



EB 2023/116

Resolución 180/2023, de 11 de octubre, 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 pública interpuesto por la mercantil GALDAKAO GARBIKETAK, S.A.L. contra el anuncio y pliegos del contrato de “Servicio de limpieza de edificios públicos, dependencias municipales, aseos públicos, ascensores urbanos y rampas mecánicas exteriores municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Galdakao.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 31 de mayo 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) un recurso en materia de contratación interpuesto por la mercantil GALDAKAO GARBIKETAK, S.A.L. contra el anuncio y pliegos del contrato de “Servicio de limpieza de edificios públicos, dependencias municipales, aseos públicos, ascensores urbanos y rampas mecánicas exteriores municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Galdakao.

SEGUNDO: El mismo día 31 de mayo se remitió el recurso al poder adjudicador y se 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 8 de junio.





TERCERO: Con fecha 14 de junio, se remitió el recurso al resto de interesados, y se recibieron el 21 del mismo mes las alegaciones de ZAINZEN, S.A.

CUARTO: Con fecha 21 de junio la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 018/2023, por la que se adopta a medida cautelar de suspender la tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de V.A.G. que actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere al requisito de la legitimación, ZAINZEN alega que GALDAKAO GARBIKETAK carece de ella porque de la estimación del recurso no obtendría un beneficio cierto más allá de la satisfacción moral o del mero cumplimiento de la legalidad, además de no haber acreditado tener la solvencia requerida. A juicio de este Órgano, el recurrente sí está legitimado y la citada alegación no puede aceptarse por las siguientes razones:

- 1) GALADAKAO GARBIKETAK alega en el escrito de recurso que su legitimación se funda en “un interés tangible, distinto del mero cumplimiento de la legalidad, pues la estimación del recurso supondría la posibilidad de presentarse al concurso. Además, la recurrente ha sido la anterior adjudicataria, su objeto social es la limpieza y se ve perjudicada para presentar su oferta por la exigencia de una solvencia económica y financiera desproporcionada.”

No existe duda alguna de que la prestación contractual está vinculada con el objeto social de la empresa. Debe tenerse en cuenta, además, que la citada vinculación ha de entenderse en sentido amplio para no limitar indebidamente la competencia y el acceso al contrato (ver, por ejemplo, las Resoluciones 27/2012 y 36/2020 del OARC / KEAO).



- 2) La pretensión del recurso, en síntesis y sin perjuicio de lo que se detallará más adelante, incluye la anulación o modificación de varias cláusulas cuya supresión posibilitaría o facilitaría el acceso al contrato, el cual está ahora impedido o dificultado por el contenido de las citadas estipulaciones.
- 3) No cabe aceptar la alegación de ZAINZEN relativa a que la recurrente no ha acreditado poseer la solvencia requerida para la ejecución del contrato, pues este Órgano ya tiene declarado (ver, por ejemplo, la Resolución 87/2014) que para la impugnación de los pliegos no es exigible dicha acreditación, puesto que la ausencia de solvencia únicamente puede observarse respecto de las empresas que son licitadoras y en el marco de un contrato concreto con unos requisitos relacionados con el objeto que se pretende contratar. No se puede, en consecuencia, alegar falta de legitimación, por carecer de la solvencia precisa, de quien no ha presentado oferta, pero tiene un interés claro en la impugnación de los pliegos del contrato ante la opción de obtener un beneficio con su anulación.
- 4) Por otro lado, el artículo 48 de la LCSP, titulado “Legitimación”, establece lo siguiente:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”
- 5) En definitiva, la legitimación activa para la interposición del recurso requiere de una conexión entre la pretensión y la satisfacción por el recurrente de derechos o intereses legítimos propios de su esfera jurídica si dicha pretensión es estimada. Este derecho o interés no tiene por qué tener necesariamente contenido patrimonial pero sí debe ser distinto de



la satisfacción moral o del mero interés en el cumplimiento de la legalidad (ver, por todas las Resoluciones 23/2019 y 186/2021 del OARC / KEAO).

- 6) La amplísima descripción de la legitimación expresada en los apartados 4) y 5) anteriores incluye también al operador económico cuyo interés radica en conseguir una licitación regida por unos pliegos que le permitan o le hagan menos gravosa la presentación de una proposición, por lo que debe aceptarse la legitimación de GALADAKAO GARBKETAK.

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

El artículo 44.1 a) 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 a) LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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 Galdakao tiene la condición de poder adjudicador y, concretamente, de Administración Pública, según el artículo 3 LCSP.



SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

- a) La recurrente entiende que le PCAP exige una solvencia económica y financiera desproporcionada, por cuanto que impide la participación en la licitación de toda pequeña o mediana empresa, contraviniendo los artículos 1 y 87 LCSP.
- b) La empresa recurrente, que resultó adjudicataria en los contratos anteriores, ha venido desarrollando la gestión de los mismos sin ningún problema hasta el día de hoy.
- c) No viene justificada en el pliego la exigencia de una solvencia económica en la cantidad de 3.347.107,42€ que resulta imposible de cumplir para todas la pequeñas y medianas empresas.
- d) Por otro lado, se denuncia la deficiente justificación para la no división en lotes, tal y como lo exige la LCSP. A juicio de la recurrente, es totalmente factible la división en lotes sobre la base de diferentes criterios como, por ejemplo, la división territorial de los locales que son objeto de limpieza, por ejemplo, los situados en Usansolo y los de Galdakao. Asimismo, cabría la división por categorías de los centros de limpieza como escuelas, oficinas, ascensores públicos, etc. De esta forma, se conseguiría la posibilidad de que participasen empresas pequeñas y medianas y la existencia de mayor competitividad con un coste menor para el ayuntamiento.
- e) Finalmente, se solicita la anulación del anuncio y los pliegos rectores de la licitación, así como la cancelación de la misma. Asimismo, que se ordene que prepare una nueva licitación del presente contrato, atendiendo a los argumentos expuestos en el presente escrito de recurso y no se incluyan los aspectos que han sido anulados en la licitación.



SEPTIMO: Alegaciones de ZAINTZEN

ZAINTZEN se opone a la impugnación por los motivos que a continuación se resumen:

- a) En relación con la exigencia de la solvencia económica y financiera, el órgano de contratación ha establecido una solvencia mínima por debajo del umbral de una vez y media el valor medio del contrato, lo cual se ajusta a la legalidad vigente.
- b) En lo que a la insuficiente justificación de la no división en lotes se refiere, la LCSP únicamente exige que, cuando se tome dicha decisión ésta ha de estar justificada. En este sentido, en el expediente se observa que existe una justificación que debe considerarse adecuada y suficiente. La misma consiste en la eficiente utilización de los fondos públicos y una mayor racionalización en la ejecución de la prestación, tal y como se viene efectuando en la actualidad.

OCTAVO: Alegaciones del Ayuntamiento

El Ayuntamiento de Galdakao se opone a la estimación del recurso, resumidamente, por las siguientes razones:

- a) El órgano de contratación ha exigido como acreditación de la solvencia económica la cifra equivalente a una vez y media el presupuesto anual de gasto del contrato, IVA excluido y, no siendo este un parámetro que exceda de lo estipulado con carácter general en el artículo 87.1.a) LCSP, no se entiende la apreciación de la recurrente sobre su desproporcionalidad.
- b) No cabe, como pretende la recurrente, establecer un paralelismo económico ente el contrato anterior y el presente, pues únicamente con los costes laborales actuales se supera con creces el tipo de licitación de aquél,



además de otras diferencias de calado en frecuencias, nuevas zonas de limpieza, nuevos edificios, etc.

c) Se entiende que las razones expuestas tanto en la memoria justificativa del contrato como en el PCAP tiene la suficiente entidad y validez para sustentar la decisión de la no división en lotes amparada, también, en la discrecionalidad técnica de la que goza la administración. Por otro lado, y ante las alegaciones efectuadas por la recuente, procede indicar que la decisión de dividir en lotes por tipología de edificios en zonas supondría un mayor coste, tanto en personal como en medios técnicos. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que existe personal de limpieza a tiempo parcial que podría dar lugar a que un mismo trabajador fuera contratado por una, dos o tres empresas, dificultando enormemente el trabajo y seguimiento de las labores a realizar. En cuanto a la pretendida división territorial, se considera que el municipio de Galdakao no es lo suficientemente grande como para lotificar por zonas geográficas, toda vez que las ubicadas en zonas alejadas del centro no tendrían la entidad suficiente para constituir un lote por sí mismas.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso plantea la desproporcionalidad de la solvencia económica y financiera exigida y la justificación deficiente para la no división en lotes del contrato. El análisis del recurso partir del contenido de las cláusulas del Pliego de cláusulas administrativas (en adelante, PCAP) impugnadas:

(...)



1.2.- División por lotes: No

Justificación de la no división en lotes: Se expresa en la Memoria Justificativa del modo siguiente:

No se considera la división en lotes, siendo de mayor efectividad la realización y suministro de los trabajos en las distintas ubicaciones contratándose en conjunto, además, no hay una previsión presupuestaria concreta y plurianual para la ampliación de las instalaciones.

Con la división en lotes del objeto del contrato se incrementarían los costes por la existencia de una pluralidad de adjudicatarios, mayor cantidad de unidades de desplazamientos y unidades de mano de obra, incluyendo la incorrecta gestión y coordinación que ello conllevaría al funcionamiento rutinario del sistema.

La no división en lotes aporta a la administración una mejor coordinación con un único adjudicatario, en este caso siendo trabajos especializados en base a un sistema singular específico y técnico se valora que la división en lotes aportaría mayores problemas y avisos que solventar que beneficios.

(...)

21.- SOLVENCIA, CLASIFICACIÓN, HABILITACIÓN Y ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS.

21.1.- **Obligación de disponer de unos requisitos mínimos de solvencia:** sí, de conformidad con la cláusula 21.2 de cláusulas específicas del contrato.

21.2.- Solvencia: los operadores económicos deben disponer de la siguiente solvencia:

• **Solvencia Económica y financiera.** Requisito(s):

a) Declaración sobre el volumen anual de negocios del licitador referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos.

Requisito: Se entenderá acreditada mediante la presentación del volumen anual de negocio que, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos años concluidos, deberá ser al menos una vez y media del presupuesto máximo anual de gasto del contrato, IVA excluido (3.347.107,42 euros).

El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el Registro Oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

a) Sobre la solvencia económica y financiera exigida

El recurrente alega que la solvencia económica y financiera exigida es excesiva en comparación con la solicitada en el contrato anterior con el que el actual guarda gran identidad en las prestaciones a ejecutar. A juicio de este Órgano, este motivo de impugnación no es aceptable por las siguientes razones:



- 1) El artículo 87.1 de la LCSP recoge como uno de los medios de acreditación de la solvencia económica y financiera el volumen anual de negocios del licitador y no solo describe los datos económicos y financieros a los que se refiere y su forma de probarlos, sino que además prohíbe que, salvo excepciones cuyas razones deben señalarse en los pliegos o en el informe específico del artículo 336 de la LCSP, el umbral exigido pueda superar una vez y media el valor estimado del contrato, límite que la cláusula impugnada no supera. Téngase en cuenta que el umbral mínimo exigido para concurrir al contrato es de 3.347.107,42 €, que representa el 31 por ciento del valor estimado del contrato, que es de 10.710.743,76 €. Consecuentemente, la cláusula impugnada se ajusta, en principio, a la proporcionalidad de los requisitos de solvencia que pide el artículo 74.2 LCSP.

- 2) No puede prosperar la pretensión del recurrente de que se aprecie el mismo umbral de solvencia económica y financiera que en el contrato anterior porque corresponde al poder adjudicador la determinación y concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y técnica, así como de los medios admitidos para su acreditación, con el fin de garantizar el nivel adecuado de competencia y capacidad para el cumplimiento del contrato y asegurar el interés público (artículo 92 de la LCSP). Ello significa que en cada contrato se podrán establecer los requisitos y umbrales de solvencia que se consideren convenientes, siempre que se respeten los requisitos de sujeción al objeto del contrato, respeto al principio de proporcionalidad y a los límites generales del ejercicio de una potestad discrecional (ver, en este sentido la Resolución 102/2019 de este OARC/KEAO). El recurrente, al que le corresponde la carga de la prueba, no ha acreditado que dichos límites y principios se hayan traspasado, especialmente si se tiene en cuenta que el Ayuntamiento no está vinculado al contenido de contratos anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 70/2018 del OARC / KEAO).



- 3) Por otro lado, en el supuesto analizado se ha de tener en cuenta, como el propio recurrente reconoce, que ha habido un incremento de salarios de un 40% respecto al contrato anterior, de forma que ya sólo los costes laborales del presente contrato superan el coste total del anterior, amén de un incremento en las frecuencias de limpieza, más zonas de limpieza en los edificios existentes, nuevos edificios e instalaciones, adscripción de un vehículo y una fregadora industrial al servicio, etc. Todo ello supone un importante incremento del coste del contrato respecto del anterior, lo cual justifica el requerimiento de una solvencia económica y financiera mayor.
- 4) Dado que la recurrente se encuentra ante un contrato de mayor envergadura que el anterior, cabe señalar que, si no es capaz por sí sola de acreditar la solvencia requerida, puede participar en el procedimiento de adjudicación procediendo a integrar su solvencia con la de otras entidades con el fin de poder acceder al contrato (artículo 75 de la LCSP y cláusula 11 del PCAP) u optar por concurrir con otros operadores como Unión Temporal de Empresas (artículo 69 LCSP).

b) Sobre la insuficiente justificación de la no división en lotes

Sobre la división por lotes, este Órgano ya ha indicado en ocasiones anteriores (ver, por ejemplo, la Resolución 182/2019) que la decisión de adjudicar o no el contrato por lotes, así como la elección de los criterios con los que se estructure ésta (territoriales, funcionales, etc.) en el caso de que se opte por la partición, se insertan dentro de la facultad discrecional que asiste al poder adjudicador para configurar el objeto del contrato de la forma que estime más adecuada para la satisfacción del interés general (ver, por todas, la Resolución 136/2018 del OARC / KEAO).

Como todas las potestades discrecionales, tiene un núcleo susceptible de control legal que la limita y que permite a los operadores jurídicos (singularmente, a este OARC / KEAO) emitir un juicio en Derecho sobre su concreto ejercicio; en este



núcleo figuran, por citar los elementos más relevantes para el caso estudiado, el fondo parcialmente reglado de la potestad y el respeto a los principios generales del Derecho y, en especial, a los recogidos en el artículo 1 de la LCSP, entre los que se encuentra el análisis de si la configuración elegida es arbitraria porque carece de una razón objetiva que la justifique y tiene como propósito perjudicar o beneficiar a ciertos licitadores (ver, en este sentido la Resolución 175/2018 del OARC / KEAO).

En cuanto al fondo parcialmente reglado, hay que señalar que la división del contrato en lotes, que la LCSP considera ahora como la opción preferente (ver el artículo 99.3 de la LCSP y, por ejemplo, la citada Resolución 136/2018) es, en cierto sentido, una excepción a la clásica regla de prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato contenida ahora en el artículo 99.2 de la LCSP. El fundamento de la excepción radica, en primer lugar, en que la división en lotes no altera drásticamente las normas procedimentales y de publicidad que se habrían aplicado aunque no hubiera existido dicha división, resultado fraudulento que el principio general pretende evitar (artículo 99.6 de la LCSP) y, en segundo lugar, lo que es más importante para este caso, en que no se trata de una partición caprichosa en prestaciones sin identidad funcional propia (claro indicio del carácter fraudulento del fraccionamiento); por el contrario, el artículo 99.3 de la LCSP recuerda que cada lote debe ser susceptible de “realización independiente” (ver, en este sentido la Resolución 12/2019 del OARC / KEAO).

Por lo que se refiere a los principios generales, es especialmente relevante determinar si la decisión de dividir y la elección de los criterios de la división se sustentan en razones atendibles que los justifican y que descartan una actuación arbitraria del poder adjudicador contraria a principios como el libre acceso al procedimiento de adjudicación, la igualdad de trato o la salvaguarda de la libre competencia; esta actuación se daría si, por ejemplo, la estructura del contrato a los efectos de su adjudicación se ha configurado de modo que beneficia o perjudica a un licitador o categoría de licitadores sin causa suficiente y proporcionada que lo explique. No obstante, debe señalarse que, a diferencia de



lo que sucede con la decisión de no dividir, la decisión de dividir y la elección del criterio de configuración de los lotes no están sujetas a una motivación expresa que deba constar en el expediente (ver la Resolución 182/2019 del OARC / KEAO).

Finalmente, hay que señalar que los potenciales licitadores no tienen un derecho a exigir al órgano de contratación una estructura de los lotes que les sea favorable y que se imponga a la facultad de fijar discrecionalmente el objeto del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 8/2018 del OARC / KEAO).

Sentado lo anterior, a juicio de este OARC / KEAO, la justificación de la no división en lotes contenida en la cláusula 1.2 del PCAP más arriba reproducida explica de forma suficiente los motivos que han instado al órgano de contratación a no dividir el contrato en lotes. Consecuentemente, el poder adjudicador al configurar el contrato ha tenido en cuenta la obligación que le impone la LCSP de estudiar la conveniencia de la división del contrato en lotes y, siendo su criterio contrario al del principio general de división en lotes, expresa sus razones en el propio PCAP de forma suficiente, sin que el recurrente haya acreditado que la decisión sea arbitraria y sin que este OARC/KEAO pueda ni deba sustituir la decisión adoptada en el expediente por la propuesta del recurrente (ver, por ejemplo, el Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE). Consecuentemente, este motivo de impugnación ha de ser desestimado.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en las letras 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:



III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso interpuesto por la mercantil GALDAKAO GARBIKETAK, S.A.L. contra el anuncio y pliegos del contrato de “Servicio de limpieza de edificios públicos, dependencias municipales, aseos públicos, ascensores urbanos y rampas mecánicas exteriores municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Galdakao.

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: 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 urriaren 11a

Vitoria-Gasteiz, 11 de octubre de 2023