



EB 2016/101

Resolución 104/2016, de 27 de septiembre de 2016, 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 interpuesto por la empresa AURRERANTZ, S. COOP. contra los pliegos del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Arrigorriaga”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrigorriaga.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de julio de 2016 la empresa AURRERANTZ, S. COOP. (en adelante, AURRERANTZ) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Arrigorriaga”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrigorriaga.

SEGUNDO: El 28 de julio se remitió el recurso al poder adjudicador y se solicitó el envío de una copia del expediente de contratación y del informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). Dicha documentación se recibió el día 3 de agosto.

TERCERO: Por Resolución B-BN 13/2016, de 3 de agosto de 2016, este órgano resolutorio acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Con fecha 4 de agosto se remitieron los recursos a los interesados para la formulación de alegaciones, no habiéndose recibido ninguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de doña K. A.G. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los «Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.», siendo el valor estimado del contrato impugnado de 1.807.692, 30 euros.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, 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: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

QUINTO: Los recursos han sido interpuestos en tiempo y forma.

SÉXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) el recurrente estima que la cláusula 3 y correlativas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) infringen los artículos 1 y 87 del TRLCSP en relación con el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24, de contratación pública al plantear un contrato inviable económicamente; se aporta un estudio que demostraría que el precio base de licitación es inferior a los costes salariales del personal subrogable, principal componente del coste total de la prestación. En concreto, el precio máximo por hora de atención es de 27 euros (IVA excluido), el más bajo de los últimos ocho años, inferior incluso al precio establecido en 2009 (27,38 euros); por el contrario, el salario bruto anual del



personal incluido en el correspondiente convenio colectivo se ha incrementado un 31,88% en los últimos siete años, todo ello supone un resultado negativo de explotación de 11.722,95 euros, y ello sin tener en cuenta otros costes distintos de los salariales (costes generales, beneficio, etc.). En consecuencia, las 15.000 horas estimadas en el PCAP no garantizan una mínima viabilidad económica al contrato. Se alega también que el coste fijo directo del personal subrogable asciende a 26,31 euros, dejando un margen de 0,69 euros para el resto de los costes. A lo anterior hay que añadir el coste de las mejoras, que suponen el 50% de los criterios de adjudicación del contrato (cláusula 12.1 del PCAP) y que no pueden suponer coste adicional para la Administración ni los usuarios, y que podrían llegar a suponer unos 34.400 euros más de coste para el licitador que pretenda obtener la máxima puntuación.

b) el recurso se opone a la cláusula 12 del PCAP, que establece como criterio para dirimir eventuales empates entre las proposiciones la preferencia a favor de empresas que cuenten con trabajadores con discapacidad en un porcentaje superior al 2% en el momento de acreditar su solvencia técnica (Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP, en adelante DA 4ª); considera que la elección de este criterio entre todos los permitidos por la DA 4ª no está justificada, pues su cumplimiento es incompatible con las características del servicio que es objeto del contrato, que exigen su ejecución por personas sin limitaciones físicas, cognitivas, sensoriales y psicosociales, y precisamente los destinatarios del servicio son personas mermadas en sus capacidades y el servicio consiste en asistirlas y apoyarlas. El recurrente concluye que es irrazonable encomendar un servicio de ayuda a personas dependientes a otras personas afectadas por las mismas circunstancias, sin que el poder adjudicador pueda ampararse en la discrecionalidad que le asiste para escoger uno u otro sistema de desempate.

c) Finalmente, se solicita la anulación de los pliegos y del procedimiento de adjudicación y la convocatoria de una nueva licitación.

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



a) El precio de 27 euros / hora, ahora objeto de impugnación por no cumplir el mandato de ajustarse al mercado, fue el ofertado por la propia recurrente cuando resultó adjudicataria en la anterior licitación, en mayo de 2013; este es el importe percibido actualmente por AURRERANTZ tras la prórroga del contrato, en febrero de 2016, hasta la finalización del nuevo procedimiento de adjudicación y después de la anulación de la anterior licitación por el OARC / KEAO. En dicha licitación anulada el precio de 27 euros / hora fue también el ofrecido por la recurrente (en julio de 2015), sin que en ningún momento se cuestionara el precio máximo fijado en los Pliegos. De estimarse el presente recurso, el periodo de vigencia de dicho precio se prolongaría por ser necesario el servicio, alargándose la perjudicial situación económica alegada en el recurso. Todo ello, entiende el poder adjudicador, es un contrasentido. Por otro lado, varios municipios cercanos a Arrigorriaga (Ugao – Miraballes, Orduña, Basauri, Galdakao y Etxebarri) pagan actualmente por los servicios de Ayuda a Domicilio importes muy similares al debatido por el recurso (entre 26,10 euros y 27,18 euros); en concreto, AURRERANTZ es la adjudicataria del servicio en Etxebarri, municipio cuyo volumen de población es similar al de Arrigorriaga y percibe 26,10 euros por hora en día normal. Añade el poder adjudicador que el procedimiento impugnado ya cuenta con las ofertas de dos empresas, lo que desmiente que el precio máximo no sea viable. El informe alega que el supuesto incremento de un 31,88% en los costes laborales entre mayo de 2013 y mayo de 2016 contrasta con el hecho de que, según el Instituto Nacional de Estadística, el IPC del mismo periodo sea negativo en un 1%, lo que es acorde con el contexto económico de crisis y estancamiento salarial; se afirma que mantener el precio de licitación es una decisión respetuosa con los principios de estabilidad presupuestaria y control del gasto público, aunque ello no sea beneficioso para la recurrente. Respecto a la influencia del coste de las mejoras, se considera que no cuestionan la viabilidad económica del contrato y, en cambio, aportan un importante valor añadido al contrato, siendo libres las empresas de ofrecerlas o no.

b) el recurrente confunde el sentido de la DA 4ª, párrafo 2º, del TRLCSP, pues la preferencia que establece esta norma no depende de que el personal



discapacitado integrado en la empresa al que se refiere sea precisamente el que ejecute el contrato; por otro lado, incluso aunque efectivamente el personal discapacitado fuera el encargado de ejecutar tareas necesarias para la ejecución del contrato, no en todo caso tendrían que ser funciones que impliquen contacto directo con los usuarios del servicio (podrían ser, por ejemplo, trabajos en la estructura interna de la empresa). Finalmente, dada la multiplicidad de situaciones en las que a una persona se le puede reconocer la condición de discapacitado, no puede descartarse que muchas de ellas sean compatibles con la correcta prestación del objeto del contrato.

OCTAVO: En síntesis, el recurso alega el incumplimiento del artículo 87.1 del TRLCSP, que exige que los poderes adjudicadores cuiden de que «(...) el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación (...)», citándose también el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24, que establece que «los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.»

En su Resolución 64/2013 (ver también la Resolución 69/2016), este OARC / KEAO se pronunció sobre esta cuestión señalando que «El mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato.» Asimismo, se añadía que «(...) es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP)



que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta» y que ello no contradice el principio de adecuación al mercado porque «(...) la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar (...)». Finalmente, se establecía que «una vez comprobado que el presupuesto inicial no contiene ningún error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide, y dado que el recurso no ha acreditado suficientemente la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, no hay razón para calificar de inadecuado el presupuesto fijado por la Administración.» En análogo sentido, la Resolución 764/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que resume su doctrina sobre la materia, recuerda que el órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de fijar el precio contractual, que en «el control del gasto debe presidir la interpretación del art. 1 TRLCSP, y que por tanto, el precio de mercado actúa, en principio, no como “suelo” sino como “techo”» y que «solo la constatación manifiesta de la incorrección del precio fijado que haga presumir una absoluta falta de concurrencia permita anular la cláusula correspondiente» (en sentido similar se expresan la Resolución 81/2014 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y el Acuerdo 222/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Por otro lado, el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24 obliga a los Estados miembros a adoptar medidas que garanticen que los contratistas cumplen en la ejecución del contrato, entre otras, las obligaciones para con sus trabajadores que les imponen los convenios colectivos. No hay duda de que los poderes adjudicadores deben considerar las retribuciones fijadas en los convenios colectivos que les afectan como uno más de los factores a tener en cuenta para determinar el ajuste del presupuesto de los contratos que prevén celebrar al mandato del artículo 87.1 TRLCSP; sin embargo, el artículo 18.2 parece referirse más bien a las normas de transposición de la Directiva y a las estipulaciones contractuales en ellas amparadas que tiendan a reforzar, garantizar o vigilar, durante la ejecución de la prestación, el cumplimiento de la



legislación y los convenios que cita, por ejemplo, añadiéndoles la condición de condiciones contractuales y anudando a su infracción una consecuencia gravosa para el contratista (resolución, penalidad, etc.). No hay, por lo tanto, contradicción alguna de este precepto con el artículo 87.1 TRLCSP, a cuyo contenido tampoco añade ninguna exigencia adicional.

Partiendo de estos criterios, debe comprobarse si se ha acreditado o no que la fijación del precio es, en los términos expuestos, incorrecta, análisis que debe partir de las siguientes consideraciones:

- a) Consta en el expediente que se han presentado dos ofertas de empresas interesadas en obtener la adjudicación del contrato.
- b) La recurrente es la actual prestadora del servicio, percibiendo el mismo importe que en su recurso considera inadecuado al mercado (sin que consten incidencias negativas o incumplimiento de los derechos de los trabajadores achacables al precio contractual). Asimismo, la citada empresa ha presentado recientemente ofertas por dicho importe para obtener la adjudicación de contratos análogos (estando vigente el mismo convenio colectivo y las mismas retribuciones que rigen ahora en el sector), e incluso realiza servicios similares por un precio inferior al debatido.
- c) El precio impugnado no se aleja del que abonan por el mismo servicio entidades similares y geográficamente próximas al poder adjudicador.

Estas consideraciones desmienten que el precio máximo fijado por la Administración haga inviable el contrato y son sólidos indicios de que, por el contrario, con dicho precio hay concurrencia suficiente en el procedimiento y cabe esperar una ejecución correcta de la prestación o, en otras palabras, que es adecuado al mercado. En particular, el hecho de que la recurrente preste el servicio por el precio debatido (al mismo poder adjudicador), e incluso por importes menores, hace dudar seriamente de que su verdadero interés sea que el contrato se ajuste al mercado y más bien es demostrativo de que pretende



un incremento que le permita licitar obteniendo un mayor margen de beneficio sin necesidad de mejorar su proposición, pretensión a la que este OARC / KEAO no puede acceder. Frente a todo ello, el recurso no aporta pruebas que acrediten la irracionalidad del precio máximo contractual, por lo que el motivo de impugnación debe desestimarse.

A lo anterior hay que añadir que las mejoras propuestas como criterio de adjudicación, incluso aceptando los cálculos del recurrente, suponen una parte pequeña del valor estimado del contrato y son pertinentes a su objeto, además de que no se trata de inversiones obligatorias.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa AURRERANTZ, S. COOP. contra los pliegos del contrato “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Arrigorriaga”, tramitado por el Ayuntamiento de Arrigorriaga.

SEGUNDO: Levantar la suspensión acordada por Resolución B-BN 13/2016, de 3 de agosto de 2016.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.



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

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko irailaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de septiembre de 2016