



EB 2014/70

Resolución 77/2014, de 6 de agosto de 2014, 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 Limpieza, S.A. contra la adjudicación del contrato “servicio de limpieza de los edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Alegria-Dulantzi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 27 de junio de 2014 se registró en el libro de entradas de este 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 Unión Internacional de Limpieza, S.A. (en adelante, UNI2) contra la adjudicación del contrato que tiene por objeto el “servicio de limpieza de los edificios municipales”, tramitado por Ayuntamiento de Alegría-Dulantzi.

El día 3 de julio de 2014 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el expediente de contratación acompañado del informe al que hace referencia el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).



SEGUNDO: El recurso se trasladó a los interesados el 7 de julio de 2014, recibándose en el plazo concedido al efecto alegaciones de la empresa Ansareo Saneamientos y Servicios, S.A.

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 de Don H. N.V. como 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 del TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Alegria-Dulantzi 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: La pretensión del recurso es la de anular y dejar sin efecto el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alegría-Dulantzi de 5 de junio de 2014, ordenando excluir del procedimiento de licitación la oferta presentada por Ansareo Saneamiento y Servicios, S.A. (en adelante, Asaser) y acordar la adjudicación del contrato a favor de Uni2, al haber presentado la oferta económicamente más ventajosa, basándose al efecto en los motivos impugnatorios que, en síntesis, se relacionan a continuación:

a) Asaser debió ser excluida del procedimiento de contratación por haber incluido en el sobre C, relativo a la oferta técnica, numerosos datos que debían constar exclusivamente en el sobre B, relativo a proposición económica y documentación cuantificable de forma automática. Se trata de datos relativos a las mejoras ofertadas, que son valorables de forma automática y deben, por tanto, constar en sobre independiente que se abrirá tras la valoración de las ofertas técnicas contenidas en el sobre C.

b) Es cierto que Asaser no ha incluido en el sobre C la valoración económica de esas mejoras pero si ha desvelado una parte importante de su contenido, con lo que es innegables que el órgano de contratación ha tenido conocimiento de parte de la oferta contenida en el sobre B antes de su apertura, lo que está rigurosamente prohibido. Hay que tener en cuenta que la Mesa de contratación



excluyó la oferta contractual de la empresa Elosa por haber introducido la documentación relativa a la mejoras en el sobre C y no en el B.

c) La diferencia entre la conducta de Elosa y la de Asaser, que ha dado lugar a que la primera sea excluida y la segunda no, parece radicar en el hecho de que Asaser no ha desvelado la valoración económica que atribuye a sus mejoras, de lo que la Mesa de contratación habría deducido que no se ha producido una infracción del deber de mantener las ofertas en sobres separados, pero este razonamiento no es correcto por tres razones: la primera, porque el mero hecho de saber que Asaser ha ofertado mejoras en 3 de las 4 categorías condiciona a la Mesa a la hora de hacer la valoración de la oferta técnica. Así, no es difícil imaginar que se puede llegar a sobrevalorar la oferta técnica de Asaser para asegurar beneficiarse de esas mejoras. La segunda de las razones, porque, según la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), la Administración goza de discrecionalidad a la hora de revisar las valoraciones atribuidas por los licitadores a las mejoras, y lo cierto es que el Ayuntamiento ha hecho uso intensivo de esa facultad modificando prácticamente todas las valoraciones realizadas por los licitadores, sin que en el expediente conste el criterio aplicado para llevar a cabo esa nueva valoración y, por último, porque los datos sobre las mejoras que Asaser ha introducido en el sobre C no son meras referencias sino datos muy concretos de lo que se ofertaba que sin duda permitieron a la Mesa de contratación hacer un cálculo de la puntuación que aquella podría obtener.

d) El Ayuntamiento conoció anticipadamente no sólo que Asaser había ofertado un amplio elenco de mejoras, sino también cuales eran esas mejoras en concreto, lo que unido al hecho de que fue el propio Ayuntamiento el que cuantificó su coste como base para otorgar la puntuación y que la puntuación concedida en este apartado fue la máxima prevista, permite sin lugar a dudas concluir que se han infringido los principios de objetividad, transparencia, igualdad de los licitadores y mantenimiento del secreto de las ofertas, que debe dar lugar a la revocación de la adjudicación.



e) Tras analizar la doctrina de diversos tribunales de resolución de recursos contractuales, concluye que concurren todos los requisitos para la exclusión de la oferta de Asaser pues la introducción en el sobre C de determinada información relativa a las mejoras ha supuesto que (i) la Mesa de contratación haya tenido un conocimiento prematuro de que Asaser habría ofertado mejoras, (ii) que la Mesa de contratación haya tenido un conocimiento prematuro de las características principales de esas mejoras y (iii) que a causa de ese conocimiento la Mesa de contratación haya visto comprometida la objetividad en la valoración de las ofertas técnicas al poder calcular anticipadamente la puntuación que Asaser iba a obtener en el apartado correspondiente a las mejoras, siendo esto último más evidente si se tiene en cuenta que la Mesa modificó las valoraciones asignadas a las mejoras de casi todas las empresas (incluida Asaser), influyendo así de manera directa en la puntuación asignada a cada una de ellas en este apartado.

SÉPTIMO: Por su parte, Asaser solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la adjudicación de fecha 5 de junio de 2014, con las siguientes alegaciones:

a) En relación con el tema debatido, el elemento esencial es la diferenciación entre la documentación cuya valoración deba hacerse de manera automática y la documentación cuya valoración requiera de un juicio de valor, y a estos efectos, diferenciar los sobres en los que se presenta cada documentación, para evitar que se tenga información adicional que pueda acarrear valoraciones subjetivas.

b) Toda prestación tiene dos perspectivas: la técnica y la económica. En cuanto que los elementos técnicos son ponderables a través de un juicio de valor, deben ir en el sobre que incluya los elementos cuya valoración requiera de un juicio de valor, es decir, en el sobre C. En cuanto que la valoración económica de una prestación, o sea el precio, es un elemento de evaluación automática,



deberá ir en el sobre que incluya la documentación de valoración automática, es decir, el sobre B. Estas dos perspectivas lo son de toda la prestación, tanto de la básica como de las mejoras. Por tanto, no puede decirse que las mejoras deben ir incluidas en el sobre B, sino que las mejoras, en su perspectiva de carácter técnico, deberán incluirse en el sobre C (por tratarse de elementos que requieren un juicio de valor) y en su perspectiva de carácter económico, deberán incluirse en el sobre B (por tratarse de elementos que requieren de valoración automática).

c) Lo relevante para que se incluya en un sobre u otro no es que se trate o no de mejoras, sino que se trate de elementos a ponderar según un juicio de valor o elementos de valoración automática. Dicho de otra forma, el sobre C deberá contener toda la información que sea cuantificable a través de juicios de valor, es decir, todos los elementos técnicos de la prestación, tanto de prestación básica como de mejoras. El sobre B, sin embargo, deberá contener toda la documentación relativa a la información cuantificable de forma automática, ya sea el precio, ya sean las mejoras. Lo que está prohibido es introducir valoración económica en el sobre de características técnicas, en el sobre C, lo cual, no se ha producido.

d) La descripción de la mejora, que incluya sus características técnicas, se debe realizar en el sobre C, mientras que la cuantificación de la misma debe obrar en el sobre B. Pero la mejora es la misma. Por tanto, mientras no haya valoración económica, o elementos que permitan cuantificar la mejora de manera automática, no se estaría incurriendo en esta prohibición, lo que sólo ocurriría si se realiza tal cuantificación.

OCTAVO: El órgano de contratación se opone al recurso con los siguientes argumentos:



a) Es cierto que Asaser en el sobre C hace referencia a formas de trabajo que luego valora en el sobre B, pero esto no ha afectado a la valoración de este sobre.

b) La valoración realizada del plan de trabajo de Asaser no ha sido la máxima, sino que ha sido igual que la de Uni2, que también incluía numerosas referencias a actuaciones que valoran con posterioridad en el sobre B. En concreto, en el sobre C aparece la retirada de pintadas y carteles no autorizados, cuya valoración figura en el sobre B en el punto 2.5. En el sobre C aparece la realización semestral de una limpieza especial de los suelos de terrazo, que en el B es valorado en el punto 2.11.1. En el sobre C aparecen procedimientos de desinfección, que es valorado en el sobre B en el punto 2.7. En el sobre C, aparecen las piscinas. Asimismo, en el sobre C se recoge cómo se van a limpiar los suelos plastificados y que se realizará con productos antideslizantes y en el sobre B en el punto 2.11 se valora el tratamiento de antideslizantes. En el sobre C, en el punto 1.2.3.1 se habla del programa/cronograma de trabajo en zonas exteriores (eliminación de chicles con frecuencia mensual, retirada de carteles, pintadas en fechadas, en caso de heladas, nevadas o previsión de ellas esparciendo urea). Por su parte, en el sobre B figuran en el punto 2.12 limpiezas no contempladas en el pliego, en el 2.5, limpieza y protección antipintadas, en el 2.6 limpieza de acceso y caminos transitables ante la situación de nieve o niebla, en el punto 2.12, retirada de chicles, en el punto 2.3 utilización de productos ecológicos para la limpieza y en el punto 2, suministro de urea en lugar de sal.

c) El resto de empresas también incluyen en el sobre C mejoras que luego son valoradas en el sobre B (i) Limpiezas Helios Kriogenia, S.L., hace referencia a que utiliza productos con etiqueta ecológica (ii) Limpieza Gutierrez, S.A. hace referencia al uso de productos ecológicos (iii) Limpiezas Abando, S.L. hace referencia al uso de productos ecológicos (iv) Salvalim, S.L., incluye en su plan de trabajo una persona con dedicación de 8 horas que luego es incluida en las mejoras (v) Limpiezas Bilur, S.L. hace referencia al uso de productos



ecológicos (vi) Garibaldi, S.A. hace referencia a la utilización de disco de diamante para el pulido y cristalización de suelos para no utilizar decapantes y cristalizados y no dañar el medio ambiente y limpieza con mopas de microfibra para ahorrar agua.

d) La doctrina de que la exclusión de los licitadores que incluyan información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a información sujeta a juicio de valor es automática debe ser matizada (Informe 12/2003, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón) en el sentido de que una simple irregularidad en la presentación de la documentación, que no conculque el principio de publicidad y separación entre la información sujeta a juicio de valor y la valorable de forma automática, no puede tener efectos invalidantes.

NOVENO: Antes de entrar propiamente en el fondo del asunto, debe tenerse en cuenta que existe un límite a la competencia de este órgano resolutorio respecto de una de las pretensiones del recurrente. En el suplico del recurso se solicita anular y dejar sin efecto el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alegría-Dulantzi de 5 de junio de 2014, ordenando excluir del procedimiento de licitación la oferta presentada por Ansaser y ordenar la adjudicación del contrato a favor de Uni2, al haber presentado la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, debe indicarse que este Órgano resolutorio tiene encomendada una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, de modo que, de existir tales vicios, se ha de proceder a anular el acto o actos, ordenando, en su caso, la retroacción de actuaciones, pero sin que este órgano resolutorio pueda sustituir la competencia del órgano de contratación para la adjudicación del contrato, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación (art. 47.2 TRLCSP) o, por extensión, declarar desierta la contratación. Por ello, se debe



inadmitir dicha pretensión sin perjuicio de la competencia para conocer del resto de pretensiones formuladas.

DÉCIMO: La pretensión del recurrente que sí se puede y debe ser analizada es la relativa a la anulación de la adjudicación realizada. En este sentido, el recurrente alega que la adjudicación no se ajusta a derecho pues el adjudicatario desveló aspectos correspondientes a su oferta en el momento procedimental que no correspondía.

El párrafo 3º del artículo 150.2 TRLCSP, establece que «La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia». Para hacer posible esta valoración separada, «las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada». Cumpliendo el mandato de desarrollo reglamentario, el artículo 26 del Reglamento que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, dispone que «la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos».

Del análisis de esta normativa se deduce 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.

Consecuentemente, debe analizarse si la introducción de los documentos señalados por la recurrente en el sobre que corresponde a los criterios evaluables mediante un juicio de valor, cuya apertura ha de ser anterior a la del sobre en el que figuran los datos relativos a los criterios evaluables mediante fórmulas, ha comprometido la objetividad de la valoración, en los términos que la normativa aplicable exige y que se han explicado en el párrafo anterior (ver, en este sentido, el dictamen del Consejo de Estado 670/2013, de 11 de julio de 2013, y la jurisprudencia que en él se cita).

Para ello, se hace preciso el análisis de determinadas cláusulas contractuales:

«CLÁUSULA DÉCIMA. Criterios de adjudicación

(...)

A. Criterios cuantificables automáticamente, se puntuarán en orden decreciente:

(...)

- Mejoras sobre las condiciones establecidas en el pliego: hasta 20 puntos.
- Realizado de abrillantado con máquina en los edificios, debiendo incluir la valoración establecida por la empresa.
- Limpiezas no contempladas en los edificios, debiendo incluir la valoración establecida por la empresa.
- Utilización de productos ecológicos en la limpieza.
- Mejoras en el material desechable de los aseos.

Se asignan dos puntos por cada 2.480 euros de mejora, teniendo en cuenta que la administración puede ajustar la valoración propuesta por la empresa a un coste real.

(...)

B. Criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor.



- Plan de trabajo: hasta 20 puntos, debiendo describir cómo se va a prestar el servicio, incluyendo por cada edificio: horario de limpieza y personas asignadas.»

La documentación que han de entregar las empresas licitadoras, así como su forma de presentación se señala en la cláusula 9 del PCAP que, en lo que aquí interesa, señala lo siguiente:

«Sobre B

PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN CUANTIFICABLE DE FORMA
AUTOMÁTICA

a) Proposición económica.

(...)

b) Documentos relativos a los criterios de valoración, distintos del precio, que se deban cuantificar de forma automática: mejoras y precio hora de limpieza para lo no previsto en el pliego.

(...)

SOBRE C

DOCUMENTACIÓN PONDERABLE A TRAVÉS DE JUICIOS DE VALOR

Incluirán aquellos documentos que sean precisos para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor.»

De la mera lectura de las citadas cláusulas se deriva que el PCAP no incita a confusión en cuanto a la forma de presentación de la oferta pues resulta claro que las mejoras, como criterio evaluable de forma automática, se han de expresar y valorar en el sobre B. Dicho esto, procede examinar si la identificación de las mejoras en el sobre C (documentación ponderable a través de juicios de valor), que se abre, analiza y valora de forma previa al sobre B, que contiene la documentación de los criterios que se valoran de forma automática, puede llegar a comprometer la objetividad del procedimiento de selección de la oferta económica más ventajosa.

El aspecto de las mejoras que se tiene en cuenta, siempre que versen sobre los puntos especificados en el PCAP, es la valoración económica de las mismas. Ahora bien, no la que efectúa la empresa licitadora sino aquella otra



que realiza la Administración para ajustarla a un «coste real». Con independencia de los reproches que pueda merecer esta cláusula (que no fue impugnada en su momento ni lo es en esta fase del procedimiento de adjudicación), lo cierto es que la propia administración puede valorar de forma unilateral, sin sujeción a criterio predeterminado alguno las mejoras propuestas, por lo que únicamente cabe concluir que, identificadas éstas, se ha desvelado el secreto de la oferta, pues el propio evaluador de los criterios sujetos a juicio de valor puede establecer la valoración económica de la mejora, por lo que la finalidad que persigue la valoración separada de los sobres no se alcanza, debiendo ser estimado el recurso especial en este punto.

UNDÉCIMO: Argumenta de contrario el órgano de contratación que el recurso especial debe ser desestimado pues todas las empresas han cometido la misma infracción, la de identificar de alguna u otra manera en sobre incorrecto las mejoras propuestas, por lo que el desvelamiento del secreto se puede predicar de todas las ofertas contractuales. No obstante, el hecho de que todas las ofertas sean inadmisibles en ningún caso puede ser argumento para afirmar que la actuación del órgano de contratación se ajusta a derecho y solicitar la desestimación del recurso pues esta circunstancia no subsana el que todas las ofertas sean inaceptables y su consecuencia únicamente podrá ser la de declarar desierta la adjudicación.

Resta por analizar si el recurrente puede verse perjudicado por la misma infracción que denuncia, apreciada de oficio por este órgano resolutorio. Se ha de tener presente que el procedimiento contradictorio es un rasgo esencial del recurso especial (art. 2.8 Directiva 89/665), lo que supone que los motivos impugnatorios y de oposición a los mismos se han de someter al debate de las partes afectadas. Estimar esta causa de exclusión por este órgano resolutorio, en este supuesto en concreto, tendría el efecto de privar al recurrente del derecho a impugnar la fundamentación de su exclusión porque no ha tenido posibilidad de defenderse frente a ello.



Además, si este Órgano determinara en el presente procedimiento la inadmisión de la oferta del recurrente tal decisión estaría afectada por un vicio de incongruencia con la petición del recurso (artículo 47.2 TRLCSP) y se cometería un exceso competencial en contra del recurrente, que vería empeorada su situación jurídica respecto a la que tenía antes de interponer la impugnación, lo que está prohibido por el artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (la llamada “reformatio in peius”).

No obstante, ha de tenerse en cuenta que la posición mantenida por este órgano resolutorio no implica en absoluto la convalidación de las posibles irregularidades en las que pueda incurrir la oferta del recurrente o resto de empresas admitidas pues no puede adjudicarse un contrato público a un licitador que ha infringido los requisitos de la licitación, sino que implicará la retroacción del procedimiento a la fase adecuada del procedimiento de adjudicación.

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 del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por Unión Internacional de Limpieza, S.A. contra la adjudicación del contrato “servicio de limpieza de los edificios municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Alegria-Dulantzi, acordando la exclusión de la oferta de la empresa Ansareo Saneamiento y Servicios, S.A. y ordenando retrotraer las actuaciones a aquel momento procedimental en que se valore por la entidad adjudicadora el cumplimiento por las ofertas del resto de los licitadores de los requisitos de la



licitación, interpretados de la forma señalada en el fundamento jurídico décimo de esta resolución.

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 abuztuaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de agosto de 2014