



EB 2022/080

Resolución 136/2022, de 13 de septiembre, 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 empresa AUZO LAGUN, S. COOP. contra los pliegos de los contratos de “Servicio de comedores escolares, suministro de productos de alimentación y materias primas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de modalidad in situ”, tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de mayo de 2022, la empresa AUZO LAGUN, S. COOP. (en adelante, AUZO LAGUN) interpuso, 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 especial en materia de contratación contra los pliegos de los siguientes contratos de “Servicio de comedores escolares, suministro de productos de alimentación y materias primas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de modalidad in situ”, tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

- Expediente C02/003/2022 (Bizkaia)
- Expediente C02/004/2022 (Gipuzkoa)
- Expediente C02/005/2022 (Araba)





SEGUNDO: El día 18 de mayo se remitió el recuso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 en este Órgano el día 25 de mayo.

TERCERO: Con fecha 30 de mayo, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 15/2022, por la que se suspende cautelarmente el procedimiento de adjudicación, pero no el plazo de presentación de ofertas.

CUARTO: Trasladado el expediente a los interesados el día 3 de junio, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de L.R.G. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 c) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros (ver el artículo 18.1 a) de la LCSP).

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la 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, 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.

SEXTO: Alegaciones del recurso

En síntesis, el recurso se basa en las siguientes alegaciones:

a) Los pliegos recogen incorrectamente el coste salarial real del personal adscrito al contrato porque no se han tenido en cuenta las tablas salariales del convenio colectivo aplicable para el año 2022, ya vigentes en el momento de publicación de la convocatoria, sino las de 2021; en concreto, no se ha recogido el incremento del 0,5% acordado por la Comisión Paritaria de Seguimiento y Garantía de dicho convenio y que afecta al personal auxiliar, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco (BOPV) número 33, de 15/2/2022, ni el incremento del 2% fijado por un nuevo acuerdo de dicha Comisión de fecha 28/3/2022. Estas circunstancias tienen un fuerte impacto en la economía del contrato, habida cuenta de su duración (hasta 50 meses), de que no hay revisión de precios, de que se trata de una actividad intensiva en mano de obra y de la actual situación de inflación provocada por el COVID – 19 y la guerra de Ucrania. La recurrente cifra la diferencia en 772.167,52 euros para el contrato de Bizkaia, 309.122,92 euros para el de Gipuzkoa y 140.870,40 euros para el de Álava.



- b) Lo expuesto en el apartado 1) anterior infringe los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP porque supone que el Presupuesto Base de Licitación (en adelante, PBL) no es adecuado a los precios de mercado por no incluir los costes laborales derivados del convenio colectivo aplicable.
- c) Finalmente, se solicita lo siguiente:
- (i) Anular y dejar sin efecto el cálculo del PBL, así como del valor estimado y los precios unitarios previstos en las Cláusulas Específicas 3, 4 y 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y de las demás condiciones y cláusulas de contenido económico derivadas de los mismos.
 - (ii) Ordenar la retroacción de actuaciones al momento anterior a la aprobación de los expedientes de contratación para que se elaboren unos nuevos pliegos y se convoquen nuevas licitaciones con un precio / hora que tenga en cuenta los costes salariales y la antigüedad establecidos en el convenio colectivo aplicable.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

- a) El 40, 51% del PBL se refiere al suministro de las materias primas necesarias para la elaboración de los menús en los centros escolares; el recurso no acredita la insuficiencia de esta cifras, más allá de una alegación genérica al incremento de los costes de materia prima, energía y aumento del IPC por el impacto del COVID 19 y la guerra de Ucrania.
- b) Se alega que, si bien es cierto que el incremento salarial del 0,5% se publicó en el Registro de Convenios (REGCON) y en el BOPV antes de la fecha de envío del anuncio de licitación al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y de la



publicación en el Perfil del Contratante, el nuevo acuerdo de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo, de 28 de marzo, que recoge un incremento salarial del 2%, no consta como inscrito o publicado, por lo que no produce efectos frente a terceros.

c) Por otro lado, el poder adjudicador afirma que el cálculo de los costes salariales parte de las tablas para el año 2021 incluye partidas calculadas con excesos que compensan la diferencia señalada por la recurrente:

- La estimación del plus de permanencia a partir de la consideración de que todos los efectivos adscritos al contrato tendrán desde el primer momento cuatro trienios.
- La estimación de los gastos generales de estructura en un 13% sobre la suma de salario base, plus de permanencia, seguridad social y sustituciones.
- La estimación del coste de sustituciones en un 10%, porcentaje basado en las bajas por contactos estrechos por COVID -19, cuando en la actualidad ya no se da esa circunstancia.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso se basa en la alegación de que el PBL fijado para los contratos no se ajusta al mercado porque no incluye correctamente los costes laborales derivados del convenio colectivo aplicable. A la vista de las alegaciones de las partes y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO, las cuales conducen a la íntegra desestimación del recurso:

- 1) En relación con el mandato legal de que el precio del contrato o el presupuesto base de licitación (PBL) sean adecuados al mercado (ver, en especial, los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP), este Órgano ha venido señalando (ver, por todas, la Resolución 113/2022) que el poder



adjudicador dispone de un margen de discrecionalidad para determinar ambas magnitudes, y que corresponde a quien impugna dicha determinación la carga de probar, más allá de las vicisitudes del mercado, que bajo las condiciones económicas propuestas no cabe esperar una concurrencia suficiente y no está garantizada la correcta ejecución del contrato.

- 2) Más allá de una genérica alusión al incremento de los costes de las materias primas y del Índice de Precios al Consumo producto de la actual coyuntura económica, cuya relevancia para el específico caso analizado ni se cuantifica ni se detalla, AUZO LAGUN basa su recurso en el incorrecto cálculo de los costes laborales, parte importante del coste de la prestación contratada. En concreto, afirma que no se han tenido en cuenta las tablas salariales de 2022, ya vigentes en el momento de publicación de la convocatoria, sino las de 2021. Por su parte, el poder adjudicador admite que, a 25 de abril de 2022, fecha de envío del anuncio de la licitación al Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), y a 27 de abril, día de la publicación en el Perfil del Contratante, ya se había publicado en el Registro de Convenios Colectivos (REGCON) y en el Boletín Oficial del País Vasco (BOPV) el incremento salarial del 0,5% alegado por la recurrente. No obstante, la Administración alega también que, a la fecha de firma del informe de respuesta al recurso (25 de mayo), no consta ni inscripción en el REDCON ni publicación en el BOPV del incremento del 2%, igualmente invocado en el recurso; por ello, el órgano de contratación no pudo tomar en consideración dicho incremento en el momento de fijar el PBL y al poder adjudicador, que tiene la condición de tercero respecto al acuerdo que modificó las tablas salariales, no le puede afectar dicho acuerdo.
- 3) De acuerdo con los cálculos del propio recurrente, la diferencia entre el “coste real” del contrato invocado y el calculado en los pliegos por el poder adjudicador es el siguiente (IVA excluido):



- Álava: 140.870,40 euros de incremento sobre los 8.852.239,44 euros estimados en los pliegos (1,59%)¹.
 - Bizkaia: 772.167,52 euros de incremento sobre los 45.338.272,67 euros estimados en los pliegos (1,70%)².
 - Gipuzkoa: 309.122,92 euros de incremento sobre los 19.113.822,07 euros estimados en los pliegos (1,61%)³.
- 4) Las alegaciones de la Administración sobre el incremento del 2% deben aceptarse. Este acuerdo de 6 de abril de 2022, del Director de Trabajo y Seguridad Social, fue publicado en el BOPV y en el REGCON el día 1 junio de 2022, esto es, con posterioridad a la fecha de elaboración del informe del poder adjudicador de contestación al recurso especial. El artículo 100.2 de la LCSP establece que el mandato de adecuación al precio de mercado se refiere al momento de elaboración del PBL (en el mismo sentido, ver el artículo 102.3 de la LCSP). Consecuentemente, no cabe imputar al poder adjudicador incumplimiento alguno si en dicho momento (necesariamente anterior a la aprobación de los pliegos y de la publicación del anuncio de licitación) no le constaba, mediante publicidad registral o en el BOPV o por cualquier otro medio un convenio o acuerdo que alterara el coste laboral del contrato.
- 5) Por lo que se refiere al incremento del 0,5%, derivado de la aplicación de un convenio colectivo vigente no tenido en cuenta por la Administración, deben considerarse las alegaciones de esta última en el sentido de que la diferencia de costes alegada por la recurrente puede compensarse por

¹ 1,591353249703783%

² 1,703125140254709%

³ 1,617274236769119%



otras partidas contempladas en el desglose del PBL calculadas al alza con base en criterios de prudencia (sustituciones, antigüedad, etc.).

- 6) Finalmente, este OARC / KEAO considera especialmente relevante el hecho de que un total de once empresas han presentado ofertas a los tres contratos impugnados; concretamente, para todos los lotes de los tres contratos (22 en total) se han presentado cuatro (en un lote), ocho (en ocho lotes), nueve (en ocho lotes) y hasta diez proposiciones (en cinco lotes). Esta circunstancia es un claro indicio de que los operadores económicos no consideran inadecuado el precio contractual y evidencia que las condiciones propuestas por la Administración no han impedido la concurrencia a las licitaciones. Téngase en cuenta que, en última instancia, el “precio de mercado” no es el resultado de un cálculo o desglose de costes, siempre estimativo y sujeto a fluctuaciones, sino el precio en el que efectivamente formalizan sus transacciones mercantiles compradores y vendedores, y en este caso parece claro que estos últimos se proponen contratar a partir de las bases económicas fijadas por el poder adjudicador; asimismo, es significativo el hecho de que la propia AUZO LAGUN ha presentado oferta a un total de once lotes pertenecientes a los tres contratos recurridos, lo que resta credibilidad a su impugnación, pues ninguna empresa aspira a un negocio si no lo considera ventajoso (ver, por ejemplo las Resoluciones 64/2013, 69/2016 y 64/2017 del OARC / KEAO y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1/2/2018, número 28/2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:916 y de 27/9/2018, número 284/2018, ECLI: ES:TSJPV:2018:2725).
- 7) A la vista de lo expuesto en los apartados 4), 5) y 6) anteriores, así como del escaso porcentaje de diferencia en el que se basa el recurso (entre el 1,59% y el 1,70% del PBL impugnado), este Órgano entiende que no puede considerarse probado, más allá de los márgenes de incertidumbre propios de cualquier cálculo estimativo, que el precio no sea ajustado al mercado.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AUZO LAGUN, S. COOP. contra los pliegos de los contratos de “Servicio de comedores escolares, suministro de productos de alimentación y materias primas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de modalidad in situ” de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

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

TERCERO: 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, 2022ko irailaren 13a
Vitoria-Gasteiz, 13 de septiembre de 2022