



Expte. 19/2015

ACUERDO 16/2015, de 3 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don J.M.U.G. en representación de Servicios y Limpiezas Artaza, S.L., frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de Servicio de Limpieza de diversos centros dependientes de la Dirección de Atención Primaria del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, para los años 2015 y 2016.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de enero de 2015, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de Servicio de Limpieza de diversos centros dependientes de la Dirección de Atención Primaria del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, para los años 2015 y 2016.

SEGUNDO.- El día 6 de febrero de 2015, don J.M.U.G. en representación de Servicios y Limpiezas Artaza, S.L, presenta reclamación en materia de contratación pública frente al pliego del citado contrato al considerar que las cláusulas del mismo referentes a la propuesta técnica a presentar por los licitadores son nulas de pleno Derecho, al imponer como de obligado cumplimiento un mínimo de horas/día de limpieza ordinaria, cuyo carácter imperativo tiene su reflejo en la previsión de penalidades y como de causa de Resolución del contrato, en caso de incumplimiento del mismo.

Solicitó el reclamante como medida cautelar la suspensión del procedimiento de licitación, en atención a los perjuicios que la continuación del procedimiento le podría causar.

TERCERO.- Con fecha 13 de febrero de 2015, la entidad reclamada, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea remitió el expediente administrativo de la licitación impugnada así como escrito de alegaciones oponiéndose a dicha reclamación y a la adopción de la medida cautelar solicitada por el reclamante.

En su escrito de alegaciones, la Sra. Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea señala que la exigencia de un número de horas mínimas de limpieza ordinaria para cada centro deriva de la obligación de la Administración Sanitaria de proporcionar a sus profesionales unos locales en las debidas condiciones higiénico-sanitarias para prestar el servicio sanitario a los ciudadanos. Por ello, se establece un número mínimo de horas/día de mano de obra directa para cada uno de los centros objeto de contrato para la denominada “limpieza ordinaria”, considerando por un lado, las características físicas de los centros sanitarios de que se trata (superficie, elementos arquitectónicos, materiales, etc.); así como la experiencia adquirida en los últimos años, siendo el que se ha venido realizando en los contratos de los cuatro ejercicios anteriores, constatándose que dichos mismos están muy ajustados.

Por todo ello, se entiende por parte del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea que la exigencia ahora controvertida *“esta plenamente justificada y es proporcional al fin perseguido por lo que no contraviene, como alega el reclamante, el principio de competencia”*.

Entiende la Administración reclamada que lo anteriormente expuesto determine que *“su reclamación quede reducida a pretender la sustitución de la voluntad de la Administración por la suya propia en cuanto a la configuración del contrato, lo cual no puede ser amparado”*.

Asimismo, la Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea se opuso a la adopción de la medida cautelar en atención al perjuicio que se podía causar al Servicio Público que el mismo presta con el retraso de la licitación impugnada, estando próximo el vencimiento del contrato de limpieza actualmente en vigor; además de entender que no se daban los requisitos necesarios para la adopción de dicha medida, ya que no existía un perjuicio de imposible o difícil reparación ni se acreditaba en la reclamación la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

CUARTO.- Con fecha 13 de febrero de 2015, se dictó el Acuerdo 8/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la solicitud de medida cautelar de la reclamación en materia de contratación pública presentada por don J.M.U.G. en representación de Servicios y Limpiezas Artaza, S.L., frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de Servicio de Limpieza de diversos centros dependientes de la Dirección de Atención Primaria del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, para los años 2015 y 2016.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la LFCP, las decisiones que adopte la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos están sometidas a las disposiciones de la citada Ley Foral y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma norma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- Al tratarse de una reclamación frente a la licitación de un contrato público, la legitimación debe ser entendida de forma amplia, en el sentido contenido en el artículo 31 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, y dado que el objeto social de la entidad reclamante coincide con el objeto del contrato, se entiende que goza de la condición de interesado en el expediente y, por ello, ostenta la legitimación necesaria para la interposición de la reclamación.

Igualmente, el representante acredita la representación que ostenta mediante la presentación de la escritura de apoderamiento.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de 10 días naturales previsto en el artículo 210.2.a) de la LFCP.

Igualmente, conforme a lo previsto en el apartado 3, letra c, del mismo artículo, el acto impugnado es susceptible de reclamación ya que se impugnan dos de las cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación del contrato.

CUARTO.- Se impugna el pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas por considerar que las condiciones de ejecución del contrato, en concreto el mínimo de horas/día de limpieza ordinaria de ejecución obligatoria para el adjudicatario del contrato y aceptación también obligatoria de todos los licitadores en sus proposiciones técnicas no se adecuan a Derecho. Esta circunstancia puede suponer una infracción de las normas de publicidad, concurrencia, transparencia y sobre todo, a juicio del reclamante, de la libertad de competencia.

La infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia está incluida entre los motivos tasados que el artículo 210.3.c) de la LFCP recoge para fundar una reclamación en materia de contratación pública.

QUINTO.- La reclamante basa la misma en la consideración de que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de Servicio de Limpieza de diversos centros dependientes de la Dirección de Atención Primaria del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, para los años 2015 y 2016, es nulo de pleno derecho.

Y ello, porque considera que tanto la Cláusula 7 “Contenido de los Sobres”, Sobre nº 2 “Propuesta técnica”; como la Cláusula 11 “Adjudicación”, A) Oferta técnica, están viciadas de nulidad.

Vicio que se concreta en el establecimiento como condición de obligado cumplimiento por el adjudicatario e igualmente de acatamiento por todos los licitadores al tener que realizar sus proposiciones técnicas recogiendo dicho requisito, establecido como condición necesaria, el establecimiento de un mínimo de horas/día de limpieza ordinaria; remarcándose su “*carácter obligacional e importancia esencial contractual*”, tal y como indica el reclamante en que dicha condición, más estrictamente, su no cumplimiento, se recoge dentro de las Cláusulas 23 y 25 del Pliego, referentes respectivamente a las penalizaciones y a las causas de resolución.

Considera el reclamante que dicha condición incide en el acceso para licitar, ya que introduce un elemento “obligatorio” que tiene como efecto fijar una barrera u obstáculo a la libertad de mercado, reduciendo o limitando la competencia efectiva entre las empresas.

*“La consecuencia directa es que la imposición de un mínimo de horas y frecuencias produce una ficción en la que se traslada al propio licitador al organigrama interno de los licitadores, intentando fijar un modelo de organización. Y ello excede la barrera o finalidad de tutela y garante que debe cumplir la actuación pública, respecto a la eficiencia, control de gasto, estabilidad, gestión eficaz, ya que no se respeta la competitividad que puede suponer la comparación de ofertas distintas con criterios propios y distintos entre sí, y que bien pueden cumplir sobradamente con el alcance y objeto del contrato superando o mejorando tales mínimos”.*

Al respecto de todo lo anterior, considera este Tribunal que la pretensión del reclamante pretende la sustitución de una labor que corresponde en exclusiva a la Administración. Particularmente, sólo el poder adjudicador es el competente para determinar las condiciones del contrato, como se desprende del artículo 45 de la LFCP. Más aún, el grado de detalle con que debe definirse la prestación es lo que garantiza que las ofertas puedan ser comparadas entre sí, conforme a los principios de transparencia e igualdad previstos en el artículo 21 de la LFCP.

Para la determinación del objeto de los contratos de servicios y particularmente de limpieza de edificios lo propio es, bien fijar el número de horas/día en que deberá tener lugar la prestación y luego sancionar su incumplimiento o su deficiente calidad, bien establecer una contratación por objetivos, fijando estándares de calidad y sancionando la falta de disponibilidad, como cada vez está siendo más frecuente.

En cualquier caso, el sistema empleado por el condicionado es adecuado. Parece exacerbado considerar, como hace el reclamante, que establecer un mínimo de horas es atender a la libertad de empresa o que es una medida contra la economía de mercado.

Ninguna de las argumentaciones, jurisprudencia o normativa a las que alude el reclamante aporta fundamento alguno que determine la posibilidad de estimación. Sin perjuicio de que merece especial atención el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 10 de julio de 2014, sobre la centralización de los contratos de limpieza, que cita en relación con la supuesta incorrección del establecimiento de un número de horas mínimas, aunque que bien podría referirse a que en esta contratación tan solo existan dos lotes y no más, para favorecer el acceso a las PYMES. Ello sin perjuicio de las previsiones de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que entró en vigor el 17 de abril de 2014 y tiene que ser transpuesta por los estados miembros, con carácter general, como muy tarde el 18 de abril de 2016. Esta Directiva recoge en su artículo 46 la necesidad de que los contratos se dividan en lotes y que su tamaño y objeto se determine en función de la posibilidad de acceso a ellos de las PYMES. Ello en la línea señalada por el Informe de la Interventora delegada de 5 de septiembre de 2014, Sra. D.O., quien acertadamente puso de relieve que en la división en dos lotes, ni se limitaba la participación ni la adjudicación de éstos a la misma empresa- ello pese a que actualmente no está vigente la obligación de división en lotes obligatorias prevista en la Directiva – .. Por ello, reiteramos la conformidad a Derecho de la licitación.

Como pone de manifiesto la Resolución 42/2013 de 11 junio de 2013 del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de

Euskadi *“la contratación del sector público debe de realizarse con sujeción estricta al principio de legalidad, de manera que las normas que resulten aplicables, sobre el contenido de los contratos del sector público, resultarán de derecho necesario –de ius cogens–, por lo que, en todo caso habrán de respetarse. (...) Los pliegos ... son los documentos en que los poderes adjudicadores definen las instrucciones de orden técnico, con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación, contribuyendo a la definición del objeto del contrato e incorporándose por esta causa a su clausulado. Es más, las especificaciones técnicas sirven para definir los requisitos de calidad y seguridad que deben reunir los bienes o servicios contratados (...) contemplándose un abanico de formas de definición de las mismas, con la finalidad de que las ofertas puedan reflejar la diversidad de soluciones técnicas, como un elemento fundamental de los esfuerzos de apertura a la concurrencia de la contratación del sector público”*.

Dentro del abanico de posibilidades de definición del servicio, se ha optado por la relación precio – horas de trabajo – usos. Coincidimos con el poder adjudicador cuando en sus alegaciones sobre la ausencia de relación entre una posible restricción de la competencia con el establecimiento de las horas mínimas de limpieza señala lo siguiente:

*“Dicha previsión por si misma no supone la restricción de la competencia ya que no se aprecia causa alguna que impida a los licitadores efectuar su oferta en las condiciones exigidas. Es obvio que acomodarse a las condiciones contractuales siempre tendrá un coste, en mayor o menor medida, para las empresas licitadoras. Por ello, dichas condiciones pueden suponer una restricción de la libertad empresarial, o dicho de otro modo que sea menos atractivo el ejercicio de su actividad empresarial, lo cual no significa que, en todo caso, se estén vulnerando los principios de la contratación antes señalados.*

*Ello no sucederá cuando dicha restricción respete el principio de proporcionalidad, es decir, sea adecuada para garantizar las necesidades o fines a satisfacer mediante la prestación que se contrata, lo que impide que sea trasladable sin más lo indicado en el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la*

*Competencia, que aporta el recurrente, obviando el examen de dicha adecuación respecto al caso que nos ocupa”.*

Sin embargo, el reclamante no justifica que las horas sean desproporcionadas. Más bien, al contrario, el poder adjudicador motiva su decisión basada en la experiencia (desde el año 2011). No puede olvidarse además que los contratos de limpieza, son contratos de tracto sucesivo, donde el aspecto más relevante para definir el objeto y los costes del contrato son el personal.

A mayor abundamiento, como se desprende de las alegaciones del poder adjudicador, el establecimiento del número de horas de trabajo diario viene motivado en función de los horarios, y diferenciando entre las labores por zonas en función de las labores, uso y afluencia ciudadana. Asimismo, se motiva que las horas de trabajo se relacionan con los metros cuadrados de superficie de los centros, sus características arquitectónicas y de materiales, así como su nivel de actividad.

Ello hasta el punto de llegar a manifestarse por el poder adjudicador que *“con un número menor de horas de mano directa que las señaladas para cada uno de los centros se estima que es imposible hacer frente a la obligación de realizar diariamente todas las tareas y actuaciones enumeradas, y de no exigirlas pudiera haber licitadores que oferten un menor número de horas de mano de obra directa (limpieza diaria) que las que se estiman necesarias, con el consiguiente deterioro del servicio de limpieza produciéndose, en tal caso, unos "recortes" en la prestación del servicio, que pudieran llevar a prestarlo en condiciones no adecuadas”.*

No debe olvidarse que se trata de un servicio relacionado directamente con la salud pública; ello, junto a la imposibilidad de que este Tribunal sustituya, en su labor, el papel de la Administración como creadora de las condiciones propias de los contratos públicos, y la falta de apreciación de vulneración jurídica alguna, conlleva la necesaria desestimación de la reclamación. No existe un obstáculo a la competencia ni a la libertad de empresa por el hecho de que un contrato público fije su objeto en relación con las horas mínimas de trabajo.



En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 212.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación presentada por don J.M.U.G. en representación de Servicios y Limpiezas Artaza, S.L., frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación del contrato de Servicio de Limpieza de diversos centros dependientes de la Dirección de Atención Primaria del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, para los años 2015 y 2016.

2º. Notificar el presente Acuerdo al reclamante, al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y a los demás interesados que así figuren en la documentación del expediente y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona 3 de marzo de 2015. EL PRESIDENTE, Fermín Casado Leoz EL VOCAL, Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.