



**EB 2013/113**

**Resolución 5/2014, de 20 de enero de 2014, del suplente del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMIPIEZA, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza de la Red de Salud Mental de Bizkaia”, tramitado por Osakidetza.**

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

**PRIMERO:** Con fecha 22 de noviembre de 2013 la empresa UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMIPIEZA, S.A. interpuso recurso especial contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza de la Red de Salud Mental de Bizkaia”, tramitado por Osakidetza.

**SEGUNDO:** Con fecha 28 de noviembre de 2013 se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose las de MASTERCLIN, S.A. Consta asimismo el informe del poder adjudicador previsto en el artículo 46.2 TRLCSP.

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

**PRIMERO:** El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que:

«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

Por su parte, el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

«a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.»

Queda acreditada la legitimación del operador económico recurrente así como la representación del compareciente.



**SEGUNDO:** El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

En el presente caso se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

**TERCERO:** El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, en concreto, de Administración Pública (Artículos 3.2 e) y 3.3 b) del TRLCSP).

**SEXTO:** Los argumentos del recuso, son, en síntesis, los siguientes:

- a) Los pliegos no contienen los criterios de valoración de las mejoras, con infracción de los artículos 150.2 TRLCSP y 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), ya que se limitan a enumerar, sin carácter exhaustivo, algunas de las mejoras que podrían ser tomadas en consideración, pero sin indicar nada sobre los criterios para valorarlas. Los pliegos no expresan los requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificar suficientemente las mejoras, como tampoco su relación directa con el objeto del contrato; únicamente se califican las mejoras como aquéllas que se oferten “al margen del mínimo exigible descrito en el pliego de bases técnicas, sin coste adicional y a beneficio permanente, en su caso, para el centro”, con remisión al criterio del informe de valoración (“siempre que a juicio del personal que suscribe el informe técnico de valoración supongan un valor añadido para la Red de Salud Mental de Bizkaia”), lo que es insuficiente.
- b) Se han vulnerado las normas que rigen la valoración de las ofertas del concurso en el momento de la adjudicación al aplicar fórmulas no previstas en los pliegos para evaluar las mejoras, infringiendo los artículos 1, 39 y 150.1 TRLCSP; en concreto, el informe técnico altera los pliegos porque agrupa las mejoras ofertadas en cuatro categorías, de modo que todas las mejoras incluidas en cada una de esas categorías sería objeto de valoración conjunta e independiente de la de otras categorías, porque fija criterios para la evaluación de dichas categorías (coste estimado e interés para el servicio de limpieza) y porque establece otro criterio adicional más para uno de los tipos de mejora (“incremento de horas de servicio”), consistente en una puntuación proporcional a las horas ofertadas. Por otro lado, en la valoración de esta última categoría de mejora se cometió un error con la oferta del recurrente, que ofreció 750 horas, y no las 450 que señala el informe.



- c) La consecuencia de esta infracción, de acuerdo con la doctrina de los tribunales que resuelven los recursos especiales en materia de contratación y la jurisprudencia europea, es la anulación del procedimiento en su totalidad, pretensión solicitada en el recurso.

**SÉPTIMO:** La empresa MASTERCLIN se opone al recurso con las siguientes alegaciones:

- a) Los hipotéticos defectos de los Pliegos deben ser impugnados con ocasión de su aprobación, no siendo lícito impugnarlos una vez se ha producido el acto de adjudicación del contrato; por ello, la pretensión del recurso sólo puede tildarse de temeraria; en todo caso, los Pliegos no carecen de la previsión sobre los criterios de valoración de las mejoras, tal y como se deduce de la lectura del punto 30.2.1 de la carátula.
- b) Por lo que se refiere a la supuesta vulneración de las normas que rigen la valoración de las ofertas, debe señalarse que la agrupación de las mejoras en cuatro categorías sólo tiene el objeto de motivar cabalmente el juicio de valor; por otro lado, debe señalarse que la empresa recurrente ha sido la más puntuada en el apartado de las mejoras, y que, aunque dicha puntuación se incrementara hasta el máximo posible (10 puntos), no alcanzaría la puntuación atribuida a la adjudicataria.
- c) Finalmente, solicita la desestimación del recurso.

**OCTAVO:** El órgano de contratación, por su parte, alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) Los Pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan a la Administración y a los licitadores, de forma que no cabe recurrirlos indirectamente con ocasión de la adjudicación, como pretende el recurrente.
- b) La descripción que los Pliegos contienen de las mejoras cumplen los requisitos exigibles (relación directa con el objeto del contrato, motivación adecuada, delimitación previa en los Pliegos y ponderación).
- c) Se acepta la existencia del error en la valoración de las horas ofertadas, pero se considera un mero error aritmético cuya subsanación no altera la modificación de la clasificación de ofertas.
- d) En cualquier caso, al recurrente le falta legitimación, pues la retroacción del procedimiento (efecto, que en el mejor de los casos, se deduciría de la resolución del recurso, que no podría anular todo el proceso) no concluiría en un resultado distinto que le reportara beneficio, ya que la valoración del adjudicatario seguiría siendo superior, razón por la cual, en virtud del principio de economía procesal, el recurso no puede aceptarse.



- e) Finalmente, solicita que no se admita o se desestime el recurso y el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**NOVENO:** El recurrente señala, en primer lugar, que los Pliegos incumplen el TRLCSP porque no expresan los requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, como tampoco su relación directa con el objeto del contrato. El contenido de la estipulación debatida (apartado 30.2.1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) es el siguiente:

« - MEJORAS DE INTERÉS PARA EL SERVICIO (PONDERACIÓN 10%):

A los efectos del artículo 147 del RDL 3/2011 del Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público, consistirá en la valoración de las mejoras ofertadas, que a modo de ejemplo y sin excluir otras que puedan ofertarse (lista abierta), al margen del mínimo exigible, descrito en el pliego de bases técnicas, sin coste adicional y a beneficio permanente, en su caso, para el Centro tal como aumento de tareas o frecuencias, instalación de equipos o maquinaria de limpieza, enfundadores de paraguas (donde no sea obligatorio) etc., siempre que a juicio del personal que suscribe el Informe Técnico de Valoración supongan un valor añadido para la RSMB.

Las mejoras, en su caso, deberán ser diferenciadas y diferenciables para cada uno de los sublotos, cuando se oferten y siempre susceptibles de ser aplicadas sobre elementos directamente vinculados al objeto del contrato.

En cuanto a las condiciones de presentación de la oferta de mejoras, éstas se incluirán en todo caso dentro del sobre "C", no siendo necesario cuantificarlas económicamente en la oferta ya que su valoración técnica se realizará mediante un "juicio de valor", pero se incluirán en un solo documento independiente del resto de documentación técnica donde se relacionen y en su caso describan las mejoras ofertadas y a que centro/s ó sublote/s están vinculadas.

Se indicará expresamente si la mejora ofertada, cuando proceda, es extensible también a la eventual prórroga que se pueda suscribir. En caso de no indicarse se entenderá que si es aplicable a la prórroga.»

El artículo 147.2 TRLCSP, que regula la admisibilidad de mejoras y variantes, establece que «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.» Del análisis de la estipulación impugnada se deduce claramente que no se han satisfecho estas exigencias, pues no hay precisión alguna acerca de los concretos elementos sobre los que pueden ofertarse mejoras, más allá de varias menciones que se entienden superfluas porque pueden predicarse de cualquier mejora (superar el mínimo marcado en el pliego de bases técnicas, no tener coste adicional o suponer un valor añadido al servicio). El listado de mejoras señaladas expresamente no aporta tampoco ninguna claridad, pues se refiere a cuestiones tan heterogéneas entre sí que es imposible que las empresas interesadas en el contrato puedan deducir de él cuál es el elemento común a todas ellas que se quiere expresar, además de que se trata de un listado abierto, lo que incrementa aún más la indefinición. Finalmente, la consideración de si se aporta o no valor añadido al servicio se deja en manos de los autores del informe técnico, sin que se limite su libertad de apreciación mediante regla vinculante alguna. En



resumen, 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. Todo lo señalado supone que la infracción 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.

**DÉCIMO:** Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, 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 en tiempo y forma del correspondiente recurso. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a Administración y licitadores 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 que se analiza o nos ocupa, puesto que infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución al tratarse de un criterio que otorga al poder adjudicador la posibilidad de una atribución de puntuaciones discriminatoria (ver, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, TACRC, 129/2013). La posibilidad de arbitrariedad se extendería a todo el procedimiento si se permitiera que la estipulación inválida ganara firmeza por beneficiarse del principio de acto consentido al no haber sido recurrida en su momento. Por ello, este Órgano debe declarar 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.» Y concluye 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 en este caso 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 toda la licitación y la previsible tramitación de una nueva con el mismo objeto hacen superfluo el análisis del motivo de impugnación basado en la introducción en la valoración de las mejoras de aspectos no previstos en los Pliegos, cuya aceptación sólo podría llevar, en todo caso, a la retroacción de actuaciones.

Por todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 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 de 2011, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

### **III.- RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar el recurso especial presentado por UNIÓN INTERNACIONAL DE LIMPIEZA, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza de la Red de Salud Mental de Bizkaia”, tramitado por Osakidetza, declarando nulo el apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP y el procedimiento de licitación.

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

**TERCERO:** 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 urtarrilaren 20a**  
Vitoria-Gasteiz, 20 de enero de 2014