



EB 2014/055

Resolución 67/2014, de 1 de julio 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 (OARC/KEAO), que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Unión Internacional de Limpieza, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza interior, retirada de residuos y otros en los edificios, instalaciones y otras dependencias municipales de Getxo.”

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de mayo de 2014, la mercantil Unión Internacional de Limpieza, S.A. (en adelante UNI2) interpuso en el Ayuntamiento de Getxo un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza interior, retirada de residuos y otros en los edificios, instalaciones y otras dependencias municipales de Getxo”. El recurso, el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en este Órgano el 29 de mayo de 2014.

SEGUNDO: Solicitadas el día 5 de junio alegaciones a los interesados, se han recibido las de la empresa Inbisa Servicios y Medio Ambiente, S.A, adjudicataria impugnada (en adelante, INBISA).

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don H. N.V. que comparece en su nombre, de conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 44. 4. a) del TRLCSP.



SEGUNDO: 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. El contrato en cuestión pertenece a la categoría 14 (Servicios de limpieza de edificios, etc.) del Anexo II del TRLCSP y tiene un valor estimado de 7.352997,52 €.

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 en tiempo y forma.

QUINTO: El Ayuntamiento de Getxo tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: Las alegaciones del recurrente son, en síntesis, las siguientes:

a) El objeto del contrato es la prestación de servicios de limpieza de todos los edificios e instalaciones del Ayuntamiento de Getxo y de dos de sus Organismos Autónomos, el Aula de Cultura y la Escuela de Música; no obstante, la entidad contratante es exclusivamente el Ayuntamiento, como se indica en los anuncios publicados en el BOE y en el DOUE. A su vez, los servicios pueden ser ordinarios y extraordinarios. Para los trabajos ordinarios los licitadores deben ofertar un precio a tanto alzado, mientras que para los extraordinarios deberá ofertarse un precio/hora que se abonará por los servicios que se soliciten en función de las necesidades de la Administración. En la licitación no hay lotes, pero sí tres bloques (Ayuntamiento, Aula de Cultura y Escuela de Música). Los licitadores deben presentar “una única oferta global” y se dictará una “única propuesta de adjudicación” a favor de un solo licitador, que la Mesa de Contratación elevará a los órganos de contratación del Ayuntamiento de Getxo, del Aula de Cultura y de la Escuela de Música para



que cada uno de ellos adjudique su propio contrato. Ello se debe, según explica el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), a que los dos Organismos Autónomos han encomendado al Ayuntamiento de Getxo la gestión del expediente de contratación mediante los correspondientes convenios de colaboración.

b) Las ofertas cuyos importes superen la cantidad de 2.828.075,96 euros (sin IVA) serán desechadas; esta cantidad se corresponde con el precio ofertado para los tres bloques, incluyendo servicios ordinarios y extraordinarios, durante los dos primeros años de contrato, como se deduce del PCAP y del anuncio publicado en el BOE.

c) La cláusula 6 del PCAP establece, bajo la rúbrica “Constancia de la existencia de crédito”, que “Dado que el inicio de la ejecución del contrato está previsto para el año próximo, para el cual no hay aún Presupuesto aprobado, la adjudicación se realizará bajo condición suspensiva de la existencia de crédito suficiente en el ejercicio de inicio de la ejecución contractual.”

d) El 7 de marzo el Concejal Responsable del Servicio de Contratación emitió una propuesta de acuerdo de adjudicación a favor de la recurrente. El importe ascendía a 1.233.803,32 euros anuales, IVA incluido, y a 145.300 euros anuales, IVA incluido, para los servicios extraordinarios, en función del cuadro de precios propuesto por la empresa en su oferta. Ni las actas de la Mesa ni la Propuesta de Adjudicación hacen desglose de las cifras en función de la entidad destinataria de la prestación. En congruencia con el PCAP, se valora una oferta única y global, y se tienen en cuenta los precios ofertados para servicios ordinarios y extraordinarios en cómputo global anual.

e) El informe de fiscalización de la Intervención municipal señala que, si bien la oferta global se ajusta al tipo máximo, se superan los tipos de licitación previstos para el Aula de Cultura y la Escuela de Música, por lo que un acuerdo de adjudicación a favor de la oferta de la recurrente “incurriría en vicio de nulidad de pleno derecho por disponer gasto por encima de los límites



autorizados en los respectivos acuerdos relativos a la aprobación del convenio”. El informe afirma que esta circunstancia “a pesar de no estar expresamente prevista ni en el PCT (Pliego de Condiciones Técnicas) ni en el PCAP de la contratación del gasto de referencia, y por ello haber podido pasar desapercibida para los contratistas a la hora de formular sus ofertas únicas globales con el desglose de las mismas para cada una de las tres administraciones contratantes o adjudicatarias, no deja de ser una de las premisas básicas y de obligado cumplimiento por tanto, de la gestión contable y presupuestaria de ejecución de todo gasto imputable a un presupuesto municipal”. Por todo ello, no procede fiscalizar de conformidad la propuesta.

f) A la vista del citado informe interventor, y de que “varios licitadores han sobrepasado los importes máximos indicados en los pliegos” se acuerda retrotraer actuaciones hasta el momento anterior a la apertura del sobre correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, si bien aplicando el principio de conservación de los actos que no hubieran variado a pesar de la retroacción acordada. Además, se acuerda la exclusión de dos licitadores, uno de ellos el recurrente, por superar el importe máximo asignado al Aula de Cultura y a Musika Eskola y la reasignación de puntuaciones, resultando como mejor oferta la de INBISA, que venía prestando el servicio y que en la primera clasificación ocupó el tercer lugar.

g) El recurrente entiende que la Mesa, a la vista del informe interventor, ha interpretado el PCAP de forma distinta a como lo ha hecho durante el resto del procedimiento, pues en todos sus actos anteriores al recurrido valoró las ofertas de modo global, sin atender a las cifras ofertadas para cada bloque. Tal reinterpretación no es aceptable, pues implica alterar la interpretación inicial aduciendo razones ajenas al procedimiento, como es la insuficiencia de crédito de los Organismos Autónomos o la autorización de gasto contenida en un convenio de colaboración al que los licitadores no han tenido acceso. La existencia de o no de tipos máximos para cada bloque dependerá sólo de lo que diga el Pliego; el propio informe interventor reconoce que los licitadores no



tenían modo de saber cuáles eran los límites presupuestarios internos pactados por los firmantes del Convenio.

h) La literalidad del PCAP, así interpretada por la Administración hasta la emisión del informe interventor, es que existe un único tipo máximo de licitación y no tres; tampoco el punto 24 del PCT establece que las cantidades correspondientes a cada entidad en las que se desglosa el presupuesto global sean máximas y no puedan superarse, pues el desglose se hace “a efectos de la adjudicación”.

i) No es cierto que el Aula de Cultura y la Escuela de Música carezcan de crédito suficiente y que no puedan disponer de gasto por encima de los límites autorizados en el Convenio de Colaboración, como prueban los certificados emitidos por dichos Organismos, que señalan que “en los Presupuestos aprobados por la Corporación existe normalmente crédito adecuado y suficiente para hacer frente al gasto” indicado en cada caso. Por otro lado, la condición suspensiva de la existencia de crédito recogida en la estipulación 6 del PCAP es contraria al artículo 110.2 del TRLCSP, pues se considera que es responsabilidad de la Administración consignar crédito suficiente en el Presupuesto adecuado. En todo caso, el presupuesto de los Organismos Autónomos sí contiene crédito adecuado y suficiente para hacer frente al contrato derivado de la oferta de la recurrente, por lo que la citada estipulación no entraría en juego (consta una autorización del gasto por el importe del presupuesto de licitación). Asimismo, el Acuerdo de la Junta de Gobierno local que aprobó el Convenio autorizó “el gasto necesario para hacer frente a las obligaciones” derivadas del contrato, precisando que en todo caso sería necesario que en el presupuesto de 2014 existiera crédito adecuado y suficiente, pero sin mencionar cantidades desglosadas por bloque, lo que desmiente al informe interventor. Finalmente, de la consulta a los Presupuestos de los Organismos Autónomos del Ayuntamiento de Getxo se deduce la existencia de crédito adecuado y suficiente para afrontar la oferta.



j) En el supuesto de que no hubiera crédito presupuestario suficiente, ello no sería razón suficiente para atender las obligaciones derivadas del contrato, pues ello supondría dejar su cumplimiento al arbitrio de una de las partes, lo que está prohibido por el artículo 1.256 del Código Civil, pues es la propia Administración la que aprueba los presupuestos. En tal caso, el poder adjudicador tendría que arbitrar los mecanismos necesarios para incrementar la partida correspondiente (por ejemplo, mediante transferencias de crédito). En ningún caso la insuficiencia de crédito legitima para incumplir una obligación ya contraída ni para excluir a un licitador cuya oferta cumple con los Pliegos.

k) El recurso solicita anular y dejar sin efecto la exclusión de la empresa y ordenar la adjudicación de la oferta a su favor por ser la más ventajosa.

SÉPTIMO: Por su parte, la empresa INBISA solicita la desestimación del recurso con base en las siguientes alegaciones:

a) La interpretación de la recurrente es contraria a la lógica porque la licitación, aun siendo conjunta, se realiza para tres entidades jurídicas distintas, y da lugar a tres contrataciones y adjudicaciones distintas por cada una de ellas. Por ello, no puede superarse el límite de gasto aceptado por cada Administración, cosa que los licitadores conocen perfectamente (“tres relaciones distintas con tres entidades diferentes”).

b) La recurrente no puede desconocer que cada una de las Administraciones se encuentra sometida a sus limitaciones de gasto correspondiente, que luego se trasladan al tipo de licitación.

c) La recurrente ha hecho una lectura contraria a las previsiones expresas de los Pliegos, y en todo caso, parcial, pues se olvida de previsiones que dichos Pliegos contienen y que son coincidentes con los principios del derecho presupuestario, como son el párrafo tercero de la cláusula segunda del PCAP (importe máximo anual por la realización de trabajos extraordinarios), el párrafo



sexto de la cláusula 2 del PCAP (pluralidad de órganos de contratación para adjudicar y supervisar el contrato), el desglose de precios por entidades (cláusula 4 del PCAP), las modificaciones contractuales, computadas por entidad (cláusulas 4 y 12 del PCAP). Especialmente clara es la cláusula 24 del PCT (“Presupuesto de licitación”), que establece tipos anuales por entidad, igual que el modelo de oferta (Anexo V). En suma, la interpretación conjunta de los Pliegos lleva a entender que los licitadores han de atenerse a los tipos máximos marcados para cada bloque de contratación (en realidad para cada una de las relaciones contractuales posteriores). Por ello, la exclusión de la oferta del recurrente es correcta.

d) El recurso confunde la partida presupuestaria y la autorización de gasto, pues compara su oferta con el importe de las partidas y no, como debe ser, con el importe del gasto autorizado para el contrato. La adjudicación a la recurrente sería, por esa razón, nula de pleno derecho.

OCTAVO: El órgano de contratación solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Se alegan los apartados del PCAP en los que el presupuesto se expresa desglosado por entidades, ya citados anteriormente, y el hecho de que existen tres entidades contratantes, como señala la cláusula 2 del PCAP, y tres contratos.

b) Se alega el contenido del informe de fiscalización, y se afirma que la adjudicación a la recurrente infringiría elementales principios presupuestarios.

NOVENO: La cuestión nuclear del recurso es si la oferta de la recurrente está o no correctamente excluida por superar dos de los tipos de licitación correspondientes a sendas entidades destinatarias del servicio que se pretende contratar. Para determinar la respuesta, debe acudirse al contenido de los Pliegos que rigen la contratación. En particular, el PCAP establece lo siguiente:



a) “A efectos de la adjudicación”, el contrato se divide en bloques (uno por Administración), si bien debe presentarse una única oferta global (cláusula 2).

b) La prestación incluye servicios ordinarios y extraordinarios; estos últimos dependen de las necesidades de cada Administración y los importes máximos anuales por cada una se recogen en el punto 24 del PCT (cláusula 2). Los citados trabajos extraordinarios se facturarán al margen de las limpiezas generales y en todo caso su precio no está incluido en el precio de licitación, concretándose tanto en el PCT como en el PCAP (cláusula 4).

c) El precio global del contrato es de 3.421.971, 90 euros, incluyendo el 21% de IVA; las ofertas cuyo importe sin IVA supere la base imponible del presupuesto base de licitación (es decir, la suma indicada), serán automáticamente rechazadas.

Por otro lado, el PCT contiene las siguientes prescripciones:

a) El apartado 24 señala, “a los efectos de la licitación”, los siguientes tipos anuales:

TRABAJOS ORDINARIOS

	PRECIO ANUAL (IVA EXCLUIDO)	IVA	PRECIO ANUAL (IVA INCLUIDO)
Ayuntamiento	1.171.569,53	246.029,60	1.417.599,13
Aula de Cultura	77.759,76	16.329,54	94.089,31
Musika Eskola	34.708,69	7.288,72	41.997,51
TOTAL	1.284.037,98	269,647,96	1.553.685,95

b) El mismo apartado 24 del PCT establece, “a los solos efectos informativos” los importes máximos que se destinarán a las limpiezas extraordinarias que fueran necesarias, señalando una cantidad por cada Administración partícipe.



d) El Anexo V establece los siguientes modelos de oferta para el “precio anual” y para los “precios por hora de limpieza extraordinaria”.

OFERTA ECONÓMICA

1.- PRECIO ANUAL

	PRECIO ANUAL	IVA
Ayuntamiento		
Aula de Cultura		
Musika Eskola		
TOTAL		

2.- PRECIOS POR HORA LIMPIEZA EXTRAORDINARIA

	Precio hora	IVA
Laborable		
Laborable nocturno		
Festivo		
Festivo nocturno		

De lo anterior se deduce que, consecuentemente con la consideración de que existe un único contrato no divisible en lotes con un único precio global, el PCAP no contiene mención alguna a la necesidad de que las ofertas deban respetar, además del importe máximo global, ningún importe máximo por entidad. Dicha omisión es tanto más llamativa porque sí se menciona claramente la consecuencia de la superación del presupuesto global (la exclusión de la oferta), resultando anómalo que si se hubiera querido asociar la misma trascendental consecuencia a la superación de un tipo por entidad no se hubiera hecho constar también expresamente. El apartado 24 del PCT sí señala unos “tipos anuales” por entidad, aunque no los califica como límites máximos cuya infracción supone la exclusión de la proposición, por lo que no llega a desmentirse el PCAP, mucho más contundente en este punto. Por otro lado, parece que el PCT no sería el lugar adecuado para establecer el carácter limitativo de los importes correspondientes a cada entidad, que es una cuestión referida a la licitación y que por lo tanto debe figurar en el PCAP. Además, la cláusula 1 del PCAP establece que “en caso de contradicción entre el Pliego de



Cláusulas Administrativas Particulares y el resto de la documentación técnica unida al expediente, prevalecerá lo dispuesto en este pliego.” Por todo ello, no pueden aceptarse en este punto las alegaciones de la Administración y de la adjudicataria.

En el caso de que esta argumentación, única posible a juicio de este Órgano, resultara insuficiente o dudosa, habría que añadir que, en virtud del principio de transparencia, una aplicación de los Pliegos que supone nada menos que la exclusión de una oferta debe estar basada en una regla clara y fácilmente entendible por todos los licitadores, lo que desde luego aquí no sucede (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00; 24/11/2005, C-331/04; 12/11/2009, C-199/07 y 22/4/2010, C-423/07). Así lo admite, de forma un tanto sorprendente, el propio informe interventor, que reconoce que el motivo de exclusión no está expresamente previsto en los Pliegos, y por ello ha podido pasar desapercibido para los licitadores. En el expediente consta que la Mesa de contratación sólo ha adoptado la decisión de exclusión después de dicho informe, manteniendo hasta entonces la consideración de la oferta de la recurrente como la más ventajosa; si un órgano especializado ha mantenido una interpretación de los Pliegos y sólo la ha variado después de un informe de fiscalización, es difícil reprochar a las empresas su falta de diligencia a la hora de cumplimentar sus ofertas. Finalmente, es oportuno traer a colación que, en última instancia, la oscuridad de las cláusulas de los Pliegos no puede perjudicar al licitador, que no es el causante de la misma (ver, por todas, la Resolución 39/2013 de este Órgano)

DÉCIMO: Una vez descartada la posibilidad de que la documentación contractual ampare la exclusión de la recurrente, debe analizarse ahora si dicha exclusión puede fundamentarse, como señala el informe interventor en: «el vicio de nulidad de pleno derecho que supondría disponer gasto por encima de los límites autorizados en los respectivos acuerdos relativos a la aprobación del convenio de tramitación única de la contratación y por ende, de autorización del gasto por las cantidades fijadas como tipo de licitación para los mismos con cargo sus respectivos Presupuestos». La respuesta es igualmente negativa. Las reglas que rigen la licitación (incluidos los



supuestos de exclusión de las ofertas) y que son vinculantes para el poder adjudicador y los licitadores son las que figuran en la legislación contractual y en los pliegos correspondientes, y no las que componen la normativa presupuestaria; mucho menos puede aceptarse que pueda perjudicarse a un licitador con base en reservas de crédito u otros actos de ejecución presupuestaria que no forman parte de la documentación contractual. Naturalmente, eso no quiere decir que la Administración no deba sujetarse a la legalidad presupuestaria en todos los expedientes de gasto, incluidos los procedimientos de contratación. Sin embargo, es el expediente de gasto el que debe adaptarse a las condiciones de la licitación y a las vicisitudes del procedimiento de adjudicación (retrasos en el procedimiento que conllevan reprogramación de los créditos plurianuales, p.ej.) y no al revés. Es cierto que las Administraciones no pueden adjudicar el contrato sin cobertura presupuestaria adecuada y suficiente, pero la conclusión de esta premisa no puede ser la exclusión de una oferta válida según las reglas de licitación de los Pliegos, sino la obligación de la Administración de dotarse de dicha cobertura mediante los procedimientos legalmente previstos (por ejemplo, modificaciones presupuestarias). Ello es consecuente con la conocida apreciación de que el Presupuesto es el reflejo de las obligaciones, pero no su fuente, la cual sólo puede radicar en las leyes, negocios jurídicos o actos que, de acuerdo al Ordenamiento Jurídico las generen (ver las sentencias del Tribunal Constitucional 63/1986 y 13/1992). Por ello, el recurso debe ser estimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 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 2011, el sustituto del 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 Unión Internacional de Limpieza, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza interior, retirada de residuos y otros en los edificios, instalaciones y otras dependencias municipales de Getxo”, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se formule una nueva propuesta de adjudicación, de acuerdo con la clasificación de las ofertas ya elaborada por la Mesa de contratación y en la que se incluya la proposición de la empresa recurrente.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

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

CUARTO: 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 uztailaren 1a

Vitoria-Gasteiz, 1 de julio de 2014