



EB 2015/129

Resolución 128/2015, de 16 de noviembre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por GUREAK GARBITASUNA, SLU contra los pliegos del contrato de servicios de limpieza, de mantenimiento y de conservación de la estación de autobuses de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de octubre de 2015 la empresa GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato que tiene por objeto los servicios de limpieza, de mantenimiento y de conservación de la estación de autobuses de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: El expediente de contratación 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) tuvieron entrada 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) el día 27 de octubre de 2015.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente, en cuanto que manifiesta ser un operador especializado en la prestación de servicios de limpieza, y la representación de Don L. S.G. que actúa en su nombre.



SEGUNDO: El objeto del recurso es un contrato de servicios, de la categoría 26 del Anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) cuyo valor estimado asciende a 369.600 euros (IVA excluido). En consecuencia, se trata de un contrato de servicios armonizado que se halla sujeto al recurso especial.

TERCERO: El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, en su informe de fecha 26 de octubre de 2015, opone la extemporaneidad del recurso especial por haberse presentado una vez transcurrido el plazo de quince días hábiles desde que los pliegos fueron recibidos o puestos a disposición del recurrente y como prueba aporta un correo electrónico de fecha 30 de septiembre de 2015 dirigido a xxxx@gureak.com, en el que el Ayuntamiento responde a una consulta sobre la incoherencia existente entre el precio de licitación y el listado de personal a subcontratar, fundamento principal del recurso planteado; considerando el poder adjudicador que ello es prueba de que el licitador para dicha fecha había tenido acceso a los pliegos del contrato, toda vez que éstos han estado disponibles en la web del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz desde el día 24 de septiembre de 2015.

Solicitado el informe por el recurrente, este OARC / KEAO facilita una copia del mismo al amparo de lo dispuesto en el art. 35.a) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Con registro de entrada en el OARC / KEAO de 29 de octubre de 2015, la recurrente manifiesta que: (I) G. Z. I. no es empleada, ni trabajadora, ni tampoco directiva de GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. (II) GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. desconoce cómo pudo tener G. Z. I. conocimiento de los pliegos de la licitación (III) GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. desconoce tanto la consulta realizada por G. Z. I. como la contestación que se dio a la misma (IV) GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. forma parte del grupo GUREAK (V) GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. es una entidad jurídica y organizativamente independiente del resto de empresas integrantes del Grupo, mantenimiento su propia estrategia empresarial, autónoma a la del resto de empresas.



En lo concerniente al plazo de interposición del recurso especial cuando el objeto del mismo son los pliegos del contrato este OARC/KEAO ha sostenido, entre otras la Resolución 123/2014:

«Como se afirma, entre otras, en la Resolución 78/2012 del OARC / KEAO, si no consta en el expediente, como en este caso, que se remitieran los pliegos de manera expresa al recurrente ni que éste tuviera acceso a los mismos de modo electrónico en una fecha concreta, el plazo de interposición comienza el día hábil siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones (en este caso, el 7 de noviembre de 2014). Esta doctrina ha sido la seguida invariablemente por el OARC / KEAO (ver, por todas, las Resoluciones 11/2014 y 92/2014), y se ha visto confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 553/2013 de 28 de octubre de 2013, dictada a propósito de la Resolución 12/2012 del OARC / KEAO.»

En el supuesto que nos ocupa los pliegos no han sido remitidos de forma expresa a la recurrente, esto es, GUREAK GARBITASUNA, S.L.U., ni el poder adjudicador ha probado que esta empresa haya accedido a los pliegos del contrato, no cabiendo admitir como prueba un correo electrónico en el que quien realiza la consulta no señala en nombre de qué empresa la realiza. A estos efectos, no es suficiente como elemento identificatorio de la empresa la extensión de la dirección del correo electrónico pues hace referencia al nombre del grupo empresarial, no al de la persona jurídica, y no queda acreditado en el expediente que, con independencia de la personalidad jurídica de cada una de las empresas que conforman el grupo, nos hallemos ante una unidad empresarial que comparte la información.

En consecuencia, en lo que se refiere al cómputo del plazo de interposición del recurso especial contra los pliegos, no siendo de aplicación al contrato que nos ocupa ni, por consiguiente, a este procedimiento de recurso especial lo dispuesto en el art. 19.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, este recurso especial debe ser admitido a trámite.

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



a) No es admisible que un órgano de contratación se escude en que la información sobre la subrogación de contratos que incluye en los pliegos es la suministrada por el proveedor actual del servicio pues tiene la obligación y la responsabilidad de asegurarse que las obligaciones de subrogación que se trasladan son las efectivamente exigibles al adjudicatario, especialmente cuando existen fuertes indicios de que el prestador del servicio no ha presentado esa información de manera leal y coherente con la información manejada por el órgano de contratación.

b) La información facilitada por el proveedor actual del servicio de limpieza es incoherente con la oferta que, previa justificación de su seriedad tras demostrarse que incurría en presunción de contener valores anormalmente bajos, resultó adjudicataria del contrato e incoherente con las condiciones que rigieron la licitación. Esta circunstancia se hace evidente por la necesidad cubierta por el servicio que está muy distante del nivel de servicios resultante de la subrogación de la plantilla en los términos planteados por la actual proveedora. El convenio colectivo de aplicación establece que la jornada de un trabajador del sector es de 1.567 horas. Siendo necesarias 20 horas diarias de contrato y siendo laborales todos los días del año, el número total de horas anuales de servicio es de 7.300, las cuales, divididas entre la jornada máxima según convenio, arroja que serían necesarios para realizar el servicio 4,65 trabajadores, no los 12 que figuran en el Anexo XI del PCAP.

c) No se da cumplimiento a la garantía institucionalizada en el art. 120 TRLCSP pues no se informa a los operadores interesados de los costes laborales reales del servicio pues los operadores económicos distintos del proveedor actual se ven imposibilitados a concurrir en igualdad de condiciones pues se ven obligados a realizar hipótesis de los escenarios de subrogación del personal que lastran la proposición con la que pueden concurrir.

d) En cualquier caso, se conculca el art. 87 del TRLCSP en cuanto que los costes laborales directos que tendría que soportar el contratista, según los pliegos, son claramente desproporcionados.



e) Incoherencia interna de los pliegos pues la obligación de incorporar al menos un 20% de personas desempleadas que se encuentren en especial dificultad para acceder al empleo (punto 18 de la carátula en relación con la cláusula 37 del PCAP), difícilmente puede coexistir con la obligación del adjudicatario de subrogarse en 12 contratos de trabajo.

QUINTO: El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) En el PCAP se publica el listado de personal adscrito al servicio de limpieza y conservación de la estación de autobuses de Vitoria-Gasteiz, facilitado por GARBIALDI, S.A. con fecha 16 de septiembre de 2015, tras diversos requerimientos del Ayuntamiento. Es obligación de la actual adjudicataria el proporcionar la referida información y, el listado, viene a reflejar la situación contractual de los trabajadores a dicha fecha, identificándose los distintos tipos de contratos (indefinido, interinidad de duración determinada, obra o servicio determinado y eventual). Los pliegos en ningún caso obligan a subrogar a los trabajadores que figuran en el listado, pues dicha obligación vendrá impuesta por la legislación laboral de aplicación o por los convenios colectivos respecto de los trabajadores que proceda.

b) La obligación que tiene el adjudicatario de incorporar al menos un 20% de personas desempleadas que se encuentren en especial dificultad para acceder al empleo hay que interpretarla junto con la cláusula 37.1.2 del PCAP. Por tanto, la adjudicataria deberá subrogar a los trabajadores en que proceda de acuerdo al convenio colectivo en vigor y si tuviera que contratar a trabajadores distintos deberá hacerlo cumpliendo las condiciones especiales de ejecución de inserción socio-laboral.

c) En el Pliego de condiciones técnicas (en adelante, PCT) se detallan los días, horarios y personal que se consideran necesarios para dar correcto cumplimiento a los trabajos, considerándose un cómputo de 20 horas presenciales de mano de obra directa, sin contar encargados, supervisores, coordinación etc., repartidos en tres turnos de trabajo y cuatro trabajadores



semanales. El planteamiento de GUREAK no se considera el idóneo para el correcto funcionamiento de la instalación, lo cual sólo quiere decir que existe una discrepancia en el planteamiento de la distribución del tiempo. Valorados los costes del servicio se considera que el importe de licitación es de 176.000 €; 1.544,23 € menos que el del contrato anterior del año 2014 debido a que se ha eliminado la limpieza de los techos de madera por considerarse no necesarios. En el anterior concurso de 2014 concurrieron un total de 15 empresas, incluida GUREAK que realizó una baja del 25 %, presentándose bajas cuya oscilación variaba entre el 10,04 % y el 27,31 %.

SEXTO: El primero de los motivos impugnatorios discutido se refiere a la veracidad de los datos que figuran en el Anexo XI del PCAP. Éste, bajo la rúbrica “Información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores”, contiene un cuadro en el que se incluye la siguiente información: trabajadores individualizados por número correlativo, hasta un total de 12, y por cada uno de ellos, su horario, su antigüedad, su tipo de contrato, su salario, su categoría y jornada semanal, especificándose que esta información es la facilitada en fecha 16/09/2015, por la actual contratista.

El punto 24 de la carátula del PCAP señala lo siguiente:

«En el Anexo XI se posibilita la información facilitada por la actual adjudicataria del contrato de limpieza de la estación de autobuses, en cumplimiento del artículo 120 TRLCSP. Corresponde a quien resulte adjudicatario de este contrato obtener, en su momento, la información necesaria del actual contratista, y es responsabilidad exclusivamente suya, dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del convenio aplicable incluido el deber de subrogación, respecto a los trabajadores a los trabajadores en que proceda, sin que el incumplimiento de la obligación del adjudicatario pueda afectar en ningún caso a este Ayuntamiento.»

Este OARC / KEAO, en relación con el alcance y contenido del artículo 120 TRLCSP, en su Resolución 44/2014 ha manifestado lo siguiente:



Por lo que se refiere a las alegaciones del recurrente sobre el incumplimiento del artículo 120 TRLCSP, debe recordarse que, en relación con el alcance del citado precepto, este órgano resolutorio ha señalado (Resoluciones 17/2013, 91/2013, 118/2013, 3/2014 y 23/2014) que la finalidad del art. 120 TRLCSP es la de incluir en los pliegos del contrato información sobre las condiciones de subrogación con el fin de que los eventuales licitadores dispongan de la información suficiente sobre los costes laborales para preparar su oferta económica y, asimismo, que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con las normas laborales o convenios colectivos. Por ello, no corresponde al órgano de contratación realizar o pactar pronunciamientos con efectos constitutivos sobre la existencia y alcance de la obligación de subrogación la cual, de existir, se producirá al margen de lo que los pliegos señalen al respecto. No obstante, la información que figure en el PCAP ha de ser veraz y acorde con el principio de transparencia (artículo 1 TRLCSP) pues, de un lado, los órganos de contratación deben cuidar que el precio del contrato sea el adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe (art. 87 TRLCSP) y de otro, el cálculo del precio ofertado por los licitadores se basará, entre otros conceptos, en dicha información. Ello obliga al poder adjudicador a verificar la información facilitada por la empresa saliente antes de incluirla en los pliegos que rigen el contrato, y posibilita que este órgano resolutorio pueda revisar el cumplimiento del artículo 120 TRLCSP.

En el supuesto concreto que se plantea se observa lo siguiente: (I) el poder adjudicador ha señalado expresamente en las bases del contrato que la información que figura en el Anexo XI sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores es la facilitada con fecha 16 de septiembre de 2015 por la empresa que actualmente presta los servicios objeto del contrato ahora recurrido (II) el recurrente no aporta prueba alguna de que esta información no sea veraz más allá de ciertos cálculos que son estimaciones de la empresa recurrente sobre el número de trabajadores que procedería subrogar (III) la subrogación será exigible en los términos exigidos por el convenio colectivo y respecto de los sujetos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación (IV) las condiciones en las que deba producirse la subrogación no las fija el pliego de condiciones, sino el Convenio Colectivo aplicable (V) la obligación de verificación de la información por el poder adjudicador no puede llegar al



extremo de señalar en el PCAP, porque no es ni su objeto ni finalidad, los contratos de trabajo respecto de los cuales se ha de subrogar la nueva adjudicataria (VI) la recurrente, como operador económico razonablemente informado y normalmente diligente, que concurre con regularidad a contratos públicos y opera en el ámbito de los servicios de limpieza, deberá saber el alcance de su obligación a la vista de la información facilitada que, en el caso de la relacionada en el Anexo XI del PCAP impugnado, es transparente y suficiente.

La conclusión que se deriva de todo ello es que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, ha dado cumplimiento al art. 120 TRLCSP y que debe decaer este motivo impugnatorio.

SÉPTIMO: En el segundo de los motivos impugnatorios se denuncia que los costes laborales directos que ha de soportar el contratista según los pliegos son claramente desproporcionados por lo que se debería arbitrar un presupuesto base de licitación suficiente, construido sobre la base de que los costes laborales del personal a subrogar representen, al menos, el 80 % de aquél. En suma, se alega incumplimiento del artículo 87.1 del TRLCSP, que exige que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado.

En su Resolución 64/2013, este OARC / KEAO se pronunció sobre el alcance y sentido de esta exigencia 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 contradecía 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 las Resoluciones 81/2014 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y 222/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Bajo la premisa de estos criterios, debe comprobarse si se ha acreditado o no que la fijación del precio es, en los términos expuestos, incorrecta, y este análisis ha de comenzar del hecho de que el órgano de contratación justifica el señalamiento del presupuesto base de licitación del contrato cuyos pliegos se impugnan (176.000,00 €, sin IVA) en que, siendo las prestaciones demandadas similares a las demandadas en la anterior licitación, se ha partido del presupuesto de licitación de ésta (177.544,23 €, sin IVA), a la cual concurrieron un total de 15 empresas, entre ellas la recurrente, sin que ninguna de ellas impugnara los pliegos de la licitación y efectuando unas bajas sobre el presupuesto de licitación de entre el 10% y el 27,31%, siendo la de la



recurrente la segunda baja más elevada con un 25% sobre el presupuesto de licitación, justificando el poder adjudicador la diferencia de 1.544,23 €, en que en los pliegos impugnados no se exige la limpieza de techos de madera. Esta circunstancia permite razonablemente descartar que la estimación del precio pueda impedir la concurrencia.

Por otro lado, la apertura de procedimientos sancionadores a la actual prestadora de servicios no prueba que en su día se estimara incorrectamente el presupuesto de licitación pues dicha adjudicación se efectuó con un 27,31 % de baja sobre el presupuesto de licitación y, tal y como afirma el poder adjudicador, los incumplimientos se deben a una mala praxis de la empresa adjudicataria.

Tampoco puede prosperar el argumento de que el presupuesto de licitación debe formularse sobre la base de que los costes laborales del personal a subrogar representen, al menos, el 80 % de aquél pues debe tenerse en cuenta que el coste estimado de personal en aplicación del Convenio Colectivo aplicable no puede ser tenido en cuenta como determinante a efectos de considerar el precio del contrato como insuficiente (por todas, Resolución TACRC nº 782/2015).

OCTAVO: El reproche de incoherencia interna de los pliegos también ha de ser desestimado pues, como bien afirma el poder adjudicador, la obligación que tiene el adjudicatario de incorporar al menos un 20% de personas desempleadas que se encuentren en especial dificultad para acceder al empleo hay que interpretarla junto con la cláusula 37.1.2 del PCAP, en cuyo párrafo tercero se prevé la modulación de esta condición en el caso de que la adjudicataria se deba subrogar en relaciones laborales preexistentes, debiendo ésta motivarlo y justificarlo.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47. 2 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 del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el 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 empresa GUREAK GARBITASUNA, S.L.U. contra los pliegos del contrato de servicios de limpieza, de mantenimiento y de conservación de la estación de autobuses de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: 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

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, 2015eko azaroaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de noviembre de 2015