

ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES EUSKADI
RESOLUCIÓN 18/2021

EB 2020/169

Resolución 018/2021, de 4 de febrero, 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 la empresa EULEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Limpieza integral, desinfección, desratización y desinsectación respetuosa con el entorno de diversos edificios municipales dependientes del Ayuntamiento de Durango”, tramitado por el Ayuntamiento de Durango.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de noviembre de 2020 se ha presentado 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 la empresa EULEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Limpieza integral, desinfección, desratización y desinsectación respetuosa con el entorno de diversos edificios municipales dependientes del Ayuntamiento de Durango”, tramitado por el Ayuntamiento de Durango.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 24 de noviembre, se recibió, el día 25 del mismo mes, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y 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).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 26 de noviembre, se han recibido las alegaciones de la empresa ISS, FACILITY SERVICES, S.A. (en adelante, ISS), adjudicataria impugnada, el 4 de diciembre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de A.M.R. que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación, EULEN fue excluida de la licitación ahora impugnada en virtud de la Resolución 139/2020 del OARC / KEAO, que resolvió el recurso especial EB 2020/103, interpuesto por ISS. No obstante, este Órgano ya ha reconocido (ver, por ejemplo, su Resolución 172/2020) la legitimación del licitador excluido mientras esta decisión no sea firme y del éxito de su pretensión se derive un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa concurren ambos requisitos: en lo que respecta al primero, la decisión de exclusión no es firme porque la Resolución 139/2020 ha sido objeto de un recurso contencioso administrativo interpuesto por EULEN. En lo que se refiere al segundo, la estimación de la pretensión del recurso significaría que el procedimiento de adjudicación fuera declarado desierto, lo que muy probablemente, habida cuenta de que la prestación contratada satisface una necesidad permanente, supondría la convocatoria de un nuevo procedimiento en el que EULEN podría presentar una oferta; ello implicaría una mejora respecto a su actual situación de operador excluido. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que EULEN e ISS tienen un “interés legítimo equivalente” en refutar cada uno de ellos la oferta del otro (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4/7/2013, C-100/12, ECLI: EU:C:2013:448 y de 5/4/2016, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, así como la Resolución 134/2020 del OARC / KEAO y las que en ella se citan). En este caso, solo ISS pudo hacer efectivo dicho interés en el recurso que dio lugar a la Resolución 139/2020, en el que EULEN participó como interesado, posición procedimental que no le permitió formular pretensión alguna que la citada Resolución debiera resolver (ver, por ejemplo, la Resolución 56/2017 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no puede ahora negarse a EULEN el acceso al recurso especial para que pida la anulación de la nueva adjudicación y la exclusión de ISS, habida cuenta de que ello no supone impugnar la Resolución 139/2020, lo que no sería aceptable (ver el artículo 59 de la LCSP).

Por todo lo anterior, debe aceptarse la legitimación activa del recurrente.

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 Durango tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente alega que la adjudicataria debió ser excluida del procedimiento de adjudicación por los siguientes motivos:

- La oferta de ISS incumple los requisitos de formato de la oferta técnica fijados en los pliegos porque el tamaño de letra es inferior al requerido (lo que ha conferido ventaja a la adjudicataria frente a sus competidores) y una de las fichas está en francés.

- Como reconoce el propio informe de valoración, la oferta de ISS señala que va a subrogar a 40 personas, cuando el pliego indica que hay 55 trabajadores con derecho a subrogación.

- Se incumple la cláusula 16 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) porque se propone un local de almacenamiento que no cumple con el requisito de acceso de vehículos.

- El informe técnico que sustenta la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor incurre en el error de considerar positivamente que el jabón de manos no contiene perfume, cuando la ficha descriptiva del producto demuestra lo contrario.

b) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad del acto impugnado y la exclusión de ISS de la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones de ISS

La adjudicataria impugnada se opone a la estimación del recurso por las razones que se exponen a continuación:

a) En cuanto a la infracción de los límites formales de la oferta, ISS alega que el recurso solo hace referencia a 5 páginas de un total de 184 (el límite era de 200 páginas); la supuesta infracción sobre el

tamaño de letra se refiere a imágenes complementarias de la exposición en el texto o a fichas técnicas no elaboradas por el licitador, y no ha originado ninguna desigualdad entre los licitadores.

b) La oferta no indica que haya 40 personas subrogables ni que la intención sea subrogar únicamente a 40 personas (de hecho, expresa su intención de subrogar el personal existente); por otro lado, los pliegos tampoco exigen que el servicio se preste con un número mínimo de personas. En todo caso, se alega que la subrogación es una cuestión que compete a la normativa laboral y que excede del alcance de los pliegos.

c) Por lo que se refiere al local para dar soporte al servicio, el recurso no da por seguro que el propuesto por el adjudicatario no cumpla los requisitos mínimos, sino solo que puede que no lo haga porque la calle en la que se sitúa está en una zona recientemente peatonalizada. Por otro lado, se trata de una obligación del adjudicatario, no del licitador, que debe verificarse, en su caso, durante la ejecución del contrato, existiendo en la oferta impugnada el compromiso de cumplirla, variando, en su caso, el local inicialmente ofertado.

d) El cumplimiento de los requisitos ambientales obligatorios, según los pliegos, se acredita mediante una declaración (Anexo VII) y es una cuestión distinta de la acreditación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. El jabón de manos propuesto por ISS satisface los requisitos obligatorios, y no lo es el carecer de fragancia, que es solo una recomendación y por lo tanto no puede fundar una exclusión, aunque puede penalizarse con menor puntuación en la aplicación de los criterios de adjudicación; además, el citado jabón no tiene aromatizantes artificiales y su aroma se lo confiere la flor de lino y es apto para su uso por personas con sensibilidad química múltiple (SQM).

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:

a) El poder adjudicador se reafirma en el informe de contestación al recurso EB 2020/103, que fue objeto de la Resolución 139/2020 del OARC / KEAO, y estima que la recurrente ha obrado de mala fe al reprochar incumplimientos del PPT que conducirían a la exclusión de su propia proposición. En concreto, los reproches que efectúa el citado informe de contestación al recurso EB 2020/103 a la oferta de ISS son los siguientes:

- Afirma que subrogará a 40 personas cuando la tabla de personal a subrogar incluye a 55.
- Ha ofrecido una nave o local de transferencia que no cumple con los requisitos exigidos (acceso de vehículos) porque está ubicado en una zona peatonal y no puede obtener licencia de vado.

- No cumple el tamaño de letra en muchas de las fichas y ejemplos que adjunta; además, adjunta una ficha en francés, sin traducción.
 - Aunque afirma que el jabón de manos no tiene fragancia y es apto para SQM, lo cierto es que en la ficha aportada en francés consta que tiene fragancia de lino.
- b) Se alega la mala fe del recurrente y se solicita la imposición de una multa por importe de 15.000 euros.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, la pretensión de exclusión de la adjudicataria del contrato se funda en diversos incumplimientos de la oferta técnica. El análisis de la viabilidad de la pretensión debe partir del contenido de los apartados relevantes de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

CARÁTULA DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

(...)

26. SOBRE 2: "CRITERIOS CUYA APLICACIÓN REQUIERE REALIZAR UN JUICIO DE VALOR" que debe incluir los siguientes documentos:

(...)

Formato de presentación:

Las empresas licitadoras vendrán obligados a presentar la documentación de la oferta técnica redactada en letra Arial con tamaño 12 e interlineado 1,5, en formato A-4 a una dos caras sobre papel de gramaje no inferior a 80 gr./m2.

(A) Solo se valoraran como máximo las primeras 100 hojas, en formato A4, impresas a dos caras (200 caras).

(B) Deberán incluirse en este apartado los Anexos V y VI del Pliego de Prescripciones Técnicas debidamente cumplimentados.

El umbral mínimo de puntuación a obtener en esta fase será de 34 puntos, quedando excluidas del proceso de licitación aquellas ofertas que no alcancen esta puntuación mínima.

PLIEGO DE CONDICIONES TÉCNICAS PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LIMPIEZA RESPETUOSOS CON EL ENTORNO DE LOS EDIFICIOS MUNICIPALES Y SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y LOS COLEGIOS PÚBLICOS

(...)

16- ORGANIZACION DE LOS TRABAJOS DE LIMPIEZA

(...)

El adjudicatario deberá disponer de un local/nave de transferencia ubicado en Durango donde almacene tanto los productos de limpieza, máquinas y elementos necesarios de al menos 150- 200 m2 con acceso para vehículos a pie de calle y aseos. El equipamiento de esta nave será por cuenta de la empresa adjudicataria para toda la duración del contrato.

A la vista de este contenido, y de la documentación de consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO.

a) Sobre el incumplimiento por la oferta técnica de la adjudicataria de los requisitos de formato establecidos en los pliegos

En síntesis, y por lo que afecta al objeto del recurso, los pliegos establecen requisitos formales que la oferta técnica del adjudicatario habría infringido; concretamente, en las fichas y ejemplos que adjunta ISS, el tamaño de la letra es inferior al requerido, lo que debe suponer su exclusión de la licitación. Este motivo de impugnación debe desestimarse por los siguientes argumentos:

1) En general, sin perjuicio de los contenidos mínimos que exijan los pliegos, los licitadores gozan de libertad formal para la elaboración de sus ofertas. No obstante, este Órgano ha aceptado (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 60/2014 y 92/2019) la legalidad de la exigencia en los pliegos de requisitos de extensión y forma de las ofertas para conseguir que la documentación presentada sea homogénea y se facilite así su análisis y una evaluación más objetiva. Igualmente, se ha establecido que aceptar proposiciones que no satisfagan el formato exigido otorgaría a éstas una ventaja ilegítima respecto a las que sí han respetado las reglas fijadas en los pliegos y que todos los licitadores han aceptado al presentar su oferta (artículo 139.1 de la LCSP).

2) No obstante lo anterior, debe recordarse que los citados límites formales o de extensión deben ser proporcionados a las características del contrato y a la finalidad a cuyo servicio se supeditan. La proporcionalidad ha de ponderarse en el momento de establecer la correspondiente cláusula en los pliegos

para no imponer a los licitadores cargas formales que dificulten la elaboración de sus ofertas o que impidan injustificadamente valorar proposiciones materialmente aceptables, lo que sería contrario al principio de libre acceso (artículo 1.1 de la LCSP). El mismo juicio de proporcionalidad debe emitirse cuando, durante el procedimiento de adjudicación, se plantea la interpretación de dicha cláusula, especialmente cuando puede suponer la exclusión del licitador (ver, por ejemplo, la Resolución 137/2016 del OARC / KEAO).

3) La cláusula 26 de la carátula del PCAP indica que la oferta se presentará redactada en letra Arial con tamaño 12 e interlineado 1,5, pero también que solo se valorarán las 100 primeras hojas (200 caras). La oferta impugnada incumple la primera condición porque algunas páginas incluyen texto en formato o tamaño diferente; debe señalarse que, en ocasiones, se trata de documentos que no han sido elaborados por el licitador, sino que se trata de documentos elaborados por terceros (certificaciones acreditativas del cumplimiento de normas). No obstante, no se sobrepasa el segundo límite, pues se compone de 192 páginas (caras), bastantes de las cuales están en blanco o incluyen tan solo fotografías sin texto alguno. Examinadas en su conjunto estas circunstancias, y puestas en consonancia con el contenido de la citada cláusula 26, no puede considerarse que, globalmente, ésta se haya infringido. En este sentido, no es fácil determinar, por ejemplo, si una hipotética conversión de todos los caracteres al tamaño y formato prescrito daría como resultado un texto superior a las 200 páginas efectivas (ver la Resolución 20/2015 del OARC / KEAO). Tampoco se acredita que el adjudicatario haya obtenido una ventaja producto de no satisfacer los requisitos de los pliegos. Si a todo ello se le añade que los rígidos límites marcados por los pliegos no tienen en cuenta matices como los ya señalados de los documentos elaborados por terceros o las páginas en blanco, debe concluirse que la exclusión de la oferta INSS sería completamente desproporcionada.

b) Sobre la inclusión en la oferta de un documento en lengua francesa

El recurrente alega que la oferta incluye una ficha técnica en lengua francesa. La impugnación no especifica cuál es la norma o estipulación infringida, pero, en el peor de los casos, se trataría de un defecto subsanable, pues una traducción no alteraría en ningún caso el contenido de la oferta, que ya quedó fijado con la presentación del documento original, cuyo alcance, por definición, no puede modificar (ver, por ejemplo, la Resolución 93/2016 del OARC / KEAO). Debe recordarse que este Órgano ha señalado que no se puede achacar al licitador que el poder adjudicador no le solicitara la subsanación durante el procedimiento de adjudicación si el defecto era efectivamente subsanable (ver, por ejemplo, su Resolución 24/2020). Finalmente, llama la atención que el recurrente incida en esta supuesta irregularidad y, a la vez, formule reparos a la literalidad del documento que implican haber comprendido su significado.

c) Sobre la subrogación de trabajadores

El recurso alega que la oferta incumple el Anexo IV del PPT, que señala que la prestación conlleva 55 trabajadores con derecho a subrogación, de acuerdo con el convenio colectivo aplicable. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

1) El reproche se basa en una afirmación de la página 73 del informe técnico que sustenta la evaluación de las ofertas, que afirma que la oferta de ISS indica que el personal subrogable del contrato son 40 personas. Sin embargo, la página 9 de dicha oferta se limita a exponer, dentro del epígrafe “Estructura del Equipo asignado”, la composición del “Equipo de Operaciones” (junto con la composición de otros grupos en los que se divide dicho equipo asignado, como el “Personal técnico de apoyo” o los “Equipos de retén”), explicando que se compondrá de 40 operarios y especificando escuetamente (entre paréntesis) que dichos operarios serán “subrogables”. De todo ello se deduce que la intención del licitador no era declarar su intención de subrogarse en el contrato de trabajo de tan solo cuarenta personas, excluyendo otras que pudieran tener ese derecho, sino exponer los medios humanos con los que propone la ejecución de la prestación, añadiendo incidentalmente que, en el caso de 40 personas, se tratará de personal subrogado.

2) En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que:

- La obligación del nuevo contratista de subrogarse en la relación laboral de los trabajadores que vinieran ejecutando la prestación tiene su origen en las normas laborales o en los convenios colectivos que la establecen. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP, los pliegos se limitan a señalar dichas normas o convenios y el personal afectado por ellas para que los operadores económicos interesados puedan tener un adecuado conocimiento de los costes laborales que conlleva su oferta (ver, por todas la Resolución 169/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, será la legislación laboral o los convenios los que, en su caso, podrían incumplirse por el nuevo contratista, cuestión que solo puede determinarse con posterioridad a la adjudicación impugnada y con base en la normativa aplicable.

- Este Órgano ya ha señalado que la obligación de subrogación no supone que necesariamente el empresario afectado por ella deba incorporar a todos los trabajadores subrogados a la ejecución de la prestación contratada (ver, por ejemplo, la Resolución 196/2019 del OARC / KEAO). Por otro lado, los pliegos de la licitación tampoco prevén esta incorporación ni fijan un número mínimo de trabajadores adscritos al contrato.

d) Sobre los requisitos del local ofertado

El recurrente alega que la oferta incumple la cláusula 16 del PPT, que exige que el adjudicatario disponga de un local ubicado en Durango que, entre otros requisitos, tenga acceso para vehículos a pie de calle y aseos. El motivo de impugnación se basa en el informe técnico, que afirma que “probablemente”, el local señalado

en la oferta no satisfaga dichos requisitos por estar situado en una zona recientemente peatonalizada. Este Órgano ha venido señalando (ver, por todas, su Resolución 79/2018) la diferencia entre las obligaciones que los pliegos imponen al contenido de las proposiciones, que deben ser satisfechas por el licitador, de las que se imponen al adjudicatario, cuyo cumplimiento solo puede verificarse en la fase de ejecución del contrato. En el caso analizado, es claro que, tanto por la literalidad de la cláusula invocada como por su ubicación en el PPT, nos encontramos en el segundo caso. Por otro lado, los pliegos no piden expresamente que el licitador señale el citado local en su oferta o se comprometa a su adscripción (artículo 76.2 de la LCSP), y el informe técnico tampoco es taxativo en declarar su falta de idoneidad. Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse, sin perjuicio de las consecuencias que, en su caso, pudiera tener un hipotético incumplimiento durante la ejecución de la prestación.

e) Sobre las características técnicas del jabón de manos

El recurrente alega error en la valoración del subcriterio de adjudicación “Justificación de la idoneidad de los productos de limpieza propuestos en el Anexo V” pues, en contra de lo que afirma el informe técnico, el jabón de manos tiene perfume de “flor de lino” según la ficha técnica aportada. Este motivo debe desestimarse; incluso aunque este Órgano aceptara el error alegado, ello no conduciría a la exclusión de ISS, sino, en su caso, a reducir la puntuación atribuida en el criterio de adjudicación correspondiente, lo que nada aportaría a la satisfacción del interés del recurrente, cuya pretensión es que el procedimiento de adjudicación quede desierto como consecuencia de la exclusión de dicha empresa.

f) Sobre la temeridad o mala fe en la interposición del recurso

El poder adjudicador solicita la imposición de una multa de 15.000euros a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 102/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015) o ausencia de controversia jurídica (Resolución 77/2019), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018).

En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que no concurre ninguno de los dos presupuestos. En lo referente al primero, porque el recurso contiene argumentos impugnatorios basados en el incumplimiento por la oferta técnica de la adjudicataria de diversos requisitos exigidos en los pliegos, que pueden ser recurridos no obstante incurrir la oferta técnica de la recurrente en iguales u otros incumplimientos habida cuenta del “interés legítimo equivalente” del que goza para atacar la posición del nuevo adjudicatario y anterior

recurrente y, en lo que respecta al segundo, porque no queda acreditada en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

g) Conclusión

A la vista de lo expuesto en las letras a) a e) anteriores, el recurso debe desestimarse.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa EULEN, S.A. contra la adjudicación del contrato “Limpieza integral, desinfección, desratización y desinsectación respetuosa con el entorno de diversos edificios municipales dependientes del Ayuntamiento de Durango”, tramitado por el Ayuntamiento de Durango.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.