



EB 2018/097

Resolución 126/2018, de 2 de octubre de 2018, 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 unión temporal de empresarios formada por SERKOM, Gestión y Servicios Grupo Moyua, S,L. y COMSA SERVICE FACILITY MENAGEMENT, S.A.U. en el procedimiento de adjudicación del contrato “Mantenimiento de instalaciones de varios centros del Departamento de Seguridad” (Lote 2), tramitado por Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de julio de 2018, la unión temporal de empresarios formada por SERKOM, Gestión y Servicios Grupo Moyua, S,L. y COMSA SERVICE FACILITY MENAGEMENT, S.A.U. interpuso recurso especial en materia de contratación en el procedimiento de adjudicación del contrato “Mantenimiento de instalaciones de varios centros del Departamento de Seguridad” (Lote 2), tramitado por Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El recurso, el expediente 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) se recibieron en el registro del órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de

Euskadi/Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el día 26 de julio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 30 de julio, se han recibido el día 10 de agosto las alegaciones de GIROA, S.A. (en adelante, GIROA).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legislación aplicable

Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 22 de febrero de 2018, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el 5 de julio de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de las recurrentes y la representación de D. J.T.LL. y D. L.A.T., que actúan en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas.

QUINTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SÉPTIMO: Argumentos del recurso

La impugnación se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) Se recurre el que GIROA justifique la oferta anormalmente baja efectuada por el precio/hora de mantenimiento correctivo y modificativo en jornada de 22:00 a 08:00 en la aplicación del Convenio Colectivo del Metal de la provincia de Álava, cuando el ámbito de actuación del Lote 2 es Gipuzkoa que es, asimismo, donde GIROA tiene su domicilio social. Por dicha razón, ha de ser el convenio colectivo sectorial de la provincia de Gipuzkoa el aplicable a los trabajadores que desarrollen los referidos trabajos, debiendo haber sido causa de exclusión de la oferta este incorrecto cálculo de los costes salariales.

b) La justificación del precio de mantenimiento correctivo y modificativo en jornada de 22:00 a 08:00 por GIROA es incorrecto ya que el precio ofertado no resulta, al menos, igual al resultado de sumar precio/hora del trabajador más el coste de la empresa, como el plus de nocturnidad.

c) Los precios ofertados por GIROA para el mantenimiento correctivo y modificativo son muy inferiores a los costes derivados de la aplicación de cualquiera de los dos convenios colectivos (Álava o Gipuzkoa), incumpliendo el artículo 5.3 de la Ley 3/2016, de inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública y artículo 69.2 en relación con el artículo 18.2 ambos de la Directiva 2014/24

d) La justificación de la oferta realizada contiene errores y omisiones

e) La pretensión consiste en que se declare la disconformidad a derecho de la aceptación de la oferta de GIROA y que se ordene su exclusión del procedimiento de adjudicación.

OCTAVO: Alegaciones de GIROA

Los argumentos de GIROA para oponerse a la estimación del recurso son, de forma resumida, los siguientes:

a) El personal que prestará el servicio del Lote 2 corresponde a Álava, en concreto, está adscrito al centro de trabajo de Vitoria. Por otra parte, la forma

de asignar recursos, primando más la especialidad que la distancia o centro de trabajo o desplazamiento del personal, son asuntos que corresponden a la discrecionalidad empresarial.

b) Para el cálculo del precio hora nocturna se suman al precio hora normal diurna los importes correspondientes a la nocturnidad y seguridad social y los gastos generales de la empresa. Además, el número de avisos y horas empleadas en la resolución de las incidencias no es muy elevado y a los técnicos de negocios difusos no corresponde abonarles ninguna dieta o media dieta, ni compensar los gastos de desplazamiento porque se les asigna un vehículo de empresa (aportan jurisprudencia al respecto).

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente en contra del recurso:

a) La oferta de la empresa GIROA incurre en valores anormales o desproporcionados únicamente en los precios ofertados para el mantenimiento correctivo y modificativo en las franja horaria de 22:00 h a 8:00 h, que corresponde a trabajos urgentes que son atendidos por equipos de respuesta rápida, diferente al personal para atender los avisos ordinarios, y supone un porcentaje muy pequeño de los trabajos de mantenimiento correctivo y modificativo a realizar, en concreto el 1,4 %.

b) Teniendo en cuenta que el servicio urgente se presta desde una organización creada para atender a más de un contrato y de un cliente que está radicada en Álava cabe realizar el cálculo de costes con el Convenio Colectivo de industrias siderometalúrgicas de Álava.

c) Aplicando los costes salariales de este último convenio y teniendo en cuenta que el plus de nocturnidad, las dietas y el coste del vehículo pueden estar incluidos en el precio de disponibilidad del servicio para la atención permanente recogida en el apartado 4.1 de la carátula, el precio ofertado es justificado.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente considera que GIROA no justifica los valores anormales de su oferta y que ha de ser excluida porque no aplica el convenio colectivo correcto. A continuación se expresan las consideraciones de este Órgano sobre las cuestiones planteadas.

a) Sobre la justificación de GIROA de los valores anormales de su oferta

Como se ha puesto de manifiesto en el fundamento jurídico primero de esta Resolución, el derecho sustantivo aplicable a este contrato es el derivado del TRLCSP, por lo que todo lo indicando con anterioridad por este OARC/KEAO sobre la justificación de los valores anormales o desproporcionados de las ofertas es plenamente válido. Así, en numerosos pronunciamientos ha manifestado que la finalidad del señalamiento de unos parámetros objetivos de apreciación de anormalidad o desproporción en las ofertas y la sustanciación del procedimiento incidental del artículo 152 del TRLCSP tiene la finalidad última de verificar si una oferta cuyo contenido es excepcionalmente ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución (ver, en este sentido, la Resolución 06/2017). Asimismo, ha manifestado que la justificación aportada por el licitador no tiene por qué abarcar todos y cada uno de los conceptos relacionados con obligaciones generales del contratista en cuanto empresario como por ejemplo, absentismo, vacaciones, reconocimientos médicos o prevención de riesgos laborales (ver, en este sentido, la Resolución 79/2018).

Trasladado lo referido al supuesto que nos ocupa, se debe partir de que el recurrente no acredita que el importe ofertado por el mantenimiento correctivo y modificativo en horario de 22:00 a 8:00 conlleve la inviabilidad de la ejecución de la prestación o el incumplimiento de las obligaciones salariales derivadas del convenio colectivo a aplicar. Téngase en cuenta que, tal y como manifiesta el poder adjudicador, la anormalidad detectada según los parámetros objetivos establecidos en el PCAP únicamente afecta a un 1,4 % del total de los trabajos de mantenimiento correctivo y modificativo a realizar (el resto de los precios

ofertados por este concepto no se hallan incursos en valores anormales o desproporcionados) no siendo razonable considerar que una oferta anormal por unas prestaciones que tan poco impacto tienen en el conjunto de lo ofertado pueda comprometer la propia viabilidad del contrato, que el coste de disponibilidad del servicio para la atención permanente de los mantenimientos correctivo y preventivo está incluido en el precio mensual total para todos los centros (cláusula 4.1 de la carátula del PCAP) y que mediante la manifestación del convenio colectivo a aplicar a los trabajadores que van a realizar esta prestación no consta un incumplimiento de la normativa de contratos públicos o de la normativa laboral, en los términos que se indican en el apartado siguiente.

b) Sobre el convenio colectivo de aplicación

GIROA manifiesta cuál será el convenio colectivo que va a aplicar a los trabajadores que van a efectuar los trabajos de mantenimiento correctivo y modificativo (franja horaria de 22:00 horas a 8:00 h) con ocasión de la justificación de la viabilidad de los valores anormales o desproporcionados ofertados. La recurrente considera que se va a aplicar a los trabajadores un convenio colectivo territorialmente incorrecto, por lo que se incumple el mandato del artículo 5.3 de la Ley 3/2016 y el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE.

Este argumento no puede prosperar ya que, en lo que a la cuestión planteada en el recurso se refiere, la Ley 3/2016 parte de la obligación de establecer en el PCAP como condición especial de ejecución que los licitadores o licitadoras indiquen el convenio colectivo que será de aplicación a los trabajadores y trabajadoras que realicen la actividad objeto del contrato, en el caso de resultar adjudicatarios, así como la obligación de facilitar cuanta información se requiera sobre las condiciones de trabajo que, una vez adjudicado el contrato, se apliquen efectivamente a esos trabajadores y trabajadoras, debiendo además especificarse que el adjudicatario o adjudicataria deberá, a lo largo de toda la ejecución del contrato, abonar el salario recogido en el convenio colectivo de aplicación según la categoría profesional que le corresponda a la persona trabajadora, sin que en ningún caso el salario a abonar pueda ser

inferior a aquel. En correlación a esta obligación, en su artículo 7 dispone las consecuencias que llevará aparejadas su incumplimiento, que consisten en que su observancia durante la ejecución del contrato podrá dar lugar a la imposición de penalidades, a la prohibición de contratar de los empresarios o empresarias, o a la resolución del contrato en aquellos supuestos en que su incumplimiento se califique como infracción grave. Al margen de que el PCAP, no recurrido por las partes y por consiguientes norma que rige el procedimiento de adjudicación, no obliga al licitador a que cumpla con la formalidad de indicar un determinado convenio colectivo, la Ley 3/2016 impone las consecuencias de la posible vulneración de las obligaciones sociales al contratista, esto es, al adjudicatario del contrato no al licitador.

Por otro lado, el recurrente no ha acreditado que el adjudicatario impugnado vaya a incumplir las obligaciones derivadas de los convenios colectivos por lo que no cabe invocar a este respecto el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE, en relación con su artículo 18.2. En particular, se observa que realiza sus estimaciones de costes y achaca el incumplimiento de las obligaciones sociales del adjudicatario basándose en su propia estructura organizativa, que no tiene por qué ser igual, y de hecho no lo es, a la de la adjudicataria, que manifiesta realizar este servicio con personal especializado en este tipo de tareas ubicado en sus instalaciones de Álava desde las que atiende a diferentes clientes.

c) Conclusión

Las justificaciones aportadas por GIROA son suficientes para acreditar la viabilidad de la prestación y no se ha acreditado incumplimiento de las obligaciones que como empleador le corresponden al adjudicatario.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la unión temporal de empresarios formada por SERKOM, Gestión y Servicios Grupo Moyua, S.L. y COMSA SERVICE FACILITY MENAGEMENT, S.A.U. contra la adjudicación del contrato “Mantenimiento de instalaciones de varios centros del Departamento de Seguridad” (Lote 2), tramitado por Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

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

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

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 59 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko urriaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de octubre de 2018