



EB 2014/063

Resolución 74/2014, de 18 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, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Unión Internacional de Limpiezas, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza, gestión de residuos y jardinería en los hospitales de Galdakao-Usansolo, Gernika-Lumo y Ambulatorio de Durango”, tramitado por el Ente Público de Derecho Privado Osakidetza – Servicio Vasco de Salud, dictada en ejecución de la Resolución 52/2014, de 23 de mayo, de este órgano resolutorio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de marzo de 2014 la empresa Unión Internacional de Limpieza, S.A. (en adelante, UNI2) interpuso en el registro del Hospital de Galdakao-Usansolo un recurso especial frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza, gestión de residuos y jardinería en los hospitales de Galdakao-Usansolo, Gernika-Lumo y Ambulatorio de Durango” tramitado por el Ente Público de Derecho Privado Osakidetza – Servicio Vasco de Salud.

Este recurso fue resuelto por este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO), por Resolución 52/2014, de 23 de mayo, estimándolo parcialmente.

SEGUNDO: En ejecución de la citada Resolución 52/2014, el Director Gerente del Hospital de Galdakao-Usánsolo (en adelante, órgano de contratación), con fecha 4 de junio de 2014 dictó nueva resolución de adjudicación del citado



contrato. Contra este acuerdo de adjudicación, la empresa UNI2 ha presentado con fecha 20 de junio de 2014 en el registro del OARC/KEAO recurso especial en materia de contratación, constatándose en el mismo escrito que el recurso también ha sido presentado en la misma fecha en el registro del órgano de contratación.

TERCERO: Transcurrido el plazo al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) sin que se hubiera recibido el expediente y el informe al que se refiere el citado artículo, este órgano resolutorio, con fecha 23 de junio de 2014, requirió al órgano de contratación la remisión de los citados documentos, que tuvieron entrada en el registro del OARC/KEAO el 24 de junio de 2014.

CUARTO: El propio 24 de junio de 2014, se trasladó el recurso a las empresas interesadas al objeto de que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, recibándose con fecha 26 de junio de 2014 las de la empresa Eulen, S.A.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente constan la legitimación del recurrente y la representación de D. H. N.V. que actúa en su nombre.

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.»

El contrato objeto de recurso es un servicio de la categoría 14 (Servicios de limpieza en edificios, etc.) del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado



según el apartado 21 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) de 10.100.000,00 €, IVA excluido.

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

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

El acto recurrido es la Resolución de 4 de junio de 2014, del Gerente de Hospital del Galdakao-Usansolo, de adjudicación del contrato, dictada en ejecución de la Resolución 52/2014, de 23 de mayo de 2014.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en el plazo previsto en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: 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).

SEXTO: Expuesto en síntesis, Limpiezas UNI2 fundamenta su recurso en las siguientes infracciones:

a) Infracción por la Resolución de adjudicación de fecha 4 de junio de 2014, de lo ordenado en la Resolución 52/2014, del OARC/KEAO que señalaba que se debía excluir a las empresas Garbinaldi y Pilsa por haber incumplido en sus ofertas las frecuencias de limpieza establecidas en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT). Sin embargo, inexplicablemente la nueva resolución de adjudicación excluye a estas dos licitadoras por no superar el umbral mínimo en la valoración técnica. Lo que hace el informe técnico es revisar la valoración de los programas de trabajo ofertados por Pilsa y Garbinaldi y atribuirles 9 puntos en lugar de los 19 iniciales. Si bien no se indica el porqué de esta reducción puede intuirse que se debe a las infracciones cometidas en relación con las frecuencias, que según la cláusula 17.1.1 del PPT, son uno de



los aspectos que deben incluirse en el programa. Sin embargo, es evidente que no es lo mismo excluir a una empresa por infringir el PPT, que por no haber alcanzado la puntuación mínima establecida y es que, en esta fase, no es posible que el órgano de contratación vuelva a valorar las ofertas.

b) El órgano de contratación reduce la puntuación atribuida a Garbaldi en concepto de mejoras, que pasa de 9 a 7 puntos, lo que se debe a lo dispuesto en el fundamento jurídico undécimo de la Resolución 52/2014. Sin embargo, tampoco debería haberse procedido a revisar esta valoración, sino únicamente a excluir a Garbaldi por haber infringido los pliegos. Además, no debió restar dos puntos por este concepto, sino sólo uno, pues en la primera valoración los equipos de limpieza ofertados como mejora fueron valorados con un punto.

c) El hecho de que el resultado de la adjudicación sea el mismo, no es motivo para la desestimación del recurso, ni tampoco para que entre en juego la excepción de cosa juzgada. Es doctrina del OARC/KEAO que no procede anular la adjudicación si el resultado tras el recurso no cambia (Resolución 5/2013), sin embargo, en este caso concurre un vicio de nulidad de pleno derecho, que puede ser apreciado de oficio y en cualquier momento por el OARC/KEAO, al no ser subsanable ni convalidable. De ahí que no exista cosa juzgada toda vez que la apreciación del vicio indicado deberá dar lugar a la exclusión de la oferta de Eulen y la adjudicación del contrato a UNi2.

d) Eulen incurre en su oferta en una serie de defectos que constituyen causa de exclusión y vician de nulidad la adjudicación efectuada a su favor, estos defectos son los siguientes:

d.1) Infracción contenida en la oferta de Eulen en relación con las frecuencias de limpieza. Oferta para limpieza de cristales exteriores en zonas de alto riesgo una frecuencia quincenal (según el PPT debe ser semanal), para la limpieza de cristales interiores en zonas de alto riesgo oferta una frecuencia de dos veces por semana en zona estéril y de una vez por semana en zona no estéril (según



el PPT debe ser diaria en todo caso), para la limpieza de cristales de difícil acceso del Hospital de Gernika-Lumo oferta una frecuencia trimestral (según el PPT debe ser mensual), señala que la limpieza en habitaciones de aislamiento la realizará en días alternos (según el PPT la frecuencia debe ser diaria, para la limpieza de los dorados y metales oferta una frecuencia semanal (según el PPT la frecuencia debe ser diaria), para los puntos de luz oferta una vez al año (según el PPT debe ser dos veces al año), para los techos oferta una limpieza anual en las zonas de bajo riesgo (según el PPT la frecuencia debe ser semestral), para la limpieza de paredes, persianas y radiadores oferta una frecuencia semestral (en el PPT se exige trimestral), para la limpieza de ascensores y montacargas se oferta su realización en horario de mañana, según necesidad (el PPT señala que se deberá realizar tantas veces como fuera necesario durante el día), para los conductos de extracción e impulsión se oferta una periodicidad anual (según el PPT la frecuencia debe ser semestral).

d.2.) Infracciones cometidas por Eulen en relación con la omisión en su oferta de determinados documentos o datos preceptivos. El PPT exige la presentación de varios documentos que no figuran en la oferta: programa de desinfección terminal, programa de desinfección en zonas de bajo riesgo, descripción de la forma y medios que se emplearan en los servicios de lavandería y traslado de ropa, circunstancias relativas al supervisor.

e) El hecho de que las frecuencias no se respeten ha sido calificado por el OARC/KEAO, en relación con las ofertas de Garbinaldi y Pilsa, como causa de inadmisibilidad por cuanto la oferta no satisface las necesidades que el poder adjudicador ha definido como «obligaciones esenciales». Además, en este supuesto, el OARC/KEAO en su resolución constata que existe una infracción del principio de igualdad al realizar una oferta inferior a la señalada en el PPT sobre aspectos no negociables del contrato que puede repercutir en otros aspectos de la oferta, como el económico, en detrimento de las ofertas de aquellos candidatos que han respetado las prescripciones del PPT. Conforme



al art. 31 del TRLCSP, los contratos de las administraciones públicas serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil, que se indican en los artículos 32 y siguientes. Por lo tanto, si el acto de adjudicación es inválido, el contrato que en su día firme el adjudicatario también lo será. Entre los supuestos de nulidad radical mencionados en el artículo 32 TRLCSP, se hallan las del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), entre cuyas causas se encuentran las que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, entre los que se encuentra el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 14 de la CE. En consecuencia, si la adjudicación infringe el principio de igualdad incurrirá en un vicio de nulidad.

f) Los vicios de nulidad de pleno derecho no son susceptibles de convalidación y además son apreciables de oficio, según señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 383/2014, de 19 de mayo.

SÉPTIMO: Por su parte, el poder adjudicador, en su informe de fecha 23 de marzo de 2014, señala lo siguiente:

a) Como indica el propio recurrente, no procede anular el acto administrativo si el resultado último permanece siendo el mismo. En consecuencia, no procede entrar en el fondo de la cuestión planteada puesto que una eventual estimación de este motivo no modificaría el orden final de clasificaciones entre las empresas licitadoras.

b) Ninguno de los razonamientos formulados por el operador económico recurrente en su escrito desvirtúa el hecho de que la adjudicación ahora impugnada haya dejado de aplicar estrictamente lo establecido en la Resolución del OARC/KEAO 52/2014, dado que se ha retrotraído las



actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas emitiendo un informe técnico rectificativo que tiene en cuenta las razones expresadas en el Fundamento de Derecho Decimotercero de la citada Resolución, estableciendo unas puntuaciones en el programa de trabajo para las empresas Garbinaldi y Pilsa. Dichas puntuaciones rectificativas no excluyen las ofertas de las citadas empresas, función ésta reservada al órgano de contratación.

c) En este momento del procedimiento el OARC/KEAO únicamente puede analizar si la nueva adjudicación impugnada ha infringido en algún punto lo acordado en la Resolución 52/2014.

d) Uni2 no tiene otro objetivo más que el de demorar la entrada en vigor del nuevo contrato, repercutiendo dicha demora en un perjuicio económico grave para Osakidetza, valorado en 16.171 euros mensuales IVA incluido.

OCTAVO: Dentro del plazo otorgado para formular alegaciones se han recibido las de la empresa Eulen que señala que la petición de exclusión de la oferta de la empresa Eulen la realizó la recurrente, en los mismos o parecidos términos, en un recurso especial anterior, que fue resuelto por Resolución del OARC/KEAO 52/2014, siendo su petición expresamente desestimada. Recurrir la posterior adjudicación, cuando no se ha hecho otra cosa más que cumplir lo ordenado por el OARC/KEAO, resulta no sólo reiterativo, al ser cosa juzgada, sino manifiestamente temerario, no teniendo más remedio que pensar que su única finalidad es la de demorar el inicio del servicio por la nueva adjudicataria y continuar prestándolo ella, que es quien lo está prestando actualmente. Por ello, si la recurrente no estuvo conforme con la Resolución del OARC, al no haber excluido de la licitación a Eulen, lo que debería haber hecho era recurrirla ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

NOVENO: El primer motivo de impugnación versa sobre la incorrecta ejecución de la Resolución 52/2014 de este OARC/KEAO, cuyo apartado dispositivo primero ordenaba lo siguiente.



PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Unión Internacional de Limpiezas, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza, gestión de residuos y jardinería en los hospitales de Galdakao-Usansolo, Gernika-Lumo y Ambulatorio de Durango”, tramitado por el Ente Público de Derecho Privado Osakidetza – Servicio Vasco de Salud, anulando la adjudicación del lote 1 y ordenando la retroacción de actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas, debiendo excluirse, por las razones expresadas en el Fundamento de Derecho Decimotercero, las ofertas de las empresas Garbaldi y Pilsa en el citado lote, y proceder a la adjudicación del contrato en la forma señalada en el PCAP.

El recurrente discrepa de la forma en la que el poder adjudicador ha procedido a la exclusión de las ofertas de Garbaldi y Pilsa pues considera que debían de haber sido excluidas de plano, como ejecución de lo dispuesto en la mencionada Resolución, y no como consecuencia de una nueva valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor que arroja el resultado de que las citadas empresas no superen el umbral mínimo de valoración técnica señalado en los pliegos del contrato. No obstante y con independencia de que este órgano resolutorio considera que la única interpretación posible de lo señalado en la parte dispositiva primera de la Resolución 52/2014 es la señalada por la recurrente, el motivo de impugnación decae pues es la propia recurrente la que reconoce que aún estimado este motivo, el resultado de la adjudicación permanecería igual.

DÉCIMO: El segundo motivo de impugnación se basa en el incumplimiento por parte de la nueva adjudicataria de las prescripciones señaladas en el PPT como condiciones esenciales de la adjudicación, lo cual implica que la adjudicación es nula de pleno derecho y, como tal, apreciable de oficio por parte del OARC/KEAO en cualquier fase del procedimiento de adjudicación por ser ésta una cuestión de orden público. Asimismo, considera que al ser nula de pleno derecho la adjudicación, no se le puede oponer el principio de cosa juzgada administrativa.

En el recurso especial que se interpuso contra la anterior adjudicación del contrato, que fue resuelto por la Resolución 52/2014, la pretensión de la recurrente (Uni2) era la de anular en su totalidad el proceso de licitación y,



subsidiariamente, excluir de la licitación las ofertas presentadas por Garbaldi, Pilsa y Eulen, por haber incurrido en omisiones y defectos no subsanables, anulando y dejando sin efecto la Resolución de adjudicación de 3 de marzo de 2014 y acordando la adjudicación del lote 1 a su favor. La petición de excluir del procedimiento de adjudicación a Garbaldi, Pilsa y Eulen resultaba congruente con su pretensión y fundamentaba su legitimación para recurrir pues en el orden de clasificación previo a la adjudicación señalado por la Mesa de contratación su propuesta contractual figuraba en segundo lugar tras las de Garbaldi pero empatada en puntos con las de Eulen y Pilsa.

Es por ello que en dicho recurso, además de aducir como motivos impugnatorios los defectos apreciados en las ofertas de Garbaldi, también señalaba los observados en las de las empresas Pilsa y Eulen que, en el supuesto de esta última, consistían en incumplimientos del PPT.

La ejecución de la Resolución 52/2014 implicaba excluir las ofertas de las empresas Garbaldi y Pilsa del procedimiento de licitación y, para ello, se ordenaba retrotraer las actuaciones al momento de valoración de las ofertas pues es éste el momento en que debieron ser excluidas, y adjudicar en la forma señalada en el PCAP, pues al hallarse las empresas Eulen y Uni2 empatadas se debían aplicar los criterios de desempate consignados en el PCAP y requerir y calificar la documentación a la que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP.

Si bien formalmente se ha efectuado una nueva adjudicación, todos los presupuestos que la sustentan, a excepción de los indicados en el párrafo anterior, permanecen iguales. La acción ahora ejecutada no versa sobre ninguna de las actuaciones nuevas que ha debido realizar el poder adjudicador para volver a adjudicar el contrato. Por el contrario, se basa en los mismos presupuestos, el incumplimiento del PPT (si bien aumenta el número de incumplimientos inicialmente denunciados) y solicita la misma consecuencia jurídica (la exclusión del lote 1 de la oferta presentada por Eulen). Los



incumplimientos nuevos ahora alegados existían en el momento en que presentó el primero de los recursos y no son en sustancia diferentes a los alegados en su momento. Es por ello, que debieron presentarse en el momento procesal adecuado, en el recurso que dio lugar a la Resolución 52/2014, y, al no serlo, se deben padecer los efectos de la denominada cosa juzgada administrativa. Se ha de tener en cuenta que introducir argumentos nuevos, que pudiendo haber sido alegados por el recurrente en el recurso anteriormente planteado, no lo fueron, equivale a otorgar un nuevo plazo de presentación de recurso.

En consecuencia, el momento de presentación de argumentos contra las ofertas de sus competidoras quedó precluido. Téngase en cuenta que el fundamento de la cosa juzgada no es más que el de la certeza y seguridad jurídica que veda la posibilidad de replantear indefinidamente un problema. Ello significa que el acto se convierte en firme y consentido en vía administrativa, susceptible de recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en el artículo 10.1, letra k) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

UNDÉCIMO: Este órgano considera que no procede la imposición de una multa al recurrente por temeridad, tal y como lo solicitan el poder adjudicador y Eulen, pues si bien pudiera considerarse un abuso del derecho al recurso basado en su interés en posponer la nueva adjudicación por ser la actual adjudicataria del contrato, lo cierto es que ha presentado un recurso fundado en derecho.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Unión Internacional de Limpiezas, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza, gestión de residuos y jardinería en los hospitales de Galdakao-Usansolo, Gernika-Lumo y Ambulatorio de Durango, tramitado por el Ente Público de Derecho Privado Osakidetza – Servicio Vasco de Salud, dictada en ejecución de la Resolución 52/2014, de 23 de mayo, de este órgano resolutorio.

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 uztailaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de julio de 2014