



EB 2017/093

Resolución 098/2017, de 5 de septiembre de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UNi2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza en las instalaciones de NEIKER, HAZI, CRDOI y ELIKA”, tramitado por NEIKER.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 11 de julio de 2017 ha tenido entrada en el del registro 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 UNi2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. (en adelante, UNi2) frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza en las instalaciones de NEIKER, HAZI, CRDOI y ELIKA”, tramitado por NEIKER.

SEGUNDO: El mismo día de su interposición se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron en este OARC / KEAO el día 14 de julio de 2017.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados que figuran en el expediente, con fecha 24 de julio de 2017 se han recibido las de AUZO LAGUN, SCOOP.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos sujetos a regulación armonizada. El contrato recurrido es un servicio de limpieza con valor estimado de 500.024 €.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP son objeto de recurso especial los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, NEIKER tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Incumplimiento de un requerimiento de obligado cumplimiento sobre la cobertura del servicio. La Resolución recurrida adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho porque adjudica el contrato a una oferta que no cumple con los requisitos exigidos por el Pliego de Cláusulas Técnicas (en adelante, PCT), concretamente en lo referente al cumplimiento de la cobertura de servicio exigida en el pliego, que detalla que el servicio “deberá prestarse durante los doce meses del año al 100% con sustituciones del 100%”.

AUZO LAGUN en su oferta de limpieza de Neiker Derio, sólo cubre al 100% la sustitución de las vacaciones de la persona que realiza la limpieza de material de laboratorio en el centro, el resto de trabajadores rotarán sus vacaciones, para realizar un retén de limpieza todo el año en el centro, pero no serán



sustituidas por otra persona, lo que se justifica por la baja ocupación del centro en periodo estival. Además, la oferta presenta un cuadro con el detalle de la horas de servicio de Neiker Derio en el que se recogen 247 días laborables y las horas asignadas a cada día laborable, que contradicen lo establecido en el apartado de cobertura de personal, anteriormente citado, por lo que es imposible que las prestaciones del servicio sean las mismas durante los 247 días laborables. Considera el recurrente, que en esta contradicción debe primar el contenido del apartado de la Memoria relacionado con la “cobertura del personal”, que se destina de forma específica para definir la cobertura incluida en su propuesta, que claramente no se ajusta al requerimiento del pliego.

Lo expuesto constituye una infracción del artículo 145.1 del TRLCSP, y AUZO LAGUN debería haber sido excluida por presentar una oferta inferior a la exigida en el PCT.

b) Excesiva discrecionalidad en la valoración de las propuestas concretas contenidas en la Memoria Técnica de UNI2, al no valorar determinados ítems que sí están incluidos en su memoria:

- Según el informe técnico, UNI2 no designa un jefe de equipo entre los trabajadores con funciones de supervisión, motivo por el que se le asigna 0 puntos. Sin embargo, en la página 74 de su oferta se designa un responsable de equipo en Arkaute con funciones de supervisión; motivo por el que solicita la asignación de 4 puntos en este criterio.

- Según el informe técnico, UNI2 aporta 204,55 horas semanales de servicio, motivo por el que en este apartado se le asigna 3,59 puntos. Sin embargo, en diferentes partes se detalla que la jornada semanal propuesta de 227,5 horas, motivo por el que solicita los 4 puntos asignados al criterio, que son los que se le han asignado a GARNIKA, que incluye el mismo número de horas.



Concluye que la retroacción al momento de asignar las puntuaciones solicitadas no supone aplicar nuevos parámetros, sino los empleados en la valoración de todas las ofertas, sin que el margen de discrecionalidad pueda contrarrestar el dato objetivo de que hay empresas que proponen una jornada semanal de 227,5 horas y se les asigna 4 puntos, y hay empresa que proponen un responsable de equipo con funciones de supervisión y se les asignan 4 puntos.

c) Solicita (i) anular y dejar sin efecto el acuerdo de adjudicación de 21 de junio de 2017; (ii) acordar la exclusión de AUZO LAGUN, por incumplimiento de los requerimientos establecidos en los pliegos, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a la propuesta de adjudicación del contrato, para efectuar una nueva adjudicación conforme al orden de clasificación resultante; (iii) de forma subsidiaria, se retrotraiga el expediente al momento de la valoración técnica de las ofertas, con el fin de revisar las puntuaciones asignadas a la oferta técnica de UNI2.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso alegando lo siguiente:

a) La prescripción del PCT objeto de debate prevé que “deberá prestarse durante los doce meses del año al 100% con sustituciones del 100%”; previsión que obedece a motivos de necesidad, es decir, que el servicio sea cubierto al 100% durante todos los meses del año, pero no implica la obligación de contratar, sino que el servicio sea prestado para cubrir todas las necesidades de NEIKER durante todo el año. La oferta de AUZO LAGUN permite garantizar un servicio adecuado durante los doce meses del año, justificando su propuesta de organización del servicio durante el período estival, ajustándose a lo previsto en los pliegos y garantizando el cumplimiento de los compromisos exigidos en el PCT, por lo que no se aprecia motivo de incumplimiento ni causa de exclusión del procedimiento.



b) Sobre los errores materiales por no valorar determinados ítems de la memoria técnica del recurrente:

- La oferta de UNI2 recoge la designación de un responsable de equipo en Arkaute, dentro del equipo de gestión que propone, al que se asignan una serie de funciones, y es valorada con un punto; por el contrario, y a diferencia de lo que hacen otros licitadores, no propone la designación de un jefe de equipo entre los trabajadores de limpieza con funciones definidas de supervisión del resto de trabajadores; lo que propone se encuentra dentro de la estructura del equipo de gestión y no dentro de la estructura de los trabajadores de limpieza. La puntuación otorgada a UNI2 se justifica en que su oferta es menos idónea que la presentada por otras empresas.

- En lo relativo al número de horas que se aportan al servicio, se constata que existe un error y que la puntuación asignada a UNI2 debía haber sido de 4 puntos, al igual que GARNICA, ya que ambas aportan el mismo número de horas (227,5 horas/semanales).

OCTAVO: AUZO LAGUN alega, en síntesis, los siguientes argumentos para oponerse a la estimación del recurso:

a) El objetivo de la cláusula IX del PCT debatida pretende que el servicio se preste de forma ininterrumpida todos los meses del año y en ningún momento exige que el puesto de trabajo del personal ausente sea cubierto con personal tercero que no se encuentra en el servicio. No se predetermina si la cobertura del puesto vacante temporalmente ha de hacerse bien contratando a nuevas personas, o bien incrementando la jornada del personal ya existente en el servicio; la única exigencia es (i) que se cubra durante todo el año el 100% de los puestos; (ii) que la persona que cubra la ausencia tenga al menos la misma categoría que la ausente.



El incumplimiento denunciado únicamente se proyecta sobre la cobertura del servicio ofertada en el centro de trabajo de NEIKER en Derio (pág. 37 de la oferta). AUZO LAGUN plantea en su oferta que el servicio se cubra al 100% todo el año y ello no tiene por qué ser obligatoriamente mediante sustituciones, pues la legislación laboral permite coberturas incrementando la jornada de las trabajadoras ya adscritas. La cláusula IV del PCT, al prohibir que las sustituciones tengan una duración inferior a dos días, deja bien claro que no necesariamente se pueden cubrir las ausencias mediante sustituciones a través de la incorporación de nuevo personal; además, en su párrafo 8 señala que las sustituciones serán cubiertas con personal perteneciente a la misma empresa adjudicataria, y carece de sentido sostener que el PCT predetermina una concreta forma de sustitución –incorporando personal externo que no se encuentra adscrito al centro– cuando no se dice expresamente ni es incompatible con lo dispuesto en la cláusula IV.

Insiste AUZO LAGUN en que en su oferta de NEIKER Derio prevé que «(...) sólo cubrirá al 100% la sustitución de vacaciones de la persona que realiza la limpieza de material de laboratorio en el centro; el resto de las trabajadoras rotarán sus vacaciones, para realizar un retén de limpieza todo el año en el centro, pero no serán sustituidas por otra persona.» La cobertura del 100% del servicio se realiza utilizando los instrumentos jurídicos que brinda el ET en sus artículos 12 y 34, acrecentando la jornada normal de las tres trabajadoras restantes, de forma que son éstas, a través de la realización de horas complementarias y de la distribución irregular de la jornada laboral, quienes cubren en cada momento a quien esté de vacaciones.

Consideran que su oferta no es contradictoria y que no son aplicables el artículo 145 del TRLCSP y el 84 del RGLCAP, motivo por el que la pretensión anulatoria debe desestimarse.

b) Retroacción de las actuaciones y nueva valoración de la oferta de UNI2 por error manifiesto en la valoración. La cláusula 17 del PCAP regula los “Criterios de valoración de las ofertas”; concretamente, en el criterio “Idoneidad y



descripción de la organización general propuesta (hasta un máximo de 20 puntos)”, UNI2 solicita la atribución de 4 puntos por haber ofertado un “jefe de equipo entre los trabajadores de limpieza”. A juicio del alegante, el recurrente mezcla la figura del “responsable del centro, del contrato o del servicio”, con lo que constituye un “jefe de equipo entre los trabajadores de limpieza”; en el primer caso se trata de personal de estructura con tareas de supervisión y gestión del servicio/contrato, mientras que en el segundo nos encontramos ante mano de obra directa en la que concurren además unas especiales funciones de supervisión y coordinación. UNI2 reconoce que en su oferta únicamente ofrece un puesto de supervisión para el centro de Arkaute. AUZO LAGUN, por el contrario, expresamente propone la designación de un jefe de equipo entre los trabajadores de limpieza en los centros de Derio y Arkaute. La diferencia de las dos ofertas es notoria y no se aprecia error alguno en la puntuación atribuida

El recurrente denuncia en segundo lugar que el órgano de contratación ha incurrido en error al puntuar la jornada semanal propuesta con 3,59 puntos y no con 4 puntos. Tal y como establece la cláusula 16.3 del PCAP, en lo referente a la jornada no sólo se valora el número de horas sino los horarios previstos y la distribución de horas anuales, mensuales, semanales y diarias; lo relevante no es la jornada semanal sino cómo se distribuye, que es lo que ha valorado el órgano de contratación.

c) Solicita la desestimación íntegra del recurso especial en materia de contratación y la confirmación de la adjudicación del contrato.

NOVENO: UNI2 impugna en primer lugar un posible incumplimiento por AUZO LAGUN del compromiso de cobertura previsto en la Cláusula IX del PCT en lo referente a las instalaciones de NEIKER en Derio.

Interesa señalar que el contenido de la cita cláusula es el siguiente:



«IX COMPROMISO DE COBERTURA

El adjudicatario se compromete a cubrir, en todo momento, el número de puestos de trabajo indicados en la oferta, por lo que deberá suplir en su totalidad las ausencias por enfermedad o accidente, los permisos, las vacaciones, las bajas por sanciones o los ceses en el trabajo, con personal de idéntica categoría al que sea sustituido.

El servicio deberá prestarse durante los doce meses del año al 100% con sustituciones del 100%.»

La propuesta que hace AUZO LAGUN sobre coberturas de personal en su Memoria Técnica recoge que:

«En caso de sustitución de vacaciones, Ausolan cubrirá el 100% de las vacaciones en NEIKER, ARKAUTE, HAZI, ELIKA y CRDOI.

En el caso de NEIKER DERIO, Ausolan propone la cobertura de las vacaciones realizar de forma rotatoria, esto es, que solo se cubrirá al 100% la sustitución de vacaciones de la persona que realiza la limpieza de material de laboratorio en el centro.

El resto de las trabajadoras rotarán sus vacaciones, para realizar un retén de limpieza todo el año en el centro, pero no serán sustituidas por otra persona. Este aspecto es posible por baja de la ocupación de NEIKER DERIO en período estival.»

Según el Anexo VI del PCAP, NEIKER cuenta en Derio con una plantilla de 3 limpiadores/as (operario/a 7, 8 y 10) y un peón especializado (operario 9).

UNI2 afirma que AUZO LAGUN incumple lo dispuesto en la cláusula IX del PCT en su propuesta de cobertura de sustituciones de la instalación de NEIKER en Derio; hecho que ésta niega porque considera que la sustitución no es la única forma de garantizar que se preste el 100% del servicio durante todo el año, y aboga para ello por fórmulas como la realización de horas



complementarias y la distribución irregular de la jornada laboral previstas en los artículo 12 y 34 del ET.

Este OARC / KEAO ha manifestado en muchas ocasiones que los pliegos, tanto el de cláusulas administrativas particulares como el de prescripciones técnicas, constituyen la ley del contrato (ver, en este sentido, por ejemplo, la Resolución 044/2017 de este OARC/KEAO), que vinculan tanto al poder adjudicador como a los licitadores concurrentes que no los han impugnado.

Por otra parte, se debe recordar que el artículo 1.281 del Código Civil determina que «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de las cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.»

Partiendo de estas premisas procede analizar el contenido de la cláusula IX del PCT debatida, que comienza indicando que el adjudicatario se compromete a cubrir en todo momento el número de puestos trabajo indicados en la oferta, que para NEIKER Derio es de 4 personas, lo que parece dar a entender que los 4 puestos deben estar en todo momento ocupados bien por sus titulares, bien por personas que los sustituyan; pero, además, la cláusula prosigue diciendo que la cobertura debe realizarse mediante sustituciones del 100%, de forma que se reitera que la plantilla del centro debe estar compuesta siempre por 4 personas. La cláusula en cuestión utiliza los términos “suplir y sustituir” – poner a alguien en lugar de otra persona– y no hace referencia a otras formas de cobertura como la “rotación” entre trabajadores que propone AUZO LAGUN.

A mayor abundamiento, el PCT dedica su cláusula IV a regular las sustituciones, y de su contenido se deduce que el poder adjudicador entiende que el sustituto es una persona distinta a las adscritas al contrato con la que se formaliza un contrato laboral de sustitución. Así:



- Las sustituciones únicamente tiene lugar el caso de incapacidad laboral, vacaciones u otras licencias contempladas en el convenio. Las de duración inferior a dos días hábiles no precisan sustitución.
- Los períodos durante los cuales el personal sustituto desempeñe sus labores de limpieza no serán computables a efectos de considerar al mismo como fijo de centro de cara a la subrogación en su contratación por un posible adjudicatario en concursos venideros.
- Las sustituciones serán cubiertas con personal perteneciente a la empresa adjudicataria, pudiendo no admitirse las propuestas de sustitución si se considera que no reúne las características exigibles a quien deba desempeñar funciones de limpieza en el centro afectado.

No puede admitirse la alegación de AUZO LAGUN sobre la utilización de las vías previstas en los artículos 12.5 y 34 del ET sobre horas complementarias y distribución irregular de la jornada, respectivamente, porque, aun siendo fórmulas de organización y optimización de la plantilla, no son las que de forma concreta ha expresado el poder adjudicador en el PCT, que ha optado por la sustitución de personas en el 100% de los casos.

En su Resolución 120/2016, este OARC / KEAO manifestó que «Debe tenerse en cuenta que las prescripciones técnicas representan el nivel mínimo de rendimiento de las prestaciones contractuales que, de acuerdo con el interés público, desea obtener el poder adjudicador y deben cumplir todas las ofertas, por lo que es contrario a dicho interés admitir una proposición que no lo alcance (...).» Admitir la propuesta de AUZO LAGUN sobre cobertura de las vacaciones en NEIKER Derio mediante la rotación de trabajadores, sería tanto como abrir una negociación sobre un punto en el que el PCT prevé un sistema de sustitución de trabajadores, lo que, además de estar prohibido por el artículo 157 del TRLCSP, iría en contra del principio de igualdad de trato con otros licitadores que han optado por el compromiso de coberturas mediante sustituciones.



En conclusión, se debe estimar el recurso y determinar que AUZO LAGUN ha incumplido para NEIKER Derio el compromiso de cobertura de la cláusula IX del PCT y su oferta debe ser excluida.

La decisión de exclusión hace innecesario el análisis del resto de los motivos de impugnación, ya que cualquiera que fuera su resultado no se modificaría el orden de clasificación de las empresas licitadoras.

DÉCIMO: La estimación del recurso conlleva la retroacción de las actuaciones hasta la adopción por la Mesa de contratación del acuerdo que excluya a AUZO LAGUN de la licitación por incumplir su oferta el compromiso de cobertura en la forma prevista en la cláusula IX del PCEA, en lo referente al centro de NEIKER en Derio.

Finalmente, la Mesa de contratación deberá realizar de nuevo el orden de clasificación previsto en el artículo 151.1 del TRLCSP, y requerir a la clasificada en primer lugar la documentación que se indica en el apartado 2 del citado artículo.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por UNI2 SERVICIOS INTEGRALES, S.A. frente al acuerdo de adjudicación del contrato de “Servicio de limpieza en las instalaciones de NEIKER, HAZI, CRDOI y ELIKA”, tramitado por el NEIKER, ordenando la retroacción de las



actuaciones en los términos previstos en el Fundamento de Derecho Décimo de la presente Resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del contrato.

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, 2017ko irailaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de septiembre de 2017