



EB 2021/073

Resolución 122/2021, de 15 de julio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ISS, FACILITY SERVICES, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza de diversos edificios municipales (Lote 1)”, tramitado por el Ayuntamiento de Bermeo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de abril de 2021 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ISS, FACILITY SERVICES, S.A. (en adelante, ISS) contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza de diversos edificios municipales (Lote 1)”, tramitado por el Ayuntamiento de Bermeo.

SEGUNDO: El día 27 de abril se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió entre los días 28 de abril y 3 de mayo.





TERCERO: Traslado el recurso a los interesados con fecha 5 de mayo, se han recibido las alegaciones de ARALIA SERVICIOS SOCIO SANITARIOS, S.A. (en adelante, ARALIA), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de que J.A.S.N. actúa en nombre

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

a) Tanto la adjudicataria impugnada (ARALIA) como la mercantil que ha quedado clasificada en segundo lugar (IMPACTO) han infringido las disposiciones legales que establecen la valoración separada de las proposiciones, por cuanto que han incluido en el archivo B (relativo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor) información relativa a incluir únicamente en el archivo C (relativo a los criterios de valoración automática). Concretamente, la infracción se produce porque se han incluido aspectos relativos a cuestiones medio ambientales (eco etiquetas, carácter 100% reciclado) de los productos de limpieza, papel higiénico y bolsas de basura, los cuales constituyen criterios de adjudicación de carácter automático.

b) Las empresas anteriormente referidas no han incluido en sus respectivas ofertas los certificados y documentos acreditativos de que los productos a utilizar en la ejecución del servicio poseen las características medioambientales anteriormente señaladas, por lo que debieron ser excluidas de la licitación pues dicha infracción no puede ser objeto de subsanación.

c) Finalmente, se solicita:

- Declarar la nulidad del acuerdo de adjudicación.
- Con carácter principal, excluir del concurso las ofertas presentadas por las empresas ARALIA e IMPACTO.



- Subsidiariamente, la retroacción de las actuaciones para revisar a la baja las puntuaciones asignadas a ambas empresas en los criterios sujetos a valoración automática.
- Por último, la anulación en su totalidad del procedimiento de licitación por infracción de las normas reguladoras del mismo.

SÉPTIMO: Alegaciones de ARALIA

La adjudicataria impugnada solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos expuestos de forma resumida:

- a) En lo que se refiere a la no inclusión en el archivo C de los certificados acreditativos de las buenas prácticas de gestión ambiental, hay que señalar que la alegante sí indicó en el anexo III a incluir en dicho archivo que se comprometía a presentarlos, pero que por error no los incluyo en el sobre C pues pensaba aportarlos en una fase posterior, concretamente, junto con la documentación relativa a la adjudicación. En todo caso, dicho defecto sería perfectamente subsanable, pues la empresa dispone de dichos certificados.
- b) Respecto de la cuestión relativa a la presunta inclusión de elementos de valoración objetiva en el archivo B, ARALIA señala que de la alegación de la recurrente no puede desprenderse que se haya dado a conocer anticipadamente dicha información.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador entiende que debe desestimarse el recurso por las siguientes razones:

- a) El hecho de conocer anticipadamente información relativa a aspectos a valorar en los criterios sujetos a valoración automática no ha influido a la hora de valorar los criterios discrecionales, como puede observarse de la bajísima



puntuación obtenida por ambas empresas, de forma que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Además, la infracción de la valoración separada no implica la automática exclusión del licitador, pues ha de acreditarse que aquélla es material y no meramente formal.

b) Respecto de la segunda cuestión alegada, debe señalarse que en la versión en euskara del pliego (versión prevalente en caso de contradicción, según la cláusula 30 del PCAP) no se solicita la presentación de los certificados para la valoración de los criterios automáticos, aunque sí lo haga la versión en castellano, por lo que no cabe la exclusión de los licitadores por este motivo. Por otro lado, dicha documentación podría ser objeto de subsanación, pues no supondría la modificación de la oferta.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PCAP

23. PROPUESTA DE LOS LICITANTES: DOCUMENTOS A PRESENTAR

(...)

ARCHIVO B: Criterios mediante juicio de valor.

Se presentarán tantos archivos B como lotes elegidos.

En ningún caso se incluirán en este archivo documentos de oferta económica ni aspectos relativos a criterios cuantificables mediante fórmulas.

La inclusión de estos documentos en este archivo será motivo de exclusión de la licitación. En caso de existir una única empresa licitadora, la mesa de contratación decidirá.

ARCHIVO C: Documentación sobre los criterios que se pueden cuantificar mediante fórmula

Se deberán presentar tantas propuestas como a lotes se presente.

En este archivo se deberá presentar la oferta económica y demás criterios evaluables de forma automática, siguiendo el modelo establecido en el anexo.



La presentación de ofertas que modifiquen el modelo establecido en el anexo supondrá la exclusión de la licitación. En caso de existir una única empresa licitadora, la mesa de contratación decidirá.

(...)

25. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Precio:70%.

- Disponer de un certificado o procedimiento y prácticas laborales que garanticen la aplicación sistemática de buenas prácticas de gestión ambiental: 4%.
- Utilización de productos químicos con eco etiqueta para la limpieza: 3%.
- Que el papel higiénico y el papel seca manos sea 100% reciclado y libre de cloro: 2%.
- Utilización de bolsas de basura 100% reciclados, con eco etiqueta y con colores según los residuos: 1 %.
- Plan sobre la planificación del servicio: 10%.
- Programa de compatibilidad de la vida laboral y familiar: 10%.

25.1 Criterios que no se pueden evaluar automáticamente (0-20 puntos)

Se utilizarán los siguientes criterios que no se pueden evaluar automáticamente para valorar que las empresas licitantes conocen el objeto del contrato y para evaluar la capacidad técnica y organizativa.

a) Plan sobre la planificación del servicio:0-10 puntos.

Se valorará el programa para la ejecución de los trabajos (procedimientos, organización del trabajo y su justificación, cronogramas, productos, etc.)

b) Programa de conciliación de la vida laboral y familiar (0-10 puntos):

En este apartado deberán explicarse las medidas que la empresa adoptará para conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. Entre estas medidas se valorarán la flexibilidad laboral /horaria, impulso de las medidas para la igualdad de oportunidades, contra el acoso laboral, etc.

25.2 Criterios de evaluación automática (0-80 puntos)

(...)

b) Disponer de un certificado o procedimiento y prácticas laborales que garanticen la aplicación sistemática de buenas prácticas de gestión ambiental (4 puntos)

Las personas licitadoras deberán demostrar que en el cumplimiento del contrato pueden garantizar la aplicación sistemática de las buenas prácticas para la gestión medioambiental. Para ello se pueden utilizar dos vías: por una parte, mediante un sistema de certificación de la gestión medioambiental que certifique que las actividades del servicio que se va a contratar (EMAS, ISO-14001, Ekoscan o equivalentes) o si no, mediante la normativa medioambiental



vinculado al servicio y los procedimientos y prácticas laborales que garanticen la protección medioambiental.

c) Utilización de productos químicos para la limpieza con eco etiqueta (3 puntos):

Se valorará con 3 puntos, si se utilizan productos con eco etiqueta al prestar el servicio.

d) Que el papel higiénico y el papel seca manos sea 100% reciclado y libre de cloro (2 puntos):

Se valorará con 2 puntos que el papel higiénico y el papel seca manos sea % 100 reciclado y libre de cloro:

e) Utilización de bolsas de basura 100% reciclados. con eco etiqueta y con colores según los residuos (1 punto):

Si al prestar el servicio se utilizan bolsas de basura 100% reciclados, con eco etiqueta y con colores según los residuos se valorará con 1 punto.

El recurso se basa en los siguientes argumentos: (i) por un lado, en que tanto ARELIA como IMPACTO han incluido en el archivo B información que anticipa datos relativos a cuestiones evaluables mediante fórmulas por lo que sus proposiciones deben ser rechazadas, (ii) por otro, se plantea la exclusión o subsidiariamente una nueva valoración de dichas ofertas por la no aportación de los certificados medioambientales exigidos por algunos criterios de adjudicación automáticos.

a) Sobre la exclusión de la recurrente por infringir la valoración separada de los criterios de adjudicación

Sobre esta cuestión se expondrá en primer lugar la doctrina general de este Órgano para después contrastarla con el caso concreto.

a 1) Doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción

El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 197/2019) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio es evitar que el conocimiento de los aspectos de la oferta evaluables mediante fórmulas condicione los juicios de valor que necesariamente habrán de emitirse para aplicar los criterios de adjudicación no sujetos a la aplicación de fórmulas. Es decir, se busca la objetividad en el juicio de valor, que



podría verse comprometida si quien tiene que configurarlo conoce total o parcialmente el resultado de la evaluación de los criterios automáticos, pues en ese caso podría darse una valoración que, conscientemente o no, compensara las puntuaciones resultantes de dicha evaluación en favor o perjuicio de alguna empresa. El sistema anula también el denominado «efecto halo» en la atribución de puntuaciones al separar radicalmente la valoración de cada tipo de criterio, impidiendo, por ejemplo, que quien efectúa el informe técnico tienda a sobrevalorar la calidad de una oferta que objetivamente no merece una alta puntuación en este apartado porque sabe que también es la más barata. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO). Siguiendo este criterio, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018) o que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018) o la información que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o cuando la información aportada es irrelevante (ver la Resolución 157/2018) o si ha sido provocada o inducida por una redacción oscura de la documentación contractual contraria al principio de transparencia (ver la Resolución 124/2019).

a 2) Sobre la inclusión de datos relativos a cuestiones evaluables mediante fórmulas en el archivo “B” correspondiente a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.



El primero de los debates suscitado por el recurso es si las ofertas de ARELIA e IMPACTO debieron ser excluidas de la licitación por incluir en el sobre/archivo referido a los criterios discrecionales información propia de los criterios evaluables mediante fórmulas. La adjudicataria impugnada niega que de la alegación de la recurrente se pueda desprender que ha ofertado productos con eco etiqueta o ecológicos y, sin embargo, el poder adjudicador admite la existencia de dicha información, aunque señala que no ha tenido efecto alguno en la valoración de los criterios discrecionales dado que ambas empresas han obtenido 0,5 puntos sobre 10 en los mismos, de forma que no se ha infringido el principio de igualdad de trato. A juicio de este Órgano, y una vez analizadas las dos ofertas, el motivo impugnatorio debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) Consta en la oferta técnica de ARELIA, concretamente en las páginas 19 y siguientes, que dicha empresa consume productos de limpieza con etiqueta ECOLABEL (en negrita) como son el friegasuelos o el limpiacristales. Por su parte, en la oferta técnica de IMPACTO se puede observar (páginas 34 y ss.) que sus productos INNUSCIENCE disponen de la etiqueta ecológica europea Ecolabel. Asimismo, tanto el papel higiénico como el papel secamanos y el jabón de manos, además de ser ecológicos, poseen la etiqueta Ecolabel. Por último, respecto de las bolsas de basura se señala que poseen la certificación de Ángel azul (sistema de etiquetado ecológico alemán).
- 2) Dichas informaciones afectan al menos, al criterio de adjudicación automático Utilización de productos químicos para la limpieza con eco etiqueta. A partir de aquí, lo cierto es que quien tenga que valorar los criterios discrecionales ya conoce determinados aspectos que anticipan el contenido de la propuesta relativa a los criterios automáticos, y aun siendo cierto, como alega el poder adjudicador, que las empresas recurridas obtuvieron una puntuación mínima en el criterio de adjudicación subjetivo, dicha cuestión es irrelevante (ver, por ejemplo, la



Resolución de este Órgano 14/2021); téngase en cuenta que, en el momento en el que se verifican los criterios discrecionales se desconoce cuál puede ser la diferencia de puntos final, y que lo decisivo es que la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor pudo verse comprometida por el conocimiento de datos relevantes para calcular el resultado de los criterios sujetos a fórmula, sin que sea necesaria una prueba efectiva de dicha contaminación. En este sentido se pronuncia en Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5050) al afirmar que: (...) Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas de objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando. Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre concurrencia; y lo segundo porque la mejor manera de salvaguardar esa igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un prejuicio de la definitiva calificación, por mínimo que este sea.

- 3) En definitiva, no cabe duda (dada la absoluta identidad entre lo ofrecido por las mercantiles recurridas en el sobre B y uno de los criterios automáticos del sobre C) de que la infracción del secreto de la oferta es material y no puramente formal o irrelevante, pues se han desvelado prematuramente aspectos que debieron ser desconocidos hasta la apertura de la documentación de los aspectos sujetos a valoración automática, y que forzosamente debían haber figurado únicamente en el sobre B. Esta infracción que, por su propia trascendencia, el poder adjudicador ha sancionado expresamente en los pliegos con la exclusión de la oferta (cláusula específica 23 del PCAP), es únicamente imputable a la falta de diligencia tanto de ARALIA como de IMPACTO a la hora de elaborar sus proposiciones y su no apreciación por parte del poder



adjudicador resulta una infracción de las normas por las que se rige este concreto procedimiento de adjudicación, pues los pliegos, firmes por consentidos, le vinculan igualmente que a los licitadores y su contenido no puede ser relativizado o minimizado, ya que supone dejar en manos del poder adjudicador la posibilidad de actuar de forma arbitraria al permitirle, no solo interpretar sino también modificar unilateralmente los pliegos durante el procedimiento, actuación que vulnera de plano el principio de transparencia y también al principio de igualdad de trato (artículo 1 de la LCSP).

b) Conclusión

La estimación del motivo impugnatorio desarrollado en la letra a) supone la satisfacción de la pretensión principal de la recurrente, lo cual hace innecesario el análisis del resto de las alegaciones, pues una hipotética estimación de las mismas no supondría una mejora de su posición jurídica en el procedimiento.

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

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ISS, FACILITY SERVICES, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza de diversos edificios municipales (Lote 1)”, tramitado por el Ayuntamiento de Bermeo, anulando el acuerdo de adjudicación impugnado en lo relativo al lote 1, debiéndose proceder a la exclusión de las



ofertas de ARALIA e IMPACTO y la retroacción de las actuaciones para continuar el procedimiento de adjudicación.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko uztailaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de julio de 2021