



**EB 2014/20 y 22**

**Resolución 33/2014, de 21 de marzo de 2014, del 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 los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la UTE conformada por Clece, S.A., Inbisa, S.A. y Campezo Obras y Servicios, S.A. y por la empresa Ferroser Servicios Auxiliares, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza de la organización sanitaria integrada del Bajo Deba”, tramitado por el Ente Público de Derecho Privado Osakidetza – Servicio Vasco de Salud.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 28 de febrero de 2014, la UTE conformada por Clece, S.A., Inbisa, S.A. y Campezo Obras y Servicios, S.A., por un lado (Expediente EB 2014/20), y la empresa Ferroser Servicios Auxiliares, S.A., por otro (Expediente EB 2014/22), interpusieron sendos recursos especiales contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza de la organización sanitaria integrada del Bajo Deba”, tramitado por el Ente Público de Derecho Privado Osakidetza – Servicio Vasco de Salud.

**SEGUNDO:** El mismo día se solicitó a Osakidetza la remisión del expediente de contratación. Remisión que tuvo lugar el 5 de marzo de 2014 junto con los informe que menciona el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

**TERCERO:** Con fecha 11 de marzo se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose en el plazo otorgado, en referencia a ambos recursos, las de la empresa Unión Internacional de Limpiezas, S.A. (Limpiezas UNI2).

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ-PAC), «El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.» Habida



cuenta de que se trata de impugnaciones contra un mismo acto, procede la acumulación de ambos recursos para resolverlos en una única Resolución.

**SEGUNDO:** En el expediente constan la legitimación de los recurrentes y la representación de quienes actúan en su nombre.

**TERCERO:** El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

**CUARTO:** El artículo 40.2 c) del TRLCSP establece que son susceptibles de recurso especial

«Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

**QUINTO:** Los recursos han sido interpuestos en el plazo previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

**SEXTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículos 3.1 c), 3.2 e) y 3.3 a) del TRLCSP).

**SÉPTIMO: Recurso EB 2014/20, interpuesto por la UTE conformada por Clece, S.A., Inbisa, S.A. y Campezo Obras y Servicios, S.A.**

#### **A) Contenido del recurso**

a) La cláusula 30.2.1 b) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece los criterios de adjudicación cuya aplicación requiere de un juicio de valor:

«Valor técnico de la oferta: 50 puntos según el siguiente desglose:

Criterio A – Valoración del Plan de limpieza (38 puntos). La puntuación máxima del Plan de limpieza ascenderá a 38 puntos de conformidad con el siguiente desglose por subcriterio y ponderación máxima individualizada:

Subcriterio 1.- Metodología de limpieza. Especificaciones por niveles de riesgo (6 puntos).

Subcriterio 2.- Especificaciones de Limpieza por elemento y por área (6 puntos).

Subcriterio 3.- Horarios y coberturas propuestas en cada zona (6 puntos).

Subcriterio 4.- Productos utilizados y comportamiento medioambiental (3 puntos).



Subcriterio 5.- Maquinaria y equipamiento dedicado al servicio de limpieza (3 puntos).

Subcriterio 6.- Gestión de residuos (4 puntos).

Subcriterio 7.- Estudio detallado de la planificación de la calidad (6 puntos).

Subcriterio 8.- Programa de desinfección (2 puntos).

Subcriterio 9.- Protocolo de trabajos de desinfección y desratización (2 puntos).

- **Criterio B.- Plan de Formación: 6 puntos»**

El informe técnico de 24 de enero de 2014 señala que los subcriterios del Criterio A se han subdividido en ítems evaluables, a cada uno de los cuales se les ha otorgado una puntuación según el nivel de importancia considerada por el equipo evaluador; lo mismo ha sucedido con el Criterio B. Estos nuevos ítems suponen la introducción de criterios de adjudicación no contenidos en los Pliegos y desconocidos por los licitadores en el momento de presentar sus ofertas (páginas 4 a 7 del informe de valoración). El recurrente considera que se han aplicado reglas de ponderación o subcriterios que no se habían puesto previamente en conocimiento de los licitadores, lo que es una actuación discriminatoria y arbitraria.

b) Existen errores materiales y ostensibles en la valoración técnica de los criterios que dependen de un juicio de valor, pues existen concretas propuestas que no han sido valoradas, ni siquiera mencionadas en el informe de valoración, lo que es un claro error manifiesto y material por omitirse elementos realmente ofertados por los recurrentes.

c) La valoración de las ofertas por la Administración ha supuesto una clara vulneración de los principios que rigen la contratación administrativa, en especial del principio de igualdad de trato y no discriminación y, libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa; en concreto, el poder adjudicador no ha valorado igual propuestas iguales o sustancialmente idénticas propuestas por distintos licitadores.

d) El criterio C de los dependientes de un juicio de valor (letra b) de la cláusula 30.2.1 de la carátula del PCAP) establece lo siguiente:

«Innovaciones y mejoras: 6 puntos. (La OSI Bajo Deba determinará qué mejoras pueden ser admitidas, en función de las necesidades a satisfacer. Se valorarán en especial aquellas que supongan una innovación en la prestación de servicio en esa OSI. Siempre tendrán que estar relacionadas con el objeto de la presente contratación. Las mejoras deben ser descritas y cuantificadas económicamente).»

A la vista de esta redacción, el recurrente ofertó 42 mejoras (páginas 87 a 100 de su proposición técnica); el informe de valoración acuerda utilizar un baremo para puntuar las innovaciones y mejoras presentadas, con arreglo a ciertos criterios (se trata de una escala que va desde los 0 puntos si se considera que no se trata de una innovación o mejora hasta 1 punto si la innovación o mejora



presentada supone una importante y clara mejoría sobre la situación actual en un aspecto que se considera clave para el OSI). El recurso señala que se han introducido en la valoración nuevos criterios inicialmente no previstos y que la oferta de la UTE ha recibido una puntuación de 4,45 puntos sin especificarse los motivos que lo justifican; igual falta de motivación afecta a la adjudicataria. Todo ello es contrario al artículo 147 TRLCSP y a la doctrina de los órganos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación, con el efecto de que, al no contenerse en el pliego qué mejoras se tendrán en cuenta, qué puntuación se les asignará y conforme a qué criterios, y concretándose a posteriori todas estas cuestiones, el criterio no podrá ser tenido en cuenta al estar viciado de nulidad radical por infringir el principio de igualdad (artículo 62 LRJ-PAC).

e) Finalmente, se solicita la estimación del recurso, la nulidad del acto impugnado y la retroacción del procedimiento, ordenando a la Administración la práctica de una nueva valoración sin tener en cuenta las mejoras.

## **B) Alegaciones del órgano de contratación**

a) La valoración de los ítems en los que se han valorado los subcriterios está técnicamente integrado en ellos y no se trata de una valoración arbitraria, ya que se trata de cuestiones que entran dentro de la lógica y son fácilmente previsibles, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de criterios de tipo subjetivo en los que cabe un margen de discrecionalidad.

b) De la valoración efectuada no se constatan las omisiones a las que alude la recurrente y, salvo en dos ocasiones, en las que se acepta que se modifique la puntuación inicialmente acordada (incrementándola en 0,7 puntos), queda acreditado que la oferta no cumple los requisitos técnicos para alcanzar la puntuación máxima.

c) Las razones sopesadas en el informe técnico justifican suficientemente la diferente puntuación entre las distintas ofertas y el recurrente pretende simplemente sustituir la evaluación del órgano de contratación por otra más favorable.

d) Las manifestaciones vertidas por la recurrente atendiendo a la valoración pormenorizada del informe técnico concretando las puntuaciones otorgadas a las licitadoras en función del baremo de ponderación ajustado a las directrices emanadas del criterio relativo a las mejoras desvirtúan sus propios reproches de falta de concreción. La valoración se ajusta al criterio establecido en los Pliegos. No obstante, cabría achacar al criterio la falta de una mayor concreción que pusiera en entredicho su validez.

e) Finalmente, se solicita la desestimación del recurso y, en el caso de que se declare la nulidad del criterio relativo a las mejoras, que no se tengan en cuenta las mismas y se desestime igualmente el recurso por economía procesal,



habida cuenta de que no se alteraría el resultado de la adjudicación ni siquiera contando con el incremento de puntuación tras la revisión.

**OCTAVO: Recurso EB 2014/22, interpuesto por la empresa FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A.**

**A) Contenido del recurso**

a) La valoración de la oferta del recurrente ha sido arbitraria y carente de justificación, pues no se ha ajustado a las prescripciones del Pliego; se señala que los criterios de adjudicación han de estar directamente vinculados al objeto, las características y la naturaleza del contrato, han de ser objetivos, han de estar ponderados, han de permitir evaluar el nivel de rendimiento y la relación calidad/precio de cada oferta y deben figurar en los pliegos. El recurso señala divergencias en la valoración de varios subcriterios y aspectos de los Criterios A, B y C. Además de esta desajustada valoración realizada por la mesa de la documentación presentada por Ferrosfer, se ha valorado arbitrariamente la presentada por la adjudicataria, otorgándole mayor puntuación por innovaciones o mejoras de similar naturaleza a las presentadas por Ferrosfer y otras licitadoras, llegando a valorar indebidamente como mejoras prescripciones que ya eran exigibles conforme a los pliegos. Por otro lado, no se detalla ni motiva la puntuación otorgada a la oferta del recurrente, excediendo el órgano de contratación su margen de discrecionalidad.

b) La adjudicación adolece de una clara falta de motivación, siendo insuficiente para explicitar, siquiera de modo sucinto, las razones de la decisión adoptada, lo que no está amparado por la discrecionalidad de la Administración, incurriéndose así en arbitrariedad.

c) Finalmente, se solicita la estimación del recurso, la nulidad de las actuaciones y la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las proposiciones, así como la vista de la documentación técnica presentada por la adjudicataria (sobre C).

**B) Alegaciones del órgano de contratación**

a) La valoración otorgada se fundamenta en el grado de corrección de los requisitos técnicos aportados por el recurrente, no siendo objeto de valoración los exigidos pero no aportados o presentados de forma deficiente. La objetividad es clara, con independencia de que del desacuerdo del recurrente con la valoración por no coincidir con sus expectativas.

b) Analizadas las discrepancias formuladas, queda acreditado que las proposiciones presentadas por la recurrente en los ítems cuestionados no cumplen a la perfección el requisito técnico para alcanzar la máxima puntuación.



c) La valoración de las mejoras se ajusta a las bases de la convocatoria, si bien cabría achacar al criterio la falta de una mayor concreción que pusiera en entredicho su validez.

d) Considerando la minuciosa y detallada valoración de los elementos técnicos de la prestación, y los constantes alegatos de la recurrente discrepando de la valoración, sólo cabe concluir que la empresa ha conocido suficientemente las razones por la que su oferta se descarta y ha podido ejercer su derecho a la defensa.

e) La recurrente no ha mostrado interés por acceder el expediente, y en particular, a la oferta de la adjudicataria, trámite al que el poder adjudicador hubiera puesto trabas, sobre todo a la vista de que ésta no designó como confidencial ningún documento. Esta actitud demuestra poca diligencia o que la información remitida era ya suficiente.

f) Finalmente, se solicita la desestimación del recurso y, en el caso de que se declare la nulidad del criterio relativo a las mejoras, que no se tengan en cuenta las mismas y se desestime igualmente el recurso por economía procesal, habida cuenta de que no se alteraría el resultado de la adjudicación.

**NOVENO: Alegaciones de la empresa UNI2 en referencia a ambos recursos.**

a) Se han introducido nuevos criterios de valoración no contenidos en los Pliegos que rigen la contratación del servicio, referidos a los Criterios de Juicio de Valor en los subcriterios de los criterios A, B y C.

b) Se ha incurrido en errores en cuanto a la valoración de propuestas concretas contenidas en la Memoria Técnica, al no valorar determinados ítems por no considerarlos incluidos en la Memoria cuando sí lo están.

c) La aplicación de criterios de adjudicación no previstos en los Pliegos, sino creados ex-novo en el momento de la valoración de las ofertas no sólo determina la nulidad del criterio de adjudicación sino la de todo el proceso de adjudicación. En particular, se considera que el criterio relativo a las mejoras no cumple los requisitos exigidos por el artículo 147 TRLCSP al no detallar sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación y se recuerda que la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige la relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o el anuncio y la ponderación, y que la omisión de estos requisitos conlleva la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación.

**DÉCIMO:** Ambos recurrentes critican la valoración que se les asigna en el criterio “Mejoras e innovaciones”, cuya descripción es la siguiente:



«Innovaciones y mejoras: 6 puntos. (La OSI Bajo Deba determinará qué mejoras pueden ser admitidas, en función de las necesidades a satisfacer. Se valorarán en especial aquellas que supongan una innovación en la prestación de servicio en esa OSI. Siempre tendrán que estar relacionadas con el objeto de la presente contratación. Las mejoras deben ser descritas y cuantificadas económicamente).»

Se observa que el criterio remite a la decisión del poder adjudicador para determinar qué mejoras son admisibles, sin que consten las reglas a las que debe sujetarse para adoptar dicha decisión, pues únicamente se hace alusión a que las mejoras supongan una innovación que, además, no es excluyente (“en especial”), y el resto son menciones obvias, comunes a cualquier mejora e, incluso, a cualquier criterio de adjudicación (necesidades a satisfacer, relación con el objeto contractual). Asimismo, se observa que las mejoras propuestas deben estar cuantificadas económicamente; circunstancia que no es coherente con el principio de selección de la oferta más ventajosa, pues no necesariamente un mayor importe supone una mayor ventaja para la prestación, pudiendo darse el caso de que una mejora de gran coste suponga sólo una pequeña ventaja para el poder adjudicador (y a la inversa), además de que el hecho de que la valoración sea la que atribuye cada oferente significa dejar la adjudicación del contrato parcialmente en manos de los licitadores, que además pueden tender a hinchar los costes de las mejoras que proponen aunque se trate de aspectos escasamente ventajosos. Llegados a este punto, es claro que el criterio de adjudicación es contrario al artículo 147.2 del TRLCSP, que establece «la posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación». Al faltar las precisiones solicitadas por el TRLCSP y, consecuentemente, valorarse las mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados y reglados (porque tales criterios no existen), se está infringiendo el principio de igualdad, pues queda la valoración al libre arbitrio del órgano de contratación. Dicho de otro modo, la infracción se deriva directamente de la configuración del criterio en el Pliego, que atribuye a la Administración una libertad incondicionada para aplicarlo, y no de la aplicación concreta que de él se ha hecho por el órgano de contratación.

Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, implícitamente reconocida por las alegaciones del poder adjudicador, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése





precisamente es el caso, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución un criterio que otorga a la Administración la posibilidad de una atribución de puntuaciones discriminatoria (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013 y la Resolución 2013/52 de este Órgano). Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a las mejoras.

La declaración de nulidad conlleva la de todo el proceso de licitación (ver, por ejemplo, la citada resolución 129/2013 del TACRC). Según la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01), «los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión.» Concluye la sentencia afirmando que «la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso.» Todo ello conlleva a la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos en este apartado sobre el criterio declarado nulo.

La declaración de nulidad de la licitación y la necesidad de tramitar una nueva para adjudicar el contrato hace superfluo el análisis de los demás motivos de impugnación, cuya hipotética estimación llevaría, en todo caso, a la retroacción del procedimiento.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP 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, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

## RESUELVE

**PRIMERO:** Estimar parcialmente los recursos especiales interpuestos por la UTE conformada por Clece, S.A., Inbisa, S.A. y Campezo Obras y Servicios, S.A. y por la empresa Ferroser Servicios Auxiliares, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza de la organización sanitaria integrada del Bajo Deba”, declarando nulo el criterio de adjudicación señalado en el Fundamento de Derecho Décimo y anulando la licitación.





**SEGUNDO:** Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47. 4 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.

**CUARTO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**QUINTO:** 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP

**Vitoria-Gasteiz, 2014ko martxoaren 21a**  
Vitoria-Gasteiz, 21 de marzo de 2014