



EB 2023/058

Resolución 132/2023, de 6 de julio, 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 FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de limpieza sostenible de edificios y locales municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de marzo de 2023 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 FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK (en adelante, “LANTEGI BATUAK”) contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de limpieza sostenible de edificios y locales municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela.

SEGUNDO: El mismo día 10 de marzo este 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 14 de marzo.





TERCERO: Con fecha 15 de marzo la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 011/2023, adoptando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 4 de mayo, se recibieron el día 10 de mayo las alegaciones de BEDU AVATA.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de C.Z.Z., que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 b) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro que tengan un valor estimado superior a 100.000 €.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.». En este sentido, el acto impugnado es el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 21/2/2023 que literalmente señala que “ACUERDA: Excluir del procedimiento a Fundación Lantegi Batuak por lo que el archivo de criterios automáticos de esta empresa no será abierto”. Consecuentemente, debe descartarse la alegación de



BEDU AVATA, que entiende que se trata de una propuesta de exclusión de la proposición y, por lo tanto, de un acto no impugnabile.

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

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos de la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

- a) La oferta de la recurrente ha sido excluida por la Mesa de Contratación por haber incluido en el archivo “C” (documentación relativa a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor) un dato relativo a un criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula, el criterio “Limpieza adicional diaria de los baños del CEP Zipiriñe”. El informe técnico que sustenta la exclusión se basa en que la oferta propone la presencia de una persona limpiadora con periodicidad diaria de 9:00 a 12:45 en el citado CEP y en que, aunque no se precisan las funciones de dicha persona, resulta evidente que, a la vista del horario, se trataría de las tareas establecidas como criterio sujeto a fórmula porque no se encuentra otra necesidad a que pueda atender diferente de la limpieza de baños.
- b) LANTEGI BATUAK alega que en su archivo “C” no hay ninguna alusión o explicación sobre una limpieza adicional de los baños del CEP por al menos una persona, en horario de mañana, y así se hace constar expresamente en el informe técnico; por el contrario, se refleja la planificación de los trabajos objeto



del contrato, incluyendo los recorridos diarios y sus horarios y los recursos humanos asignados. La persona a la que se refiere el informe técnico realiza la limpieza diaria durante el periodo lectivo desde hace más de dos años, y la oferta únicamente adelanta su horario, sin que ello implique que su función vaya a ser la limpieza adicional de los baños; dicha limpieza en su caso, se efectuaría con personal no adscrito al servicio, es decir, no incluido en el Anexo de personal subrogable. Además, se alega que los horarios propuestos no son idénticos a los establecidos en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y que, de haberse abierto el sobre correspondiente, se comprobaría que la proposición consiste en realizar una limpieza adicional de los baños del CEP Zipiríne durante el horario lectivo de mañana, únicamente durante el periodo de apertura del centro escolar, en horario a acordar con el propio centro. Por todo ello, la exclusión se considera una medida desproporcionada. LANTEGI BATUAK cita en su favor, entre otras, la Resolución 2/2023 del OARC / KEAO y los principios de proporcionalidad y transparencia.

c) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad del acto impugnado y la consecuente cancelación de la licitación o, subsidiariamente, la retroacción de actuaciones al momento en el que se vulneraron las normas del procedimiento, esto es, hasta el acto de apertura de los archivos electrónicos “C”.

SÉPTIMO: Alegaciones de BEDU AVATA

BEDU AVATA se opone a la estimación del recurso con base en los siguientes argumentos:

- a) El recurrente no acierta a justificar el horario de la persona asignada al Centro y trata de rectificar su proposición por la vía del recurso, lo que no es legalmente posible.
- b) Se alega la discrecionalidad técnica del poder adjudicador, que ampara el informe técnico que sustenta el acto recurrido.



OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) La exclusión impugnada es correcta. Se alega que el apartado M de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y la cláusula 2.1 del PPT aluden claramente a la obligación de no adelantar en la memoria técnica datos relativos al criterio sujeto a aplicación mediante fórmula (criterio automático) objeto de debate. Los pliegos indican que la limpieza diaria durante el periodo lectivo se hará a partir de las 17:00 horas, cuando hayan finalizado las clases, y que se podrá ofertar, en el archivo de criterios automáticos, una limpieza adicional en horario de mañana a acordar con el propio centro.

b) LANTEGI BATUAK ha incluido en su oferta una persona limpiadora en horario de 7 a 14:45 horas en el CEP Zipiriñe, y dentro de la distribución de horarios, le corresponde la limpieza de dicho Centro de 9 a 12:45 horas. Esta propuesta solo puede entenderse en el sentido de que es para la limpieza adicional de los baños porque es la única que se permite en los pliegos en horario de mañana. Por ello, se ha infringido la regla de valoración separada de los criterios sujetos a juicio de valor y los automáticos porque se conoce de antemano que la empresa ha ofertado la limpieza adicional a la que se refiere el criterio de adjudicación (como reconoce el propio licitador en el Hecho sexto de su escrito de recurso).

c) Es irrelevante la alegación relativa al horario de la persona incluida en la oferta, los pliegos establecen un horario de limpieza de tarde, una vez finalizadas las clases, prescripción que solo podía eludirse para la limpieza adicional en horario matinal. De la lectura del cuadro de propuesta de recorridos diarios se deduce que la limpieza de 9 a 12:45 solo puede corresponderse con la limpieza adicional de los baños en horario de mañana.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurrente alega que su exclusión por haber introducido en el archivo reservado a la documentación relativa a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor (“criterios discrecionales”) un dato relativo a uno de los criterios de adjudicación evaluables mediante una fórmula (“criterios automáticos”) es desproporcionada y contraria al principio de transparencia. El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir de las siguientes cláusulas de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que rigen el procedimiento de adjudicación y que vinculan al órgano de contratación y a los licitadores por no haber sido impugnadas en tiempo y forma:

Carátula del PCAP

H. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

CRITERIOS CUANTIFICABLES DE FORMA AUTOMÁTICA

[...]

2. Limpieza adicional diaria de los baños del CEP Zipiríñe (10 puntos).

Se concederán **10 puntos** a todas aquellas ofertas que incluyan una limpieza adicional **diaria a lo largo del horario lectivo de mañana** de todos los baños del CEP Zipiríñe. Este servicio deberá ejecutarse únicamente durante los días de apertura del centro escolar, a lo largo de todo el curso lectivo. No se admitirán ofertas parciales.

[...]

CRITERIOS QUE DEPENDEN DE JUICIO DE VALOR

[...]

MEMORIA TÉCNICA RELATIVA A LA ORGANIZACIÓN Y DESARROLLO DEL SERVICIO Y LOS RECURSOS HUMANOS Y MATERIALES DISPONIBLES

Se concederá un máximo de 30 puntos a la propuesta de planificación de los trabajos, valorándose los siguientes epígrafes en los que obligatoriamente deberá desglosarse la Memoria:



- Propuesta de recorridos diarios para la limpieza de los equipamientos objeto del contrato, incluyendo horarios (hasta 10 puntos).
- Recursos humanos asignados a la ejecución del contrato con arreglo, en su caso, al anexo de subrogación, y modo de distribución de los mismos (hasta 10 puntos).
- Medios materiales asignados a la ejecución del contrato (hasta 6 puntos).
- Especificación del modo de acometer la limpieza de aquellos elementos que conlleven un riesgo especial, como en el caso de ventanales exteriores u otros (hasta 4 puntos).

La propuesta que se realice no podrá vulnerar las disposiciones del Pliego de Prescripciones Técnicas.

[...]

M. DOCUMENTACIÓN A INCLUIR EN LOS ARCHIVOS ELECTRONICOS “A” Y “B”

[...]

El **archivo electrónico “C”** contendrá la Memoria técnica relativa a la organización y desarrollo del servicio y los medios dispuestos con el alcance y apartados que se detallan en el apartado H de esta carátula. **La aparición en la Memoria de explicaciones que permitan concluir que la empresa concurrente oferta en el archivo “B” alguno de los servicios puntuables de forma automática, será causa de exclusión del procedimiento licitador.**

[...]

PPT

[...]

2. EDIFICIOS Y LOCALES MUNICIPALES

2.1 Colegio Público Zipirí

Comprende el edificio y módulos prefabricados: Edificio de Calle Trokabide y zonas exteriores varias.

Se realizará una limpieza diaria durante el período lectivo, de lunes a viernes, a partir de las 17:00. Los días en que el centro permanezca cerrado no será obligatoria la prestación del servicio.

Se establece como criterio objetivo puntuable, realizar una limpieza adicional de los baños del centro, por al menos una persona, en horario de mañana (a acordar con el propio centro). Al establecerse como criterio objetivo, no se hará alusión a ello en la memoria técnica a presentar.

Las vacaciones escolares comprenden:

- Dos semanas en navidades (última y primera semana del año siguiente)
- Dos semanas en semana santa



- Las vacaciones de verano abarcarán estimativamente la última semana de junio, julio y agosto completos, y la primera semana de septiembre

Durante las vacaciones estivales se realizará la **limpieza general**, que no tendrá requisitos horarios, al permanecer el centro cerrado. Se deberá coordinar este servicio con el profesorado ya que existen periodos en los que el centro se encuentra cerrado pero el profesorado acude a este. Se detallará en la memoria técnica a presentar.

[...]

a) Doctrina general sobre la finalidad de la valoración separada y el alcance de su infracción

El OARC / KEAO sostiene (ver, por todas, su Resolución 27/2023) que la finalidad de la evaluación separada y sucesiva de ambos tipos de criterio, establecida en el artículo 146.2 de la LCSP, 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 dicho juicio de valor, que podría verse comprometida si quien tiene que emitirlo conoce también 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 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.

Para garantizar la valoración separada, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece 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



para evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos. La sanción al licitador que infringe esta regla de presentación, de modo que posibilita el conocimiento prematuro de un aspecto evaluable mediante fórmula en perjuicio de una aplicación objetiva y no discriminatoria de los criterios de adjudicación, es la exclusión de la oferta, sin que quepa que el órgano de contratación gradúe dicha consecuencia en atención a la buena fe del operador y sin que sea necesario probar la existencia de un daño efectivo a dicha objetividad (ver, en este sentido la Resolución 43/2019 del OARC/KEAO). No obstante, la infracción no puede ser meramente formal, sino material, de modo que sea apta o suficiente para comprometer la objetividad de la evaluación de las ofertas por dar a conocer datos que anticipan el resultado de la aplicación de los criterios sujetos a fórmula (ver, por ejemplo, la Resolución 157/2018 del OARC / KEAO); en este sentido, la apreciación de la trascendencia de dicha infracción debe efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, evaluando su relevancia y sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma (ver la sentencia del Tribunal Supremo de 4/5/2022, nº 523/2022, ECLI.ES:TS:2022:1642, en adelante “sentencia 523/2022”). Siguiendo estos criterios, este OARC/KEAO ha considerado que no infringía el secreto de la oferta la información que era de conocimiento directo por el órgano de contratación (ver, en este sentido la Resolución 68/2018), la que tiene una conexión lejana con el criterio de adjudicación de evaluación automática (ver, en este sentido las Resoluciones 100/2013 y 32/2018), la que es dispersa, parcial y genérica (ver la Resolución 125/2019) o la que es irrelevante (ver la Resolución 157/2018).

b) Sobre la exclusión de LANTEGI BATUAK

A la vista de la doctrina expuesta en la letra a) anterior, este Órgano entiende que el recurso debe estimarse por las siguientes razones:

- 1) En primer lugar, debe señalarse que, para verificar la adecuación de la exclusión, ha de comprobarse si la información que el poder adjudicador ha considerado relevante es apta para anticipar el resultado de la aplicación



de un criterio automático. Esta comprobación debe efectuarse en relación al momento en que el poder adjudicador aprecia la existencia de la citada información y sopesa su aptitud para comprometer la objetividad de la licitación, sin que sea relevante, por ejemplo, que luego se confirme o no que el contenido de la oferta para el criterio de adjudicación automático sea efectivamente coincidente con la apreciación del Ayuntamiento. A partir de esta premisa, este Órgano constata que el dato que la Administración ha considerado significativo es la mención en la memoria técnica de la proposición de la recurrente, concretamente en su “Propuesta de recorridos diarios”, de que, en horario de 9:00 a 12:45, hay una persona limpiadora asignada al CEP Zipiríne. Según el poder adjudicador, esta mención es suficiente para anticipar la oferta del licitador porque la única actividad que los pliegos permiten en ese horario es precisamente la que es objeto de puntuación en el criterio automático implicado.

- 2) A juicio de este Órgano, el conocimiento de la información que el poder adjudicador señala como apta para comprometer la objetividad de la evaluación por su virtualidad para anticipar el contenido de la puntuación asignada a un criterio sujeto a fórmula es insuficiente para sustentar la exclusión impugnada. El contenido de la propuesta técnica no hace alusión alguna a que el horario sea precisamente destinado a la “limpieza diaria adicional diaria” de los baños a la que se refiere el criterio automático, y mucho menos a los demás requisitos en él señalados (no ser una oferta parcial y ejecutarse tan solo durante los días de apertura del centro escolar y a lo largo de todo el curso lectivo).
- 3) Por otro lado, a pesar de que el artículo 146.2 LCSP y su desarrollo reglamentario establecen la valoración separada y la forma de garantizarla, y de que el apartado M de la carátula del PCAP reitera este contenido, los pliegos requieren que el licitador presente una “Propuesta de recorridos diarios para la limpieza de los equipamientos objeto del contrato, incluyendo horarios”. Consecuentemente, incluso en el caso de que existiera la infracción, bien podría atribuirse a una configuración de los criterios de



adjudicación y de la documentación requerida para evaluarlos no suficientemente respetuosa con el principio de transparencia. De acuerdo con una reiterada doctrina de este Órgano, dicho principio implica, entre otras cosas, que las cláusulas contradictorias de los pliegos o que puedan inducir a confusión sobre el alcance de las obligaciones formales de presentación de la documentación no pueden perjudicar a los licitadores (ver, por todas, su Resolución 25/2021).

- 4) Finalmente, este Órgano entiende que, en todo caso, la exclusión sería, por los motivos expuestos, una medida desproporcionada, y el Tribunal Supremo, en su citada sentencia 523/2022, ya ha establecido que el principio de proporcionalidad debe ponderarse para decidir cuándo debe excluirse a un licitador por infringir el mandato de la valoración separada. De hecho, el caso analizado en dicha sentencia, en la que se descartó la exclusión, es similar al que es objeto del presente recurso. Concretamente, se refiere a la inserción en el sobre de documentación relativa a los criterios de adjudicación discrecionales de aspectos vinculados a criterios automáticos (bolsa de horas no asignadas a ninguna prestación y disponibilidad de un retén de incidencias) indicando que su detalle se incluiría en el sobre correspondiente a los criterios automáticos. La sentencia afirma que “aun en el caso que se entendiera indebida tal indicación, la exclusión del contratista resulta claramente desproporcionada respecto a la trascendencia de la supuesta vulneración de la confidencialidad.”

c) Conclusión

De acuerdo con todo lo expuesto en el apartado b) anterior, el recurso debe estimarse en el sentido de anular la exclusión recurrida. En principio, ello supondría la retroacción de actuaciones para que, en función de lo indicado, se procediera a la valoración de la oferta de la recurrente. Sin embargo, tal consecuencia no es posible porque no podría ya efectuarse una evaluación de las ofertas separando la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor de los cuantificados mediante fórmulas, tal y como pide el artículo 146.2 de la LCSP,



porque se han evaluado todas las ofertas conforme a los dos tipos de criterios de adjudicación a excepción de la de la recurrente. Consecuentemente, debe cancelarse la licitación. Esta decisión no es contraria al principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) porque no se deriva de la petición del recurrente, sino de la propia configuración legal del procedimiento de adjudicación. Por otro lado, no se empeora la situación del recurrente (artículo 119.3 de la Ley 39/2015), que pasa de estar excluido del procedimiento a poder presentar una oferta en una más que probable nueva licitación. Esta conclusión no se ve obstaculizada por el hecho de que aún pueda permanecer cerrado el sobre o archivo correspondiente a la oferta de criterios automáticos del recurrente (tal y como indicaba el acto impugnado y sin que le conste a este Órgano si sigue o no en tal situación), pues la objetividad de la evaluación estaría, en todo caso, comprometida. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la retroacción supondría valorar la oferta de criterios discrecionales de LANTEGI BATUAK conociendo la valoración global otorgada a BEDU AVATA (incluyendo la de los criterios automáticos).

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 interpuesto por FUNDACIÓN LANTEGI BATUAK contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de adjudicación del “Servicio de limpieza sostenible de edificios y locales municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Sopela, anulando el acto impugnado y cancelando el procedimiento de adjudicación.



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

TERCERO: 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 que lleve a cabo para ejecutar 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, 2023ko uztailaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de julio de 2023