



EB 2022/048

Resolución 102/2022, de 15 de junio, 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 FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza viaria y servicios complementarios del Ayuntamiento de Laudio / Llodio”, tramitado por el Ayuntamiento de Llodio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de marzo de 2022 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. (en adelante, FCC) contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza viaria y servicios complementarios del Ayuntamiento de Laudio / Llodio”, tramitado por el Ayuntamiento de Llodio.

SEGUNDO: El mismo día 22 de marzo el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 6 de abril.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados los días 7 y 12 de abril, el día 13 de abril se recibieron las alegaciones de la empresa ENVISER



Nahi izanez gero, J0D0Z-T3RNH-PJMK bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T3RNH-PJMK en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



SERVICIOS AMBIENTALES, S.A.U. (en adelante, ENVISER), que forma parte de la Unión Temporal de Empresas adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de E.O.F, 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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

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



SEXTO: Alegaciones de la recurrente

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La oferta de la adjudicataria impugnada incumple el contenido sustancial del criterio de adjudicación sujeto a evaluación mediante fórmula (en adelante, “criterio automático”) relativo a la “Bolsa de horas” y no debió valorarse por los siguientes motivos:

- Dicho contenido sustancial radica en las categorías de los puestos a ofertar (peón, conductor y encargado), en que las horas ofertadas para cada categoría deberán guardar una proporción lógica y similar a la del artículo 57 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) para formar equipos proporcionados y en que no pueden superarse las 796 horas (número total ponderado).
- El citado artículo 57 del PPT establece los aspectos considerados como básicos en el cálculo del servicio de limpieza viaria, entre los que se incluye el número y categoría de los trabajadores. Como el Anexo VII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece que la bolsa de horas será como máximo media jornada ordinaria de un trabajador por Convenio, no se incluye el turno de tarde (que, según el artículo 57, requiere al menos de un peón de lunes a viernes). Consecuentemente, la proporción fijada por el PPT para peones / conductores es de 2 a 1.
- FCC estima que el número de trabajadores propuesto por el adjudicatario para cada categoría no guarda una proporción lógica y similar a la del artículo 57 del PPT.

b) La mesa de Contratación, con base en el informe de Secretaría, decidió no valorar la oferta de la recurrente para el criterio de adjudicación automático relativo al “Precio de hora”, lo que FCC considera infundado y, además,



arbitrario, ya que trata de forma distinta dos propuestas con planteamiento similar:

- La oferta de FCC incluye los cálculos que acreditan que el precio ofertado cumple con el convenio colectivo vigente, como pide el PCAP. El informe de Secretaría que sustenta la decisión de la Mesa establece que la fundamentación del cálculo del precio / hora del encargado es materialmente contraria al Convenio Colectivo vigente (aunque no formalmente, pues la categoría de encargado no existe en el Convenio), pues no se respetan las condiciones del personal a subrogar, lo que la constituye como una oferta incoherente en su conjunto; por otro lado, no es válido argumentar que se trata del precio de la facturación y no salario efectivamente cobrado por el personal, el cuál sí respetaría dichas condiciones, pues ello supondría un fraude de ley, al manipular las condiciones de la proposición con el fin de obtener la puntuación más favorable. Sin embargo, el recurrente alega que el coste de hora de encargado es correcto y no contraviene normativa laboral alguna porque la categoría de encargado (recogida por el propio órgano de contratación en la descripción del criterio) no figura en el Convenio aplicable; consecuentemente, la recurrente ha aplicado el sistema de fuentes de la relación laboral, que conduce al Convenio General del Sector de Limpieza pública viaria y, en última instancia, al salario mínimo interprofesional y a la corrección del cálculo de 11,43 euros, como lo conforma el propio informe de Secretaría.
- El informe de Secretaría afirma que la oferta de FCC es desproporcionada o incoherente porque el coste / hora del encargado es inferior al de las otras dos categorías, lo que no se soporta en Derecho y es una mera conjetura de la informante; se alega que no se infringen los pliegos por contar con personal diferente del subrogado para los trabajos extraordinarios (así lo ha reconocido la Mesa a propósito de la oferta de otra empresa) y que el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) no es aplicable



porque la proposición no es inviable ni contiene ningún error insubsanable.

- La oferta de FCC no incurre en fraude de ley, y el poder adjudicador no puede introducir en la evaluación de un criterio automático un elemento radicalmente subjetivo como es la apreciación de dicho fraude de ley.

c) FCC alega que la oferta de la adjudicataria debió excluirse por no aportar la acreditación del cumplimiento del Convenio Colectivo, expresamente exigida por el Anexo VII del PCAP.

d) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato y la exclusión de la oferta de la adjudicataria y, subsidiariamente, si el OARC / KEAO entendiera que no procede la excitada exclusión, la revisión de la puntuación otorgada a ENVISER en el criterio “Bolsa de Horas” y de la puntuación otorgada a la recurrente en el criterio “Precio de hora”.

SÉPTIMO: Alegaciones de ENVISER

El adjudicatario impugnado alega, en síntesis, lo siguiente:

a) El recurrente pretende introducir en el criterio de adjudicación “Bolsa de horas”, de carácter automático, reglas de valoración propias de los criterios sujetos a juicio de valor, lo que no es aceptable.

b) ENVISER alega que el artículo 1 del Convenio Colectivo entre FCC y su personal adscrito al contrato impugnado establece su aplicación a todo el personal afecto al servicio, sin distinguir entre trabajadores temporales e indefinidos. Dado que no figura la categoría profesional de encargado en dicho convenio, se debe realizar la mayor aproximación posible a alguna de las categorías que sí figuran en él, concretamente a las funciones del Grupo Profesional de Operarios (peón limpiador); aceptar lo contrario supondría atribuir a la categoría profesional más elevada de las exigidas (encargado) la menor



retribución, lo que carece de lógica. Esta contravención de la normativa laboral justifica la decisión impugnada.

c) La Mesa de Contratación ya atribuye 0 puntos en el criterio “Precio de hora” a la oferta de la adjudicataria impugnada por no haber aportado la justificación del importe propuesto conforme al convenio colectivo aplicable; la pretensión del recurrente de que la proposición sea excluida no es aceptable porque los pliegos que rigen el contrato no prevén expresamente esta causa de exclusión, la cual tampoco se podría amparar en el artículo 84 del RGLCAP y sería desproporcionada. Alega que el incumplimiento de un criterio de adjudicación puede suponer la obtención de una puntuación menor, pero no el rechazo de la proposición, y que la Mesa no solicitó subsanación o aclaración al respecto.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) La falta de aportación de una justificación de los precios / hora ofertados en cumplimiento del Convenio Colectivo vigente conlleva, según los pliegos, que no se valore la propuesta de la recurrente para el criterio de adjudicación correspondiente.

b) Por lo que se refiere al criterio de adjudicación “Bolsa de horas”, el Ayuntamiento alega lo siguiente:

- a diferencia de lo que sucede con las categorías de peón y conductor, la oferta del recurrente parte de la no inclusión en las tablas salariales del Convenio de la categoría correspondiente, por lo que acude al Convenio general del sector, que tampoco incluye el precio / hora correspondiente y, en último término, al salario mínimo interprofesional para 2012¹, para llegar, incluyendo los costes de la Seguridad Social, a 11,43 euros / hora



del encargado para un total de 1.592 horas anuales. Esta argumentación, aunque formalmente respetuosa con el Convenio colectivo no lo es materialmente, pues se considera incoherente que el precio / hora del encargado sea inferior a los del peón y el conductor, que son categorías menores.

- no se respetan las condiciones salariales del personal con derecho a subrogación, en contra de la declaración expresa al respecto incluida en la propia oferta.
- no es válido alegar que son diferentes el precio de facturación del servicio extraordinario a la Administración y el importe del salario efectivo percibido por el personal (que sí satisfaría las condiciones de subrogación); ello supondría una postura próxima al fraude de ley, al manipular las condiciones de la oferta para obtener la puntuación más favorable.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso alega que:

- (i) la oferta de la adjudicataria debió excluirse por no aportar la acreditación del cumplimiento del convenio colectivo correspondiente, exigida por el Anexo VII del PCAP y, en todo caso, no debió valorarse su propuesta en el criterio de adjudicación “Bolsa de horas” por incumplir el contenido sustancial de dicho criterio
- (ii) la decisión de no valorar la proposición de la recurrente en el criterio de adjudicación “Precio de hora” es infundada y arbitraria.

El análisis de los motivos de la impugnación debe partir del contenido de los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación y vinculan al poder adjudicador y a los licitadores por haber adquirido firmeza al no haber sido



impugnados en tiempo y forma. En particular, son especialmente relevantes para la resolución del recurso los siguientes apartados:

PCAP

ANEXO VII – CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE LIMPIEZA VIARIA Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

[...]

CRITERIOS CUANTIFICABLES AUTOMATICAMENTE (60 puntos)

PRECIO (50 puntos)

Se otorgará la máxima puntuación a la oferta más económica. La puntuación del resto de ofertas será la que se desprenda de la fórmula de multiplicar el resultado del cociente entre la oferta económica más baja y la oferta de la licitadora que se valora, por el número total de puntos aplicables al criterio (T=50 puntos), esto es:

$$PI = T \times (Ob / Ol)$$

Donde: PI es la puntuación obtenida por cada licitadora.
T es el número total de puntos atribuibles a este criterio (50 puntos).
Ob es la oferta económica más baja.
Ol es la oferta económica de cada licitadora.

BOLSA DE HORAS (7 puntos)

Se utilizará para trabajos extraordinarios no contemplados en el contrato relacionados con el servicio. Se otorgará la máxima puntuación (T=7 puntos) a la propuesta que presente el mayor número de horas, sin coste añadido (incluidos en el precio ofertado), en la aplicación del siguiente método:

$$Ht = (3 \times Hp) + (2 \times Hc) + (1 \times He)$$

Donde: Ht número de horas total ponderado ofertado por cada licitadora ($Ht \leq 796$).
Hp es el número de horas de peón ofertado por cada licitadora.
Hc es el número de horas de conductor ofertado por cada licitadora.
He es el número de horas de encargado ofertado por cada licitadora.

El número de horas de cada uno de los puestos (peón, conductor y encargado), deberá guardar una proporción lógica y similar a la definida en el artículo 57 de los pliegos técnicos, de



forma que se puedan formar equipos proporcionados para cualquier tarea encomendada. No se admitirán ofertas con bolsa de horas de una sola tipología de puesto.

La puntuación final de este apartado de bolsa de horas será la que se desprenda de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$HI = T \times (Ht / Htmax)$$

Donde: HI es la puntuación obtenida por cada licitadora.

T es el número total de puntos atribuibles a este criterio (7 puntos).

Ht max. de la fórmula del párrafo anterior

Ht de cada licitadora obtenida de la fórmula del párrafo anterior.

Esta oferta de una bolsa de horas sin coste añadido para la administración será de como máximo ½ jornada ordinaria anual de un trabajador según convenio, esto es 796 horas, ya que se entiende que si se deben prestar más horas llegando a una jornada completa debería ser una prestación prevista en el contrato. Por lo tanto, **el número de horas total ponderado ofertado por cada licitadora (Ht), no superará las mencionadas 796 horas.**

PRECIO DE HORA (3 puntos)

Se utilizará, cuando agotada la bolsa de horas anuales se requiera la facturación de horas extraordinarias por trabajos no contemplados en el contrato. Se otorgará la máxima puntuación (T=3 puntos) a la propuesta que presente el menor precio con la aplicación del siguiente método (se deberá justificar que dicho precio horario cumple al menos con el convenio colectivo vigente).

$$PH = (3 \times PHp) + (2 \times PHc) + (1 \times PHe)$$

Donde: PH es el precio de hora ponderado ofertado por cada licitadora.

PHp es el precio de hora de peón ofertado por cada licitadora.

PHc es el precio de hora de conductor ofertado por cada licitadora.

PHe es el precio de hora de encargado ofertado por cada licitadora.

La puntuación final de este apartado de precio horario ofertado será la que se desprenda de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$PHI = T \times (PH \text{ min.} / PHI)$$

Donde: PHI es la puntuación obtenida por cada licitadora.

T es el número total de puntos atribuibles a este criterio (3 puntos).

PH min. de la fórmula del párrafo anterior

PH de cada una de las licitadoras.



PPT

[...]

ARTÍCULO 57.- PLANTEAMIENTOS BASICOS DEL SERVICIO DE LIMPIEZA

En este punto se pretende plasmar aquellos aspectos que han sido considerados como básicos en el cálculo del servicio de limpieza viaria, el cual viene descrito en el CAPÍTULO III TRABAJOS DE LIMPIEZA PÚBLICA”.

Se describen los servicios por las actividades a desarrollar:

Servicio: **LIMPIEZA VIARIA**

a) Periodicidad: **ACTIVIDADES DE LUNES A VIERNES.**

Turno: **MAÑANA 10 peones y 5 conductores**

Actividades:

- Barrido Manual
- Barrido Manual Motorizado
- Barrido en Brigada
- Barrido Mecánico de Aceras
- Barrido Mecánico de Calzadas
- Baldeo Mecánico de Aceras
- Baldeo Mecánico de Calzadas
- Baldeo Mixto
- Fregado por decapación de aceras y zonas peatonales
- Mantenimiento de papeleras
- Eliminación de pintadas
- Recogida de excrementos
- Limpieza de jardines
- Limpieza de sumideros
- Lavado de vehículos
- Limpieza parques infantiles

Turno: **TARDE 1 péon**

Actividades: - Barrido Manual motorizado-repaso

b) Periodicidad: **ACTIVIDADES DE SÁBADOS, DOMINGOS Y FESTIVOS.**

Turno: **MAÑANA 3 peones y 1 conductor**

Actividades:

- Barrido Manual
- Barrido Manual Motorizado
- Barrido Mecánico de Acera



- Barrido Mecánico de Calzadas
- Mantenimiento de papeleras
- Limpieza de jardines
- Limpieza de parques infantiles

Por otro lado, la oferta de la adjudicataria impugnada para el criterio de adjudicación Bolsa de horas es la siguiente:

Peón	Conductor	Encargado
88,44 h	132,67 h	265,33 h

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión del recurso.

a) Sobre la oferta de la adjudicataria impugnada

El recurrente solicita la exclusión de la proposición de la adjudicataria y, subsidiariamente, la reducción de la puntuación que se le atribuye, por lo que ambos motivos de impugnación se analizarán precisamente en ese orden.

a 1) Sobre la exclusión de la oferta

La petición de exclusión de la oferta de ENVISER debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El Anexo VII del PCAP establece, para el criterio de adjudicación “Precio de hora”, que obtendrá la máxima puntuación la propuesta que oferte el precio más bajo, de acuerdo con una fórmula de valoración, y añadiéndose que “se deberá justificar que dicho precio horario cumple al menos con el convenio colectivo vigente”. De la literalidad de esta expresión y de su ubicación sistemática dentro de los pliegos se deduce que la justificación requerida es únicamente un elemento para la aplicación del criterio de



adjudicación, referido a un precio parcial, de cuya descripción y contenido forma parte. En este sentido, es claro que no se trata de acreditar una prescripción técnica o una condición de ejecución cuyo incumplimiento haga que la proposición sea incompatible con los pliegos. Tampoco consta (ni se alega por el recurrente) que los citados pliegos asocien expresamente la consecuencia de la exclusión de la oferta a la omisión de la justificación debatida.

- 2) A partir de lo expuesto en el apartado 1) anterior, debe aplicarse la reiterada doctrina de este Órgano según la cual la falta de cumplimiento o acreditación de un aspecto de un criterio de adjudicación puede suponer una puntuación menor o incluso nula en dicho criterio, pero no la exclusión de la oferta (ver, por ejemplo, la Resolución 92/2019 del OARC / KEAO). Así lo ha entendido el poder adjudicador, que ha atribuido un “0” en el correspondiente epígrafe valorativo a la proposición del adjudicatario impugnado, sin que sea aceptable ni proporcionada una medida que vaya más allá de esta decisión.

a 2) Sobre la valoración del criterio de adjudicación “Bolsa de horas”

El recurrente entiende que la proposición del adjudicatario impugnado no debió obtener ninguna puntuación en el criterio de adjudicación “Bolsa de horas” por infringir el requisito de que el número de horas propuesto para cada categoría guarde una “proporción lógica y similar” a la del artículo 57 del PPT. A juicio de este Órgano, este motivo de recurso debe aceptarse por las siguientes razones:

- 1) El criterio de adjudicación cuya aplicación se debate está calificado en los pliegos como “cuantificable automáticamente”, es decir, como uno de los que el artículo 146.2 de la LCSP define como “...aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”. El rasgo esencial de estos criterios (denominados habitualmente “automáticos”) es la ausencia total de margen de apreciación en la



valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Consecuentemente, la introducción de cualquier elemento subjetivo en la aplicación de este tipo de criterios es inaceptable porque desvirtúa su automatismo (ver, por todas, la Resolución 12/2020 del OARC / KEAO, confirmada por la STSJPV de 24/6/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1701).

- 2) Como ya se ha indicado, el citado criterio se establece en unos pliegos firmes y consentidos, vinculantes también para el órgano de contratación. Dicha vinculación no solo implica respetar durante el procedimiento de adjudicación el contenido del criterio, tal y como se establece en los pliegos, sino también su misma condición de criterio automático, igualmente fijada en la documentación contractual. En este sentido, debe recordarse que la misma calificación del criterio como sujeto a fórmula tiene ya varias consecuencias relevantes, como son el orden de apertura del archivo para garantizar la evaluación separada establecida en el artículo 146.2 de la LCSP y, especialmente por lo que importa al asunto, la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, paralelamente, los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.
- 3) Partiendo de lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores, se observa que el criterio de adjudicación “Bolsa de horas” incluye en su configuración el requisito de que “El número de horas de cada uno de los puestos (peón, conductor y encargado) deberá guardar una proporción lógica y similar a la definida en el artículo 57 de los pliegos técnicos, de forma que se puedan formar equipos proporcionados para cualquier tarea encomendada”, cuya infracción es precisamente el fundamento del motivo de impugnación. A juicio de este Órgano, dicho requisito, necesario para la aplicación del criterio, requiere la emisión de un juicio de valor del poder adjudicador. En este sentido, es claro que no hay una



respuesta unívoca a la pregunta de qué es una proporción “lógica y similar”, términos que conceden un margen de apreciación. Además, en contra de la literalidad de la cláusula en la que figura el criterio, el artículo 57 del PPT no define una única proporcionalidad, sino que de él pueden deducirse varias, dependiendo de los horarios o días de la semana; por otro lado, lo cierto es que en el citado artículo 57 ni siquiera aparece la categoría de encargado, que sí figura en la fórmula.

- 4) La defectuosa configuración como criterio sujeto a fórmula de la “Bolsa de horas” no obsta, sin embargo, a su carácter de cláusula firme y a la consecuente obligación de que su aplicación respete su automatismo, como ya se ha dicho en el apartado 2) anterior. Por otro lado, el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) impide a este Órgano emitir pronunciamiento alguno sobre su validez, que además tampoco ha sido impugnada por el recurrente mediante el llamado “recurso indirecto” (ver, por ejemplo, la Resolución 96/2021 del OARC / KEAO).
- 5) Llegados a este punto, y dentro de los límites señalados en el apartado 4) anterior, este OARC / KEAO entiende que la proposición de la adjudicataria no debió ser valorada. La incertidumbre sobre el alcance concreto de los términos “proporción lógica y similar”, por mucha subjetividad que se les quiera atribuir, no puede concluir en la aceptación de una oferta que, como la recurrida, se basa en una proporción no ya meramente diferente sino contraria a todas y cada una de las que se deducen del artículo 57 del PPT porque contiene un número menor de horas de peón que de cualquier otra categoría. Dicho de otro modo, no cabe entrar a juzgar si la proporción presentada es o no lógica y similar a la del artículo 57 del PPT cuando es evidente no ya que dicha similitud no existe, cuestión que podría ser discutible y sujeta a un juicio de valor vedado en un criterio automático, sino que la proposición se basa en una proporcionalidad diferente de la requerida, la cual es necesaria, según los pliegos, para “...formar equipos proporcionados para cualquier tarea encomendada”.



b) Sobre la valoración de la oferta de la recurrente en el criterio de adjudicación “Precio de hora”.

El recurrente impugna que no se haya valorado su proposición para el criterio de adjudicación “Precio de hora” porque la justificación del precio atribuido a la categoría de encargado, aun siendo estrictamente respetuosa formalmente con las estipulaciones del Convenio Colectivo de aplicación, no lo es materialmente; en concreto, el acto impugnado se funda en la incoherencia de la oferta en su conjunto, en la infracción de las condiciones salariales del personal subrogable y en que la proposición se ha formulado en fraude de ley por manipular las condiciones de la oferta para obtener la puntuación más favorable a los intereses del recurrente. Este motivo de recurso debe prosperar por las razones que a continuación se exponen:

- 1) Como ya se ha señalado en el epígrafe a) anterior, la aplicación de un criterio de adjudicación automático, como es el caso del “Precio hora”, debe producirse mediante la simple aplicación de la fórmula en la que se basa, sin que quepa introducir ningún tipo de valoración discrecional o juicio subjetivo. En este caso, el poder adjudicador reprocha al recurrente que su proposición incumple el requisito de que el precio horario ofertado “...cumple al menos con el convenio colectivo vigente” para una de las tres categorías valoradas (en concreto, la de “encargado”). Esta alegación no es aceptable por las razones que se exponen en los siguientes apartados.
- 2) Según consta en el expediente (folios 459 y 46, archivo 138), la recurrente presentó la justificación solicitada a la que se refiere el apartado 1) anterior. En síntesis, en este documento se explica que la categoría “encargado” no figura en el convenio colectivo aplicable ni en el convenio colectivo general del sector al que éste se remite para lo no previsto en él por lo que se concluye que “no puede haber un precio inferior” al basado en la aplicación del salario mínimo interprofesional.



- 3) Como el propio poder adjudicador reconoce, esta explicación satisface “formalmente” el requerimiento de los pliegos. A juicio de este Órgano, dicho cumplimiento “formal” es precisamente el único que cabe exigir en un criterio sujeto a evaluación mediante fórmula; cualquier apreciación sobre el ajuste de la proposición a un cierto contenido material cuyo alcance o delimitación no consta en la descripción del criterio ni se incluye en la correspondiente fórmula es inaceptable porque contradice el automatismo del criterio.

- 4) En consecuencia con lo anterior, debe descartarse que la proposición sea incoherente por atribuir un precio menor a la hora de encargado que a las de peón y conductor, pues ningún límite o condición al respecto figura en la descripción del criterio de adjudicación, ni se observa que esta circunstancia pueda poner en riesgo la ejecución del contrato. Tampoco puede alegarse válidamente que no vayan a respetarse las condiciones del personal subrogado; esta cuestión no se recoge en el criterio y no tiene que ver con el precio cobrado al Ayuntamiento por los servicios, cuyo peso en el contrato es además muy reducido y, por lo tanto, muy poco relevante para determinar la viabilidad de la oferta, que no está incurso en sospecha de anormalidad. Finalmente, no cabe introducir en la aplicación de un criterio automático una cuestión tan radicalmente sujeta a un juicio jurídico como la aplicación analógica de otra categoría prevista en el convenio o la existencia de fraude de ley en la oferta; en cualquier caso, difícilmente puede considerarse como tal que un licitador pretenda optimizar la puntuación que vaya a otorgarse a su proposición en virtud de la configuración de un criterio automático elaborado por el mismo poder adjudicador (ver, por ejemplo, la Resolución 73/2021 del OARC / KEAO), que debe ahora soportar las consecuencias de la configuración del criterio y de su calificación como no sujeto a juicio de valor, de las que solo él es responsable.



c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe estimarse en el sentido de anular la adjudicación impugnada y retrotraer las actuaciones para:

- Que no se valore la proposición de la adjudicataria impugnada en el criterio de adjudicación “Bolsa de horas” y
- Que se valore la proposición de la recurrente en el criterio de adjudicación “Precio hora”, aplicando estrictamente la correspondiente fórmula.

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 FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza viaria y servicios complementarios del Ayuntamiento de Llodio / Llodio”, tramitado por el Ayuntamiento de Llodio, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción de actuaciones en el sentido expresado en en la letra c) del Fundamento Jurídico noveno de la presente Resolución.

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.

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

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko ekainaren 15a

Vitoria-Gasteiz, 15 de junio de 2022