudicación fuese recurrida y en el tiempo para su resolución por este Tribunal.



En definitiva, CESPAs al haber ofertado un periodo de seis meses para la realización del inventario de la red de riego, cuando el PPT contemplaba solo un mes para ello, ha incumplido de forma expresa oponiéndose su oferta abiertamente a dicha prescripción técnica contenida en el citado pliego.

En este sentido, no pueden atenderse las alegaciones del órgano de contratación, quien exige en los pliegos rectores de la licitación de forma tajante un plazo de un mes para el inventario de la red de riego y posteriormente en sede de recurso especial, realiza un muy extenso argumento para justificar que seis meses para la elaboración de dicho inventario es un plazo razonable, con expresiones tales como que a su entender, CESPAs demuestra en este caso conocimiento claro y conciso de cuál es la verdadera situación de la documentación a entregar por parte de los servicios técnicos municipales, de tal forma que con ese conocimiento saben que es imposible que la información se les pueda proporcionar durante el primer mes del contrato ya que la misma no está finalizada y está en proceso de elaboración; las cuales pudiesen denotar una falta de rigor en la elaboración por el propio órgano de contratación de las prescripciones de los pliegos, pues si entiende que el plazo de un mes para el citado inventario es de ejecución imposible, existen mecanismos en la normativa contractual para remediar aquellos casos en los que en los pliegos se detectan infracciones no subsanables.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso.

**NOVENO.** En el tercer motivo del recurso la recurrente denuncia que la oferta de la entidad CESPAs ha incumplido el PPT respecto a las frecuencias de la labor de vigilancia de equipamiento de obra civil, ocio y mobiliario urbano.

Así, señala la recurrente que el PPT en su cláusula 10.19 impone expresamente a la entidad adjudicataria la obligación de vigilar diariamente de forma ocular el estado de los elementos de obra civil y del equipamiento de ocio y mobiliario urbano. En este sentido, aclara que a los efectos de interpretar adecuadamente el adverbio “diariamente” empleado, esto es si se refiere a días naturales o hábiles, ha de acudir a la cláusula 7 del citado pliego que regula el horario de prestación de los servicios, disponiendo expresamente que se prestará de lunes a domingo, por lo que no cabe duda de que la vigilancia diaria de los elementos deberá efectuarse igualmente de lunes a domingo, todos los días de cada mes.



Sin embargo, afirma que CESPA se limita a ofrecer una frecuencia en la labor de vigilancia ocular de los elementos de tan sólo 20 días al mes, es decir, de cinco días a la semana, de tal forma que su oferta no se ajusta a los requerimientos mínimos de vigilancia ocular fijados en el PPT. Al respecto, aclara que CESPA en coherencia con su propuesta limitada, no ha incluido, entre los medios humanos destinados a llevar a cabo estas labores de vigilancia diaria, a los equipos de fin de semana y de festivo.

Destaca la recurrente que CESPA es plenamente consciente de que el término “diario” empleado en el PPT incluye también los fines de semana, pues en otro caso, no se comprendería por qué en relación con otros programas de actuación, limpieza y recogida selectiva de residuos dentro del programa de limpieza de los espacios verdes, para el que también se exige una frecuencia diaria, sí ha contemplado la realización de las tareas 29, 30 o 31 días al mes y ha destinado al efecto a sus equipos de fin de semana y festivos

Concluye la recurrente que a la vista de lo expuesto, queda acreditado que la oferta de CESPA incumple de manera evidente el PPT en lo que se refiere a la obligación de vigilancia diaria de los elementos de la obra civil, equipamiento de ocio y mobiliario urbano impuesta en el PPT, pues se ha limitado a proponer su realización 20 días al mes, excluyendo injustificadamente los fines de semana.

Por su parte, el informe al recurso advierte que al analizar con detalle la oferta de CESPA, estamos ante una posible incongruencia ya que por un lado, encima de la tabla se lee "Se inspeccionarán diariamente estos elementos" y por otro en la propia tabla en las labores de vigilancia ocular de los elementos se indica 20 repitiendo dicho número mensualmente de enero a diciembre. En este sentido, señala que puesto que se dice claramente que se inspeccionarán diariamente, parece claro y plausible considerar un error la cifra 20, ya que entra en contradicción con lo escrito instantes antes y por lo indicado en el PPT.

A su juicio, el argumento de que estamos ante un error y no un incumplimiento se puede entender viendo los medios propuestos para esta tarea. Así, indica que en la misma tabla, se observa que dichos medios son, equipo de refuerzo (REF) y los equipos de mantenimiento general (MG) que están disponibles durante todos los días del año, como se deduce de la tabla presentada en el apartado 1.20 programa de limpieza de los espacios verdes del tomo 1, programa de gestión del servicio de limpieza, mantenimiento y conservación de las zonas verdes de La Rinconada (página 9).



Además, concluye el órgano de contratación que viendo que los equipos de mantenimiento general realizarán la limpieza diaria de residuos y vaciado de papeleras y contenedores, que están precisamente dentro de las zonas verdes, resulta obvio que la inspección visual se realizará todos los días del año, no existiendo por tanto ningún incumplimiento y sí una incongruencia de entidad insuficiente para excluir la oferta de CESP.A.

Por último, CESP.A en sus alegaciones al recurso afirma que en su oferta dentro del cuadro resumen del programa de vigilancia y limpieza equipamiento obra civil, ocio y mobiliario urbano, se señala que la inspección de los elementos será diaria. Asimismo, indica que tanto el equipo de refuerzo (REF) como los equipos de mantenimiento general (MG), que llevarán a cabo dichas tareas, están disponibles durante todos los días del año, como se deduce de su proposición dentro de la tabla resumen del programa de limpieza de los espacios verdes. Lo anterior, a su juicio, permite concluir que en su oferta se contempla que la inspección visual del equipamiento de obra civil, ocio y mobiliario urbano se realizará diariamente, cumpliendo así lo establecido por los pliegos.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el tercer alegato de la recurrente en el que denuncia que la oferta de la entidad CESP.A ha incumplido el PPT respecto a las frecuencias de la labor de vigilancia de equipamiento de obra civil, ocio y mobiliario urbano.

En este sentido, indica que la cláusula 10.19 del PPT impone expresamente a la entidad adjudicataria la obligación de vigilar diariamente de forma ocular el estado de los elementos de obra civil y del equipamiento de ocio y mobiliario urbano. Sin embargo, afirma que CESP.A se limita a ofrecer una frecuencia en la labor de vigilancia ocular de los elementos de tan sólo 20 días al mes.

Por su parte, la cláusula 10.19 del PPT dispone en lo que aquí interesa lo siguiente: *«La Empresa adjudicataria tendrá la obligación de vigilar diariamente de forma ocular el estado de los elementos de obra civil, así como del equipamiento de ocio y el mobiliario urbano instalado dentro de las zonas a mantener, de forma que se evite que cualquier desperfecto pueda ocasionar accidentes a los usuarios por falta de mantenimiento.»*.

Al respecto, este Tribunal ha podido constatar que en la oferta de CESP.A en el cuadro resumen denominado programa de vigilancia y limpieza equipamiento obra civil, ocio y mobiliario urbano, se señala al principio del cuadro que se inspeccionarán diariamente estos elementos, y en una tabla dentro de la fila



“vigilancia ocular de los elementos” se recogen para cada uno de los meses del año, desde enero a diciembre, la cifra de 20, de lo que se infiere que aquella se realizará 20 días en cada mes. Lo anterior, evidencia una contradicción en la propia oferta, que tanto el órgano de contratación como la entidad CESPA justifican indicando que tanto el equipo de refuerzo como los equipos de mantenimiento general, que llevarán a cabo dichas tareas, están disponibles durante todos los días del año, como se deduce de su proposición dentro de la tabla resumen del programa de limpieza de los espacios verdes.

Así las cosas, aplicando la doctrina expuesta, el incumplimiento del requisito de las frecuencias de la labor de vigilancia de equipamiento de obra civil, ocio y mobiliario urbano, al ser una exigencia que debe verificarse en la fase de ejecución del contrato, sin que sea razonable adivinar ni presumir que la adjudicataria -CESPA-, que ha asumido los compromisos requeridos con arreglo a lo dispuesto en los pliegos, vaya a incumplirlos, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos, circunstancia que no es posible afirmar con rotundidad, pues aun cuando por un lado la oferta habla de 20 días mensuales, por otro lado, indica que «*se inspeccionarán diariamente estos elementos*».

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el tercer motivo del recurso.

**DÉCIMO.** En el cuarto motivo del recurso la recurrente denuncia que la oferta de la entidad CESPA ha incumplido el PPT respecto al horario de prestación del servicio.

En este sentido, señala que como se exponía en el apartado anterior, la cláusula 7 del PPT determina un horario de prestación del servicio de lunes a domingo de 7:00 a 22:00 horas. Al respecto, indica que durante la temporada de invierno, la oferta de CESPA cumple con dicho horario, toda vez que destina un equipo de trabajo para la mañana que presta sus servicios entre las 7:00 y las 14:30 horas y un equipo de tarde que realiza su actividad entre las 14:00 y las 22:30 horas. Sin embargo, afirma que en la temporada de verano, se detecta un claro incumplimiento del PPT, en la medida en que no se presta ningún servicio entre las 14.30 y las 16:30 horas, pues el equipo de tarde comienza su jornada a las 16:30, mientras que el resto de equipos con horario de mañana la finaliza a las 14:30, es decir, 2 horas antes de que el equipo de tarde comience su jornada, careciendo por tanto el servicio propuesto por CESPA de personal durante 2 horas todos los días del año (entre las 14:30 y las 16:30), a pesar de que la cláusula 7 del PPT exige de manera indubitada la prestación de servicio de forma habitual de lunes a domingo de 7:00 a 22:00 horas.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso reproduce el apartado 7 del PPT así como la oferta de CESPА respecto a la distribución horaria del personal que se recoge en la página 9 del tomo 2 - programa de organización del servicio- incluida en el sobre 2 de aquella. Asimismo, indica que conviene aclarar que en el citado pliego, se indica que el horario habitual de prestación del servicio será de 7:00 a 22:00 horas pero eso no significa que lo haya de ser de forma ininterrumpida durante ese horario, sino que los turnos se deben prestar dentro de dicho rango horario, salvo excepciones, de tal forma que no estamos ante un incumplimiento del PPT de la oferta de CESPА, sino más bien ante una adaptación del servicio a las condiciones del verano.

Igualmente reproduce una pregunta que manifiesta que respondieron los servicios técnicos municipales durante el proceso de licitación a requerimiento de CESPА, respecto a los horarios de apertura y cierre de los parques durante el año. Tras lo cual, indica el informe al recurso que en el verano, los parques abren desde las 7:00 a las 13:00 horas en el periodo del 16 de junio al 15 de septiembre, de forma que el servicio hay que adaptarlo a dichas circunstancias de lunes a domingo y eso es precisamente lo que hace CESPА en su propuesta, esto es en verano alarga el horario de prestación para dar servicio más allá del horario habitual de las 22:00 horas, ya que en dicha época el servicio se alarga por el mayor periodo de apertura de los principales parques del municipio que requieren mayor mantenimiento y limpieza por la mayor afluencia de ciudadanos, de tal forma que al desplazar 2 horas de servicio al tramo de las 22:00 a las 00:00 horas, se mejora la prestación puesto que permitirá realizar trabajos de limpieza cuando los ciudadanos empiecen a abandonar los parques, quedando así estos en un mejor estado de cara al día siguiente. Además, afirma que los horarios propuestos por CESPА, se adaptan mejor a las características climáticas del municipio, pues en verano es habitual que en las horas centrales del día las temperaturas alcancen fácilmente los 40 grados, lo que impide trabajar con normalidad al aire libre e incluso existe riesgo para la salud del personal.

Concluye el informe al recurso, señalando que por todo lo indicado no se considera que haya un incumplimiento de las condiciones del PPT, sino una adaptación a lo que en él se especifica, así como a lo aclarado durante el proceso de licitación por los servicios técnicos municipales a las licitadoras.

CESPА, como interesada, al igual que el órgano de contratación, alega y reproduce el apartado 7 del PPT, su oferta respecto a la distribución horaria del personal y la pregunta realizada y su contestación sobre los



horarios de apertura y cierre de los parques durante el año. Asimismo, plantea argumentos muy similares al órgano de contratación respecto a la prestación del servicio en el horario de verano. Igualmente, manifiesta que debe tenerse en cuenta que el apartado 19.B).2 del anexo I del PCAP señalaba como criterio de valoración sometido a juicio de valor la propuesta que realizasen las licitadoras respecto a la distribución horaria del personal para un mejor cumplimiento de lo exigido en el PPT.

Tras lo cual, concluye que la propuesta de distribución horaria planteada en la oferta por CESPА cumple con las exigencias de los pliegos, pues por un lado, el horario propuesto cumple durante todos los meses del año con los dos turnos de trabajo exigidos en los pliegos (mañana y tarde), y por otro lado, realiza un planteamiento del horario que se adapta a los horarios especiales (y parcialmente variables) de apertura y cierre de parques durante la temporada de verano, adaptando el servicio a dichos horarios especiales y aporta una mejora sensible sobre el servicio al velar por la salud de los operarios en épocas de calor excesivo.

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el cuarto alegato de la recurrente en el que denuncia que la oferta de la entidad CESPА ha incumplido el PPT respecto al horario de prestación del servicio.

En este sentido, señala que la cláusula 7 del PPT determina un horario de prestación del servicio de lunes a domingo de 7:00 a 22:00 horas. Sin embargo, afirma que en la oferta de CESPА en la temporada de verano, se detecta un claro incumplimiento del PPT, en la medida en que no se presta ningún servicio entre las 14.30 y las 16:30 horas.

Por su parte, la cláusula 7 del PPT dispone en lo que aquí interesa lo siguiente:

*«HORARIOS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS.*

*Los horarios de prestación de servicio serán de forma habitual de lunes a domingo de 7:00 a 22:00 horas, salvo que por indicación de los servicios técnicos se deba realizar algún trabajo en horario diferente al anteriormente indicado.*

*La adjudicataria deberá obligatoriamente cubrir con su personal el servicio tanto en horario de mañana como en horario de tarde, salvo en aquellos servicios en los que en este PPT se indique un horario concreto como en el caso de la limpieza de Skate Plaza.*

*Además, deberá contemplar para determinadas zonas verdes con gran afluencia, y que determinen los servicios técnicos municipales el contar con personal de mantenimiento y/o limpieza los sábados, domingos y festivos.*

*Dichas zonas verdes serán indicadas a la adjudicataria por los servicios técnicos municipales.».*



Dicha cláusula, relativa al horario de prestación de los servicios, establece una regla general al respecto, esto es que dicho horario será de lunes a domingos de 7:00 a 22:00 horas, y varias excepciones: i) que por indicación de los servicios técnicos se deba realizar algún trabajo en horario diferente al anteriormente indicado, ii) que por indicación del propio PPT algún servicio haya de realizarse en un horario concreto como en el caso de la limpieza de Skate Plaza, y iii) que para determinadas zonas verdes con gran afluencia, y que determinen los servicios técnicos municipales la adjudicataria debe contar con personal de mantenimiento y/o limpieza los sábados, domingos y festivos.

Queda, pues, claro que salvo para los supuestos que expresamente se indican en la citada cláusula 7 del PPT, el horario de prestación del servicio será de lunes a domingos de 7:00 a 22:00 horas. Dicha exigencia no admite modulación o interpretación alguna, el órgano de contratación requiere que ese sea el horario de prestación de los servicios, salvo en los casos que como se ha expuesto detalla.

Pues bien, queda asimismo claro, como se reproduce en las alegaciones de todas las partes, que CESPA en su oferta en el horario de verano no cubre las horas comprendidas entre las 14:30 y las 16:30. Dicha propuesta no admite interpretación alguna, y ello con independencia de que puede ofertar o no la ampliación de trabajos fuera del horario exigido a los efectos que proceda, bien para conseguir puntos en determinados criterios de adjudicación o bien para una mejor organización del personal a su servicio, pero lo que no puede es variar a su conveniencia el horario establecido como obligatorio en la cláusula 7 del PPT.

Es muy loable el argumento tanto del órgano de contratación como de la entidad CESPA, de que conforme a la oferta de dicha entidad se mejora la prestación, puesto que permitirá realizar trabajos de limpieza cuando los ciudadanos empiecen a abandonar los parques, quedando así estos en un mejor estado de cara al día siguiente, con mejor adaptación a las características climáticas del municipio, pues en verano es habitual que en las horas centrales del día las temperaturas alcancen fácilmente los 40 grados, lo que impide trabajar con normalidad al aire libre e incluso existe riesgo para la salud del personal. Sería incluso de sentido común dicha argumentación, pero lo cierto es que no es eso lo que se recogía en el apartado 7 del PPT, donde se exigía que el horario fuese de lunes a domingo de 7:00 a 22:00 horas, con las salvedades allí recogidas.



En este sentido, la entidad CESPAs pudo haber recurrido los pliegos si entendía que lo razonable es el horario de verano que ahora propone, pero lo que no puede es aceptar dichos pliegos al presentar oferta y después incumplir claramente el horario requerido. Asimismo, al igual que se razonó en el fundamento de derecho séptimo, no puede el órgano de contratación establecer una exigencia en los pliegos rectores de la licitación de forma tajante respecto del horario de prestación del servicio y posteriormente en las alegaciones al recurso afirmar que los horarios propuestos por CESPAs, que de forma clara incumplen el PPT, mejoran la prestación y se adaptan mejor a las características climáticas del municipio, pues ello entre otras cosas denota de nuevo una falta de rigor en la elaboración del citado pliego.

Por último, en relación a la pregunta que respondieron los servicios técnicos municipales durante el proceso de licitación a requerimiento de CESPAs, respecto a los horarios de apertura y cierre de los parques durante el año, su respuesta en nada modifica lo expuesto en el presente fundamento.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos el cuarto motivo del recurso.

**UNDÉCIMO.** En el quinto y último de los motivos del recurso la recurrente denuncia que la oferta de la entidad CESPAs ha incumplido el PPT en materia de personal.

Al respecto, el recurso afirma que con la finalidad de dar cumplimiento al horario previsto en la cláusula 7 del PPT, de lunes a domingo de 7:00 a 22:00 horas, durante los fines de semana y días festivos, CESPAs indica en su oferta que dispondrá de un equipo de fin de semana y festivos, que contará con “*un operario a media jornada de mañana*”, además de un equipo de tarde que “*actuará durante los siete días de la semana, incluso festivos*”. En este sentido, considera la recurrente que el empleo de un solo operario a media jornada para cubrir el horario matinal (de 7:00 a 14:30 horas) durante los fines de semana y festivos es claramente insuficiente, a la vista del convenio colectivo de aplicación, que como indica la cláusula 13.2 del PPT, es el Convenio estatal de jardinería 2017-2020 (BOE nº 36, de 9 de febrero de 2018). Dicho convenio, en su artículo 16 dispone que la jornada máxima anual será de 1700 horas anuales, por lo que un operario a media jornada no puede superar en ningún caso las 850 horas anuales (la mitad de las 1.700 horas anuales previstas en el convenio).



Sin embargo, según manifiesta la recurrente, CESPA en su oferta impone al operario destinado al equipo de fines de semana y festivos la realización de, al menos, 900 horas anuales. En este sentido, indica que incluso teniendo en cuenta la posibilidad de aumentar dichas horas con horas extraordinarias, conforme al artículo 17 del citado convenio que dispone que el número de horas extraordinarias no podrá ser superior a 80 al año y para las personas trabajadoras que por la modalidad o duración de su contrato realicen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirán en la misma proporción que existe entre tales jornadas; por lo tanto, las horas extraordinarias máximas que podría desarrollar dicha persona trabajadora sería de 40 horas al año, las cuales sumadas a las horas anuales, supondrían un total de 890 como máximo.

Concluye la recurrente, que a la vista de lo expuesto, no cabe duda de que la propuesta de empleo realizada por CESPA en su oferta es claramente insuficiente para atender adecuadamente el horario mínimo fijado preceptivamente en el PPT, respetando las previsiones imperativas contenidas en el convenio colectivo de aplicación. A su juicio, no puede destinarse una única persona trabajadora con una jornada anual máxima de 850 horas, según convenio, a la realización de tareas que suponen, al menos, 900 horas anuales, por lo que la dimensión del personal propuesta por CESPA no es adecuada para cumplimentar los requerimientos mínimos fijados en el PPT; el incumplimiento del PPT es, por tanto, claro y manifiesto.

Frente al presente alegato, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que para analizar la coherencia o no de la oferta de CESPA, hay que calcular las horas necesarias para prestar el servicio los fines de semana y festivos. En este sentido indica que el calendario de festivos varía de año en año en el municipio, siendo 14 días los festivos de 2018 y de 15 días para 2019; no obstante, según el calendario previsto para el año 2020, las horas necesarias serían de 900 horas, lo que supondría un 2,94 % sobre la media jornada según el convenio colectivo referido lo que supondría tener que realizar 50 horas extras. Al respecto, se observa que en la oferta de personal (tabla de la página 6 del tomo II), se contará con 29,50 operarios adscritos al servicio, de tal suerte que si se descartan los operarios que por su dedicación parcial al mismo no tienen capacidad de hacer horas extraordinarias, el dimensionamiento de medios humanos propuesto por CESPA tiene una capacidad potencial de realizar hasta un máximo de 2.240 horas extraordinarias por año completo de servicio, por lo que estaría en condiciones de prestar las 50 horas que no pueda cubrir el personal asignado a los fines de semana y festivos a media jornada, no incumpliendo por tanto los requisitos mínimos establecidos en el PPT.



Por su parte, CESPА en sus alegaciones al recurso indica que el razonamiento de la recurrente parte de una premisa equivocada, cual es que el equipo de fines de semana y festivos que desempeñará el servicio en horario de mañana está compuesto por el mismo y único operario. En este sentido, señala que su oferta en ningún momento señala que esas horas de trabajo deban de realizarse por el mismo operario, cuestión que tampoco lo exigían los pliegos.

Asimismo, reproduce la parte de su oferta en que se indica el número total de personas adscritas al servicio, resultando de la misma según señala que del total de 29,50 personas adscritas al servicio, aun teniendo en cuenta, tan solo, a las 28 personas adscritas al servicio con dedicación total, resulta que las mismas pueden realizar hasta 2.240 horas extraordinarias por año completo de servicio (28 personas x 80 horas extraordinarias/persona).

Concluye CESPА que su oferta tiene capacidad para cubrir el exceso de horas necesarias (50 horas/año) indicado por la recurrente en sus recursos para cubrir el servicio los fines de semana y festivos en horario de mañana, con la bolsa de horas extraordinarias disponibles en el resto del personal adscrito al servicio (2.240 horas/año).

Vistas las alegaciones de las partes procede analizar el quinto alegato de la recurrente en el que denuncia que la oferta de la entidad CESPА ha incumplido el PPT en materia de personal.

Al respecto, el recurso afirma que el empleo de un solo operario a media jornada para cubrir el horario matinal (de 7:00 a 14:30 horas) durante los fines de semana y festivos es claramente insuficiente.

Pues bien, como alega la entidad CESPА en su escrito de alegaciones al recurso, la recurrente parte de una premisa errónea, esto es que el equipo de fines de semana y festivos que desempeñará el servicio en horario de mañana está compuesto por el mismo y único operario, circunstancia que no es posible inferir de la oferta de CESPА.

Así las cosas, aplicando la doctrina expuesta, el incumplimiento del PPT en materia de personal que denuncia la recurrente, al ser una exigencia que debe verificarse en la fase de ejecución del contrato, sin que sea razonable adivinar ni presumir que la adjudicataria -CESPА-, que ha asumido los compromisos



requeridos con arreglo a lo dispuesto en los pliegos, vaya a incumplirlos, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se van a producir tales incumplimientos, circunstancia que no es posible afirmar de la oferta de CESP A en la que en ningún momento se señala que el equipo de fines de semana y festivos que desempeñará el servicio en horario de mañana está compuesto por el mismo y único operario.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el quinto motivo del recurso.

**DUODÉCIMO.** La corrección de las infracciones legales cometidas, que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho de la presente resolución, ha de llevarse a cabo anulando la resolución, de 6 marzo de de 2020, del órgano de contratación de adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que se proceda a la exclusión de la oferta de la entidad CESP A en los términos expuestos ut supra, con continuación en su caso del procedimiento de adjudicación, conservando la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

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

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación número 111/2020 interpuesto por la entidad **ACCIONA MEDIO AMBIENTE, S.A.U.** contra la resolución, de 6 marzo de de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza, mantenimiento y conservación de las zonas verdes del Municipio de La Rinconada” (Expte. 13179/2019), convocado por el Ayuntamiento de La Rinconada (Sevilla) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho duodécimo de esta resolución.

Inadmitir el recurso 125/2020 por los motivos expuestos en el fundamento de derecho sexto.

**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.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las personas 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.

