



EB 2020/171

Resolución 021/2021, de 8 de febrero, 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 Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL) contra los pliegos del contrato de “Servicio de limpieza de edificios y dependencias municipales para los años 2021-2023”, y tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 25 de noviembre de 2020, ha tenido entrada 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 Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL) contra los pliegos del contrato de “Servicio de limpieza de edificios y dependencias municipales para los años 2021-2023”, y tramitado por el Ayuntamiento de Irun.

SEGUNDO: El mismo día 25 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 27 de noviembre.

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 37/2020 de 27 de noviembre, este OARC / KEAO, adoptó la medida cautelar de suspender el procedimiento de adjudicación.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T2JZ8-YK5Z bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T2JZ8-YK5Z en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



CUARTO: En el procedimiento de recurso especial no constan interesados diferentes a la recurrente y al poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación de la recurrente y la representación de J.D.R.S.J., que actúa en su nombre.

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

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

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

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 Irún tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumento del recurso

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

- a) El criterio de adjudicación evaluable mediante una fórmula matemática consistente en la oferta de una bolsa de horas gratuitas para servicios extraordinarios es contraria a derecho, ya que traslada íntegramente el coste de este servicio a los licitadores y, la ausencia de limitación del número máximo de horas a ofrecer, distorsiona la licitación, pues favorece el que se oferte un número desproporcionado de horas, que en realidad no se precisan, para obtener la máxima puntuación en este criterio (15 puntos sobre 100).
- b) En definitiva, la ausencia de límites a las mejoras sin coste propicia que se realicen ofertas con cantidades desproporcionadas e irreales con la única finalidad de obtener una mayor puntuación y que pudieran no llegar a realizarse por no ser necesarias.
- c) La recurrente solicita la nulidad de la licitación, ordenando la retroacción al momento de la comisión por la Administración del vicio de nulidad para la redacción de unos nuevos pliegos en los que para el caso de que persista la voluntad de mantener el criterio de valoración de las ofertas relativo a la bolsa de horas gratuita para servicios extraordinarios, se cumplan los requisitos legales para la consideración de dicha mejora como criterio de adjudicación, particularmente el establecimiento de una limitación en su número máximo.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

- a) El criterio debatido no se trata de una mejora propiamente dicha, entendida ésta como una prestación adicional a las que figuran en los pliegos, sino que constituye parte intrínseca de la oferta económica de cada licitador, junto con el precio ofertado. La conjunción de ambas variables determina el beneficio



industrial esperado por cada licitador y, por lo tanto, procede su consideración conjunta dentro de los criterios de evaluación automática.

b) La decisión acerca de la oferta de una bolsa de horas se enmarca dentro del riesgo y ventura de toda empresa que concurre a la licitación. Corresponda a cada ofertante, en este sentido, la elaboración de una oferta que, combinando una determinada rebaja en el precio de licitación junto con el ofrecimiento de una bolsa de horas más o menos amplia, resulte competitiva a los efectos de resultar adjudicatario y, además, económicamente ventajosa para el licitador, que se habrá de basar en la estimación de la concurrencia de un mayor o menor nivel de necesidades imprevistas.

c) El establecimiento de un límite máximo de horas, a modo de un umbral de saciedad, determinaría una limitación innecesaria de la competencia efectiva entre los licitadores y cercenaría considerablemente la capacidad de destacar ofertas económicamente ventajosas ante escenarios especialmente adversos.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso plantea el ajuste a la legalidad de un criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula que consiste en la oferta de una bolsa de horas para la realización de tareas extraordinarias sin límite máximo de horas alguno. El análisis de la viabilidad de la pretensión deducida ha de partir de las cláusulas de los pliegos relevantes para su estudio.

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

(...)

II.- DESCRIPCIÓN DE LOS TRABAJOS

(...)

H) COBERTURA DE EVENTOS DE LIMPIEZA NO PROGRAMADOS

Si como consecuencia de actividades no ordinarias en los centros, instalaciones o dependencias municipales objeto del contrato, de acontecimientos no previstos o de la imposibilidad de que el Ayuntamiento realice los trabajos que habitualmente ejecuta con sus propios medios, se requiriese una atención especial que garantice la limpieza de determinados espacios, los trabajos



correspondientes serán realizados por el adjudicatario de forma inmediata, y en horarios que no perturben el desarrollo de sus actividades normales (de los centros o dependencias afectados), a fin de garantizar el funcionamiento normal de aquéllos.

Estos trabajos darán inicio en el momento en que el Ayuntamiento fije en la demanda de servicio o en su defecto, bien en el plazo máximo de doce horas o el que haya fijado la empresa adjudicataria en su oferta, en caso de ser inferior a doce horas.

El abono de estas coberturas se efectuará en la misma liquidación mensual que el resto de la adjudicación, en base a las horas efectuadas, debiendo constar el desglose de las mismas y sumarse éste a la factura del edificio o dependencia correspondiente, especificando su carácter extraordinario.

Dentro de la cobertura de los eventos no programados en los centros, instalaciones o dependencias municipales objeto del contrato, se podrán incluir trabajos que, además de la limpieza de dichos espacios, incluyan plagas o la realización desinsectación.

PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

(...)

15ª.- CRITERIOS DE ADJUDICACION

(...)

B) Bolsa de horas a disposición del Ayuntamiento: 15 puntos.

Inclusión de una bolsa de horas a disposición del Ayuntamiento para la ejecución de necesidades no previstas en el contrato, o para la atención de limpiezas extraordinarias derivadas de inundaciones u otras inclemencias meteorológicas. Se otorgará la máxima puntuación prevista en este apartado (15 puntos) a quien realice la mejor oferta siempre que ésta alcance un mínimo de 500 horas anuales, valorándose proporcionalmente el resto si alcanzan dicha cantidad mínima.

(...)

*Ofertas anormalmente bajas.

Se considerarán como desproporcionadas u anormales las ofertas que incluyan un precio horario (corregido por el decremento proporcional que conlleva la habilitación de la bolsa de horas gratuitas que ofrezca poner a disposición del Ayuntamiento) que resulte inferior en más de un 11 % a la media de los ofrecidos por todas las ofertas admitidas.

A continuación, se expresan las consideraciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre los requisitos de los criterios de adjudicación



El juicio de este OARC / KEAO debe partir de los requisitos que establece la LCSP a los criterios de adjudicación, para posteriormente contrastar si el criterio impugnado los respeta o no.

Según el artículo 145.5 LCSP, los criterios de adjudicación se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberán figurar en el anuncio de la licitación y cumplir los siguientes requisitos: (i) deberán estar vinculados al objeto del contrato, requisito que se cumplirá cuando se refieran o integren las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de la prestación o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida (artículo 145.6 de la LCSP), (ii) deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, (iii) deben garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva y (iv) deben publicarse previamente.

Expuestos los requisitos que debe cumplir un criterio de adjudicación, procede su contraste con el recurrido, debiendo comenzar por el análisis del contenido del criterio de adjudicación

b) Sobre el criterio recurrido

El análisis del requisito de la vinculación del criterio de adjudicación impugnado al objeto del contrato debe partir del contenido del PPT, que es el documento en el que se describe el objeto del contrato para que los operadores puedan decidir si están interesadas en su adjudicación, contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el contratista, recoge las necesidades de interés general que el contrato pretende satisfacer y representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales (en este sentido, la Resolución



176/2019 del OARC / KEAO). En lo que a la resolución del recurso interpuesto importa, el PPT que rige el procedimiento impugnado prevé en su cláusula 2 la realización de las siguientes prestaciones: (i) limpieza de mantenimiento, con descripción de las limpiezas a efectuar con frecuencia diaria, semanal, mensual y trimestral, (ii) limpiezas de carácter especial, que son limpiezas generales en los centros escolares antes del comienzo del curso académico, (iii) limpiezas de cristales y lámparas, (iv) limpieza de desagües, sumideros e imbornales, bocas de riego y canaletas en los centros escolares con una frecuencia trimestral, (v) limpieza de alcantarillado y limpieza y corte de hierba de los espacios adyacentes a determinados edificios municipales, (vi) limpieza de moquetas y abrillantado de suelos, (vii) limpieza de patios y, finalmente (viii) la cobertura de eventos de limpieza no programados, que comprende las necesidades de limpieza derivadas de “actividades no ordinarias”, de “acontecimientos no previstos” o de la “imposibilidad de que el Ayuntamiento realice los trabajos que habitualmente ejecuta con sus propios medios”.

Por su parte, el criterio automático valora la oferta de una bolsa de horas a disposición del Ayuntamiento superior a 500 horas anuales e incluye la fórmula para su valoración. Además, el criterio contiene una estipulación ajena a la configuración de la fórmula, referida a la finalidad a la que se destinarán dichas horas que serán exclusivamente para (i) la ejecución de necesidades no previstas en el contrato o (ii) la atención de limpiezas extraordinarias derivadas de inundaciones u otras inclemencias meteorológicas.

b 1) Sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 145 de la LCSP

A juicio de este OARC / KEAO el criterio impugnado infringe el principio de transparencia que implica, entre otras cuestiones, que los criterios de adjudicación estén formulados de tal forma que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender el alcance exacto e interpretarlos de igual forma, siendo el objeto de todo ello que no exista riesgo de favoritismo o arbitrariedad por parte del poder adjudicador



(ver, en este sentido, la Resolución 171/2020 de este OARC / KEAO). En lo que al criterio de adjudicación impugnado se refiere, debe tenerse en cuenta que una de las dos finalidades a las que se deben destinar las horas ofertadas constituye, en realidad, una obligación del adjudicatario que es objeto de facturación. En lo que aquí nos interesa, debe señalarse que en la formulación del criterio de adjudicación (cláusula 15 del PCAP) se especifica que las horas ofertadas se ponen a disposición del Ayuntamiento para la “ejecución de necesidades no previstas en el contrato” mientras que la cláusula 2 H del PPT, en el epígrafe titulado “Cobertura de eventos de limpieza no programados” establece la obligatoriedad de que el adjudicatario realice las limpiezas derivadas de “actividades no ordinarias” y de “acontecimientos no previstos”. La consecuencia de ello es que no se comprende el alcance exacto de la obligación contractual y el de la oferta de horas gratuitas, esto es, cuándo el poder adjudicador solicitará que se ejecuten los trabajos de limpieza no previstos en el contrato con cargo a la bolsa de horas o con cargo a la cláusula 2 H del PPT y, por su parte, cuándo el adjudicatario considerará que la limpieza no prevista es gratuita o se puede facturar.

b 2) Sobre el no señalamiento de límites a la oferta de una bolsa de horas

Considera la recurrente que el no señalamiento de un límite de número máximo de horas gratuitas a ofertar es contrario a derecho. Contrastado el criterio con los requisitos señalados en el apartado a) de este Fundamento jurídico noveno, este OARC / KEAO considera que este motivo debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) Se valora con 15 puntos sobre 100 la oferta de más de 500 horas para la realización de unos trabajos ligados a unas hipotéticas futuras necesidades, que puede que no se ejecuten o se ejecuten en parte, sobre las que el poder adjudicador no especifica una previsible extensión máxima. Además, parte de las necesidades que se pretenden satisfacer con estas horas se solapan con la obligación contractual de ejecutar necesidades no previstas en el contrato y, otra parte, se refiere a unas necesidades (las derivadas de



inundaciones u otras inclemencias meteorológicas) que afectarán a un número limitado de edificios e instalaciones, ya que no se debe olvidar que la mayor parte de los servicios demandados se ejecutan en el interior de los edificios. A este respecto, cabe señalar que corresponde al poder adjudicador definir sus necesidades. Así, el artículo 1 de la LCSP exige que la contratación de servicios defina previamente las necesidades a satisfacer, el artículo 28.1 de la LCSP obliga a que la documentación preparatoria del contrato determine con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato y el artículo 145.4 de la LCSP dispone que los órganos de contratación velarán para que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades. Todas estas previsiones de la LCSP van encaminadas a que el contrato que se licite esté debidamente meditado y planificado (ver, en este sentido, la Resolución 50/2020 del OARC / KEAO) y que los criterios de adjudicación sirvan para identificar la oferta que mejor satisfaga las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato y malamente puede servir a esta finalidad el criterio impugnado cuando no hay una previsión acerca de la posible extensión de lo evaluado y, por consiguiente, se puedan valorar ofertas de horas que nunca serán demandadas por innecesarias. Por otro lado, la necesidad de tener que atender a necesidades imprevistas que alega el poder adjudicador está también prevista y articulada en el contrato en la estipulación referida a la “Cobertura de eventos de limpieza no programados” (cláusula 2 H del PPT), que son las prestaciones de limpieza no especificadas en dicha cláusula.

- 2) Se trata de un criterio de adjudicación que no garantiza una comparación objetiva del valor relativo de las ofertas y, por tanto, una competencia real y efectiva. Los criterios de adjudicación deben permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas (considerando 92 de la Directiva 2014/24/UE) y el resultado de la aplicación del criterio impugnado es contrario a ello. Téngase en cuenta que, tal y como está



configurado por el poder adjudicador, es no solo posible, sino previsible, que el criterio provoque la presentación de ofertas con bolsas de horas en cantidades fijadas no de acuerdo con un cálculo aproximado sobre las que pueden ser razonablemente necesarias, sino con la intención de obtener la mayor puntuación, aunque sea muy improbable que las horas ofertadas vayan a ser utilizadas. A este respecto, es reseñable que el contrato no incluya ningún incentivo a efectuar una oferta razonable. Por un lado, no se facilita una estimación de las horas que pueden requerirse y, de otro, el número de horas que realmente necesitará el poder adjudicador es completamente incierto, incluso más allá del margen de incertidumbre implícito en cualquier criterio en el que la obtención efectiva de la ventaja valorada solo se conoce con posterioridad a la adjudicación del contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 23/2017 y 61/2020 del OARC / KEAO y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, y de 28/3/1995, C-324/93, ECLI:EU:C:1995:84.). En una situación como la descrita, compensa al licitador efectuar una oferta de horas gratuitas desmesurada respecto a las necesidades del Ayuntamiento.

- 3) No se puede oponer que el parámetro establecido en la cláusula 15.II del PCAP para verificar si la oferta incurre en valores desproporcionados o anormales (artículo 149 de la LCSP) actúa como un límite o freno a la realización de ofertas de horas desproporcionadas. En primer lugar, el parámetro establecido en los pliegos es el del precio/hora (corregido por el decremento proporcional que conlleva la bolsa de horas gratuita ofrecida) que resulte inferior en más del 11 % de la media de las ofrecidas por todas las ofertas admitidas, que no constituye un límite por sí mismo ni siquiera de forma indirecta, ya que la media de las ofertas dependerá del número de propuestas contractuales recibidas y de cuántas de ellas contengan un número desmedido de horas, pudiéndose dar el caso de que, si gran parte de ellas lo fueran, bajara la media del precio/hora corregido y ninguna de ellas estuviera incurso en anormalidad. En todo caso, tal y como ha



manifestado este Órgano (ver la Resolución 164/2020), la función de los parámetros a los que se refiere el artículo 149.2 de la LCSP es la de establecer una sospecha o presunción inicial de anormalidad que sirva de presupuesto procedimental para iniciar un trámite contradictorio de justificación de la oferta y de análisis de su contenido, requisito imprescindible para, en su caso, excluirla de la licitación por considerarla inviable (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, de 22/6/1989, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256), no siendo su finalidad limitar al licitador las condiciones de la oferta o los argumentos que puede invocar para justificar que puede ser normalmente cumplida, los cuales ya están fijados, incluyendo un listado. En segundo lugar, el precio/hora se valora de forma independiente de la bolsa de horas ofertada, por lo que el eventual riesgo de que se inicie el procedimiento para verificar la anormalidad de la oferta, cuya finalidad es analizar la viabilidad de la oferta en lo que a las obligaciones ciertas exigidas se refiere, se ve ampliamente compensado por el peso de la ponderación relativa del criterio.

- 4) El poder adjudicador alega que el establecimiento de una cuantía o límite para la bolsa de horas supondría una limitación de la competencia y la inclusión de un innecesario umbral de saciedad. Sobre esta cuestión, este OARC / KEAO, en su Resolución 136/2018 ha admitido y ha considerado que no es contrario a la competencia un criterio de adjudicación sujeto a fórmula en el que se conocía de antemano lo que había que ofertar para obtener el máximo de puntos, por entender, como en el criterio que ahora nos ocupa, que el sistema de valoración se basa en que no aportan ventajas merecedoras de puntuación las unidades adicionales a partir de un cierto umbral.

c) Conclusión

Procede la anulación del criterio de adjudicación “Bolsa de horas a disposición del Ayuntamiento” porque, de un lado, infringe el principio de transparencia y, de



otro, el no señalamiento de límites no garantiza una comparación objetiva del valor real de las ofertas. La anulación del criterio de adjudicación conlleva la de la licitación. Debe tenerse en cuenta que la normativa de la Unión Europea aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso con arreglo al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, 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 (ver, por ejemplo, la resolución 70/2014, de este OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C-448/01).

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL) contra los pliegos del contrato de “Servicio de limpieza de edificios y dependencias municipales para los años 2021-2023”, y tramitado por el Ayuntamiento de Irun, anulando el criterio de adjudicación “Bolsa de horas a disposición del Ayuntamiento” y cancelando la licitación.



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

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

CUARTA: 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 otsailaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de febrero de 2021