



EB 2020/121

Resolución 172/2020, de 11 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MOLATU PRODUKZIOAK, S.L. contra la exclusión de su oferta y adjudicación del contrato “Servicio para la organización de las actividades socio-culturales que se realizan en el Cine Leidor de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 12 de agosto de 2020 tuvo 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 recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa MOLATU PRODUKZIOAK, S.L. (en adelante, MOLATU) contra la exclusión de su oferta y adjudicación del contrato “Servicio para la organización de las actividades socio-culturales que se realizan en el Cine Leidor de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

SEGUNDO: El mismo día 13 de agosto se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación 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). Dicha documentación se recibió el día 17 de agosto.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 18 de agosto, se han recibido el día 25 de agosto las alegaciones de FACTORY LOGISTICA, S.L. (en adelante, FACTORY), adjudicataria impugnada, y con fecha 26 de agosto las de HTK FILM, S.L. (en adelante, HTK).

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 23/2020, de 3 de septiembre, este OARC / KEAO ha adoptado la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de E.U.A que actúa en nombre de la recurrente.

En lo que se refiere a la legitimación activa, en el epígrafe “1.- Suspensión en la tramitación del procedimiento” del informe de contestación al recurso el poder adjudicador viene a defender que el acto recurrido es únicamente el de exclusión, no el de adjudicación, que se ha dictado en acto separado, y basándose en la Resolución 208/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a la cual se remite, manifiesta la falta de legitimación activa para recurrir el acto de adjudicación del licitador que hubiera sido excluido del procedimiento de contratación.

A este respecto se debe tener en cuenta que la doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 220/2019) reconoce legitimación para impugnar la adjudicación al licitador excluido mientras esta decisión no sea firme y del éxito de su pretensión se derive un beneficio efectivo. En el supuesto que nos ocupa concurren los dos requisitos: en lo que respecta al primero, la decisión de exclusión no es firme porque el recurso cuya resolución nos ocupa impugna el acuerdo de la exclusión de su oferta y, en lo que respecta al segundo, la



estimación de la pretensión del recurso podría significar que el contrato le fuera adjudicado. Igualmente, debe tenerse en cuenta que la exclusión de MOLATU se formalizó antes del acto de adjudicación, mediante el Decreto 2020/1175, de 24 de julio, que ofrece erróneamente la vía del recurso de reposición en el plazo de un mes, por lo que, según una reiterada doctrina el recurso especial debe entenderse interpuesto en plazo cualquiera que sea el momento en el que se produzca dicha interposición (ver, por todas, la Resolución 64/2019 del OARC / KEAO); en todo caso, dado que el recurso se presentó el 12 de agosto, se satisface el plazo de quince días previsto en el artículo 50.1 c) de la LCSP. Consecuentemente, no cabe negar la legitimación activa a MOLATU PRODUKZIOAK S.L. para interponer el presente recurso especial en materia de contratación frente a los acuerdos de exclusión y de adjudicación del contrato de servicio para la organización de las actividades socio-culturales que se realizan en el Cine Leidor de Tolosa.

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

El artículo 44.1 a) 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.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2. b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en 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, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.». Por su parte, el apartado c) del referido artículo señala que podrán ser



objeto de recurso: «Los acuerdos de adjudicación». La parte recurrente impugna los acuerdos de exclusión y adjudicación.

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, el Ayuntamiento de Tolosa tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) El parámetro de anormalidad establecido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares se ha aplicado incorrectamente sobre el presupuesto de licitación en lugar de hacerlo sobre la media de las ofertas presentadas.
- b) La exclusión de la recurrente es arbitraria porque excede del margen de discrecionalidad que corresponde al órgano de contratación y porque las razones en las que motiva la exclusión no justifican la inviabilidad de la oferta.
En concreto:
 - Se alega infracción del convenio colectivo porque el coste hora señalado por la recurrente de 11,31 €/hora es inferior al establecido para la categoría profesional de “Encargado”. No obstante, ni el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) ni el



Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) especifican que en el equipo adscrito al contrato deba constar esta categoría profesional. La alegación de que en los datos empleados por el poder adjudicador para el cálculo del valor estimado se incluye al técnico de iluminación y sonido en la categoría de “Encargado” no figuran en dichos documentos. Por otra parte, resulta de aplicación la doctrina del TACRC de que no resulta admisible la exclusión del procedimiento de un licitador cuya única causa sea que su oferta está por debajo del coste fijado en un convenio colectivo.

- La información que el acuerdo de exclusión atribuye a la justificación de la oferta anormalmente baja ya se contenía en la memoria técnica que fue altamente valorada, por lo que la MOLATU en su justificación no ha modificado la oferta.
- En lo relativo a la supuesta infracción de la normativa sobre subrogación de trabajadores en el caso de la taquillera porque le estaría aplicando una baja del 24,85 %, se afirma que los cálculos del Ayuntamiento son incorrectos porque se basan en un error cometido en su día por MOLATU al facilitar la información a la que se refiere el artículo 130 de la LCSP tal y como se acredita con el certificado que se adjunta con el recurso en el que se manifiesta que su salario bruto por hora es de 11,08 €.

c) Finalmente, solicita la revocación de la exclusión y la anulación de la adjudicación acordada, ordenando la retroacción de actuaciones a fin de que se admita la oferta e MOLATU, se valore su oferta económica junto con las demás ofertas admitidas y se adjudique el contrato a la oferta económicamente más ventajosa.



SÉPTIMO: Alegaciones de FACTORY y HTC

FACTORY afirma que su oferta se ha efectuado basándose en los datos que figuraban en los pliegos de la licitación y de saber que el salario de uno de los trabajadores a subrogar era inferior al señalado, tal y como manifiesta MOLATU en su recurso, podría haber efectuado una oferta económica más baja y resultar la oferta más ventajosa. Por su parte, HTC alega que el precio que ha ofertado ha ido en consonancia a los requerimientos del concurso, por lo que todo aquel que haya realizado una bajada de precios sin cumplir todos los requisitos exigidos en el pliego administrativo debe de quedar automáticamente excluido de la licitación.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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

- a) No cabe cuestionar el umbral de anormalidad, pues la presentación de las proposiciones supone su aceptación incondicional. No obstante, no se puede alegar que no es claro y que su aplicación no es transparente ya que es una transcripción literal de lo establecido en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP)
- b) La recurrente ha incurrido en incongruencias flagrantes al intentar justificar su baja, que han puesto de manifiesto que su oferta vulnera lo exigido en los pliegos de la licitación. En el DEUC de la recurrente se adscriben a cuatro personas para la ejecución del contrato, pero en el momento de la justificación de la oferta se incluyen trabajadores que no estaban en el DEUC: el técnico de iluminación se sustituye por responsable de sala, que no se solicita, los auxiliares pasan a ser responsables de sala y proyccionista, tampoco exigido



en los pliegos, de tal forma que no existe forma de saber qué documentación es la que se ajusta a la realidad y, por tanto, la que se debe valorar.

c) La recurrente ha utilizado en repetidas ocasiones el salario de la taquillera, único personal a subrogar y cuyos datos económicos fueron facilitados erróneamente por la recurrente en aplicación del artículo 130 de la LCSP, para justificar sus intereses. No obstante, este “error” ha ocasionado una posición de ventaja de MOLATU respecto de las otras dos licitadoras, pues ha podido efectuar una oferta económicamente más baja al contar con los datos reales, que no ha puesto de manifiesto.

d) En resumen, la recurrente (i) menciona como responsable de sala a doña L.O.R., que no fue citada en el DEUC en el que se afirma, además que no se subcontratarán los trabajos, (ii) incumple los salarios del convenio colectivo, ya que a todo el personal se le aplicará un salario de 11,31 €, (iii) se incumpliría la normativa sobre subrogación del personal, ya que al salario del taquillero se le ha aplicado un descenso del 24,85 % y (iv) ha aportado documentación falsa que le ha beneficiado en su proposición y que le ha dado una posición de ventaja desleal frente al reto de las licitadoras.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación, que por no haber sido impugnados en tiempo y forma vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES QUE HA DE REGIR EN EL CONTRATO DE SERVICIOS PARA LA ORGANIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES SOCIOCULTURALES QUE SE REALIZAN EN EL CINE LEIDOR DE TOLOSA, A ADJUDICAR POR PROCEDIMIENTO ABIERTO

(...)

ANEXO I CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

(...)

12.- Concreción de las condiciones de solvencia. (Cláusula 17 y 28)



De conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.1 LCSP los licitadores deberán indicar en su oferta, el nombre y la cualificación profesional de las personas responsables de ejecutar la prestación objeto del contrato, para lo cual deberán rellenar el apartado correspondiente del DEUC y que habrá que incluir en el sobre A:

- un/a técnico de iluminación y sonido
- un/a taquillero/a
- dos auxiliares en trabajos de acomodador, cargas y descargas, mantenimientos básicos y apoyo técnico.

(...)

20.- Ofertas anormalmente bajas. (Cláusulas 20 y 24)

Procede: Sí.

Criterios de adjudicación y designación de los parámetros objetivos que permiten identificar que una oferta se considera anormal:

Criterio	Parámetros que permitan identificar que una oferta se considera anormal
Precio	Se considerarán, en principio, como desproporcionadas o anormales las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos: a) Cuando, concurriendo una sola licitadora, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 20 unidades porcentuales. b) Cuando concurren dos licitadoras, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta. c) Cuando concurren tres o más licitadoras, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales. d) En todo caso tendrán la consideración de desproporcionadas o anormales las ofertas que vulneren la normativa sobre subcontratación o no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP. Para la valoración de las ofertas como desproporcionadas o anormales, la Mesa de contratación tendrá en cuenta la Memoria Justificativa de la oferta presentada por la empresa y podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.

(...)



ANEXO VIII

INFORMACIÓN SOBRE LAS CONDICIONES DE LOS CONTRATOS DE LOS TRABAJADORES A LOS QUE PUDIERA AFECTAR UNA POSIBLE SUBROGACIÓN, AL OBJETO DE PERMITIR UNA EXACTA EVALUACIÓN DE LOS COSTES LABORALES. ESTA INFORMACIÓN SE FACILITA EN CUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 130 LCSP

Aplikagarria den lan-hitzarmena / Convenio colectivo aplicable: Exhibición Cinematográfica Domestica 2002-2003

Trabajador	Categoría	Tipo de contrato	Jornada	Fecha antigüedad	Vencimiento del contrato	Salario bruto anual	Otros pactos
N	Sarrera saltze aretozerin	300	18 horas/sem	2017.05.04	F130 DISCONTINUO	13.024,80	

La primera de las cuestiones que plantea el recurso es la de que el parámetro de anormalidad fijado en el punto 12 del Anexo I del PCAP es confuso y oscuro y que, en todo caso, debería haber sido aplicado de forma distinta a como lo ha hecho el poder adjudicador si bien la recurrente deja claro que su pretensión no es la de interponer un “recurso indirecto” contra los pliegos. El análisis del recurso debe comenzar por este motivo, ya que una eventual estimación de este argumento haría innecesario entrar en el resto de los motivos impugnatorios, pues supondría que la oferta de la recurrente no se halla en sospecha de anormalidad conforme al parámetro establecido en el PCAP.

a) Sobre el parámetro de temeridad establecido en el PCAP

Alega la recurrente que para determinar la supuesta anormalidad de su oferta se ha aplicado el último inciso de la letra c) del apartado 20 del Anexo I “Cuadro de características” del PCAP el cual dispone que “En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales”; estipulación que considera confusa por entender que dicho porcentaje de baja no especifica si ha de serlo respecto del presupuesto base de licitación o de la media aritmética de las ofertas presentadas y que, en cualquier caso, la interpretación debería ser ésta última a la vista de lo dispuesto en el artículo 149.2. a) y b) de la LCSP. A tal efecto, se ha de partir, en contra de lo alegado por la recurrente,



que la redacción de esta cláusula es en lo sustancial igual a la del artículo 85.3 del RGLCAP; no obstante, interesa señalar que su fuerza vinculante para las partes no es de origen legal, sino contractual, es decir, no obliga una norma jurídica (la LCSP se remite al desarrollo reglamentario, y solo en defecto de mención expresa en los pliegos, para los parámetros de anormalidad de los contratos adjudicados con base exclusiva en el precio más bajo, que no es el caso), sino la carátula del PCAP como documento contractual, tal y como la ha redactado el órgano de contratación y la han consentido los licitadores. Pues bien, este OARC/ KEAO se ha pronunciado en su Resolución 22/2020 respecto a una alegación sustancialmente similar a la que nos ocupa, en los siguientes términos:

- 1) En primer lugar, no cabe aceptar la alegación de que los pliegos no establecen que la diferencia de 25 puntos porcentuales deba calcularse con base en el presupuesto de licitación. Este Órgano entiende que esa es precisamente la interpretación correcta porque su única alternativa, entender que el término de comparación de la citada diferencia es la media de las ofertas, corregida o no, convierte el inciso, concebido como “cláusula de cierre” para considerar como sospechosas de anormalidad ofertas que, de otro modo, no tendrían esta condición (como denota la expresión “en todo caso”), en superfluo. Téngase en cuenta que, dado que la regla general o de primera aplicación es la incursión en sospecha de anormalidad de las ofertas inferiores a la media en más de diez puntos porcentuales, las bajas superiores a las 25 unidades porcentuales ya están necesariamente comprendidas en ella.
- 2) No cabe ahora entrar a delimitar si el parámetro de anormalidad establecido en los pliegos se ajusta o no a LCSP y, en concreto, si dicho parámetro debe calcularse siempre con base en el “conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado”, como establece el artículo 149.2 a) de la LCSP; las alegaciones en esta línea deben considerarse extemporáneas por achacar a los pliegos vicios de legalidad que debieron hacerse valer mediante su impugnación en el plazo autónomo concedido para ello. Por lo mismo, tampoco cabe integrar la supuesta duda interpretativa (que, como se ha dicho en el número 1) anterior, no existe) acudiendo al citado precepto.

Consecuentemente, se puede afirmar que el poder adjudicador ha aplicado correctamente el parámetro de temeridad establecido en el apartado 20 del



Anexo I del PCAP y que, por consiguiente, la oferta de la recurrente se halla incurso en una sospecha inicial de temeridad.

b) Sobre el procedimiento de apreciación de la anormalidad de la oferta

El análisis de la viabilidad de la impugnación debe partir del contenido de los actos fundamentales del procedimiento de verificación de la anormalidad de la oferta previsto en el artículo 149 de la LCSP, que son los requerimientos de justificación de la oferta efectuados por el poder adjudicador, las justificaciones aportadas por la recurrente y, finalmente, los motivos de exclusión de la oferta.

Requerimientos de justificación de la oferta y justificaciones de la recurrente

I.1.- Primer requerimiento, de 10 de marzo de 2020

“SPKLren 149. artikuluan xedatutakoaren arabera, MOLATU PRODUKZIOAK, S.L. (B-75036939) enpresari eskatzea, gehienez ere 5 egun balioduneko epean, errekerimendua jaso eta hurrengo egunetik zenbatzen hasita, eskaintzaren anormaltasuna (fabrikazio-prozesua ahalbidetuko duen aurrezpena, hartutako soluzio teknikoak, hornidurarako originaltasuna, balizko laguntzak, etab.) zehazteko erabili dituen parametroak arrazoituta eta xehatuta justifikatu eta xehatu ditzan, ondorio horietarako egokiak diren informazioa eta dokumentuak aurkeztuz.”.

I.2.- Justificación aportada por la recurrente

A. ORDU XEHATZEA

(...)

Sarreradun Zine Saioak: guztira 8,5 ordu.

- Lehiatila arduraduna 2 orduz.

- Areto arduraduna 3,5 orduz.

- Proiektionista 3 orduz.

Sarrera gabeko zine saioak: guztira 6 ordu.

- Areto arduraduna 3 orduz.

- Proiektionista 3 orduz.

Satelite bidezko saioak: guztira 15,5 ordu.



- Lehiatila arduraduna 2 orduz.
- Areto arduraduna 7 orduz.
- Proiektionista 6,5 orduz

B. LAN KOSTUAK

Molatuk erabakia hartu du hitzarmenean jasotako soldatak hobetzeko, eta horregatik, orduko 11 euro ordainduko die langileei. Soldata kostua eta gizarte segurantzaren kostuak kontutan harturik, beraz, orduko kostua enpresarentzat 15 eurokoa litzake.

(...)

II.1.- Segundo requerimiento, de 16 de junio de 2020

- Eskaintza ekonomikoaren anormaltasuna zehazteko oinarritzat hartu dituen parametroak.
- Identifikatu izen eta abizenekin kontratuaren xedeaosatzen duten bost jarduera guztiei (sarreradun zinema, sarrerarik gabeko zinema, satellite bidezko saioak, hirugarrenen beste ekitaldi eta jarduera batzuk) atxikiko dien giza baliabide guzti-guztiak, lizitazioa arautzen duten agirietan eskatzen denarekin bat etorritik. Horrez gain, jarduera bakoitzean bakoitzak zenbat ordu izango dituen zehaztu beharko du.
- Argitu kontratuaren xedeaosatzen duten jarduerak gauzatzeari adskribatuko dizkion giza baliabideen kopuruan dauden aldeak, lizitazioa arautzen duten agirietan eskatutakoarekin eta A, B eta C gutun-azaletan jasotako dokumentuetan adierazitakoarekin alderatuta, bai eta ohiz kanpoko bajaren justifikazioan adierazitakoarekin alderatuta ere. Zehazkiago, zehaztu, definitu eta justifikatu, argi eta zehatz, honako hau:
 - Sarrera duten zinema-saioetarako, pleguetan eskatutako lau langileko gutxienekoa nahikoa ez dela uste izateko arrazoiak bosten bat atxikitzea planteatzen du, eta, aldi berean, hiru baino ez ditu justifikatzen ezohiko bajaren justifikazioan.
 - Sarrerarik gabeko zinema-saioetarako, EKAB agirian esaten da eskatutako langileak atxikiko direla, memoria teknikoan hiru justifikatzen dira eta ezohiko bajaren justifikazioan bi baino ez dira aurkezten.
 - Bai Leidorreko ekitaldietarako, bai hirugarrenek antolatutako ekitaldietarako, langile bat eta lanordu bat baino ez ditu justifikatzen, pleguetan gutxienez lau eskatzen direnean.
 - Kuantifikatu eta zehaztu, kontratuaren xedeaosatzen duten jarduera guztietarako, adskribatuko dituen giza baliabide guzti-guztietan ordainduko dien urteko soldata gordina (soldata-kontzeptu guztiak barne).
 - Argi eta zehatz zehaztea, kontratuaren xedeaosatzen duten jarduera guztietarako, enpresa bere eskaintza egitera eraman zuten kostu unitarioak lortzeko kontuan hartutako osagai ekonomiko guztiak (soldatak, industria-etekina, kostu orokorrak,



etab.), aurretik aurkeztutako dokumentazioaren arabera eta pleguetan jasotako erreferentziako gehieneko unitateko-prezioaren arabera.

- Justifikatu argi eta zehatz txarteldegiko eginkizunak betetzen dituen pertsonarekiko urteko soldata gordina, urtean lan egindako aste-kopurua eta astean lan egindako ordu-kopurua. Hori guztia Tolosako Leidor zineman MOLATU PRODUKZIOAK, S.L. (B-75036939) enpresarentzat egindako zereginei eta funtzioei soilik erreferentzia eginez, eta ez beste enpresa batzuekin edo enpresa berarekin beste lantoki batzuetan izan ditzakeen kontratuei buruz

- Justifikatu nola garatuko den memoria teknikoaren 33. orrialdean azaldutakoa (kronograma atala), esaten duenean 9:30ean lau muntatzaileak bat egingo dutela antzokian, pleguetan mota horretako lanak egiteko 2 pertsona baino eskatzen ez direnean, eta baja anormala justifikatzeko orduan, kasurik onenean, 3 langile baino justifikatu ez dituztenean.

- Azkenik, enpresak justifikatu beharko du nola egingo duen bateragarri arestian aipatutako guztia, bai eta ohiz kanpoko bajaren justifikazioan adierazitakoa ere, memoria teknikoaren 49. Orrialdean adierazitakoarekin (organigrama atala); izan ere, haren ustez, Leidorren zerbitzu ona emateko ez dira nahikoak Udalak eskatzen dituen lau langileak, eta bost atxikiko ditu.

II.2.- Justificación aportada por la recurrente

(...)

Langilearen soldata brutoa orduko: 11,31€

LANGILEARI DESKONTATZEN ZAIONA:

- %6,40 gizarte segurantzaz: 0,72 €

- %2 IRPF: 0,23 €

ENPRESAREN KONTURA GIZARTE SEGURANTZA %32,60: 3,69 €

Beraz, koste totala 11,31 € + 3,69 € = 15,00 € orduko

Saio/ordu kopurua:	340	15	10	1500	310						
	Zinea	Zinea Sarrera gabe	Satelite	Orduak Zinea	Orduak Hirugarrenak	Guztira Zineko orduak	Guztira Zinea Sarrera Gabe orduak	Guztira Satellite orduak	Guztira Orduak (Zinea+hirugarrenak)	Urteko Orduak Pertsonako	Soldata Urtekoa
	2		2	450	100	680		20	550	1250	14137,5
		3	2.5	550	110	0	45	25	660	730	8256,3
	3.5		4.5	0		1190	0	45	0	1235	13967,85
	3		4.5	0		1020	0	45	0	1065	12045,15
		3	2	500	100	0	45	20	600	665	7521,15



Motivos de exclusión de la oferta

Resumidamente, en lo que respecta al Convenio colectivo, la recurrente dice aplicar el “Convenio Colectivo local de Donostia-San Sebastián para las actividades de exhibición cinematográfica 2002-2003”, cuando su ámbito territorial, personal y funcional está limitado a Donostia-San Sebastián. En todo caso, incumple el convenio en lo concerniente al salario de la encargada.

Se aprecian contradicciones entre la oferta y la documentación justificativa de la baja efectuada que son (i) en la documentación justificativa de la baja figura una quinta persona que no consta en el DEUC, (ii) en la justificación se cambia la denominación y la cualificación personal que no concuerdan con el PCAP (proyeccionista, responsable de sala...), desapareciendo las denominaciones de técnico en iluminación y sonido y auxiliar, no justificándose la equivalencia entre unas y otras, (iii) en el DEUC no figura la trabajadora doña L.O.R., que si figura en la justificación de la baja.

No se da cumplimiento a los salarios establecidos en el convenio colectivo, ya que a todas las categorías profesionales se les aplica el mismo precio de 11,31 €, a pesar de que en un inicio se indicó que se abonarían 11 €.

En lo que respecta a la persona a subrogar, según los datos facilitados por la propia empresa recurrente, para una jornada de 18 horas semanales percibe un salario de 13.024,80 €, mientras que en la justificación manifiesta que por una jornada de 26 horas semanales (1.250 horas anuales) percibirá 14.137,50 €, lo que supone que para un incremento de jornada del 44,44 % percibe un incremento de sueldo del 8,54 %.



A la vista de todo lo anterior, se observa que el poder adjudicador ha efectuado el trámite de verificación de la oferta incurso en valores de anormalidad de conformidad con las exigencias del artículo 149.4 de la LCSP, habiendo solicitado a la recurrente información sobre los puntos precisos de la oferta que han suscitado sus dudas, quien ha podido justificar de su oferta por dos veces. El órgano de contratación ha acordado la exclusión sobre la base de que, resumidamente, en la justificación se modifica la información contenida en la oferta técnica, que los costes laborales incumplen el convenio colectivo y que en lo referente al salario del taquillero se infringe la normativa sobre subrogación. En concreto, alega que la recurrente, en la justificación de su oferta aportada con ocasión del segundo requerimiento, manifiesta que para un total de 1.250 horas anuales se abonará un salario de 14.137,5 €, lo que no guarda proporcionalidad con el salario anual contenido en la documentación que, como adjudicataria del contrato que precede al que ahora se licita, facilitó al poder adjudicador en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP, en la que indicaba que a este personal le correspondía un salario bruto anual de 13.024,080 € para una jornada de 18 horas/semana. A ello opone la recurrente que los datos que en su día facilitó al poder adjudicador se basan en un error y, a tal efecto, aporta un certificado de la empresa encargada de la llevanza de las nóminas, en la que se señala que el número de horas efectivamente prestadas por dicha trabajadora durante el año 2018 ascendió a 1.175,5 horas, que son superiores a las 18 horas/semana que figuran en la información facilitada en su día. A juicio de este Órgano, procede, antes de analizar las demás cuestiones debatidas en torno a la viabilidad de la proposición del recurrente, exponer varias consideraciones sobre la relevancia de esta discrepancia:

- 1) La finalidad de la información que ha de facilitar el contratista saliente sobre el personal a subrogar por el contratista entrante y las consecuencias de facilitar esta información de forma errónea (artículo 130 de la LCSP) es incrementar el nivel de seguridad jurídica en el cumplimiento de la obligación que para los licitadores de un nuevo



contrato representa la subrogación en los trabajadores de un contrato anterior en los supuesto legales en los que ésta procede y, a tal efecto, contempla dos medidas generales (i) que el contratista, que es quien mejor conoce la situación y circunstancias de su personal y su empresa aporte la información suficiente para conocer los costes laborales de la subrogación y (ii) establecer un sistema de responsabilidad del contratista saliente junto con una serie de medidas tendentes a estimular el cumplimiento de sus obligaciones en materia social y laboral (ver, en este sentido, el Expediente 69/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre “Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”). Así las cosas, la responsabilidad última de determinar qué información se debe facilitar al poder adjudicador para que éste la ponga a disposición de los licitadores o del contratista entrante recae en última instancia sobre el contratista saliente (en este sentido el Informe 126/18 de la JCCPE). Consecuentemente, los errores de la información facilitada por el contratista saliente en ningún caso le podrán beneficiar a él y perjudicar al resto de licitadores ni, lo que es importante para el caso analizado, oponerse válidamente al poder adjudicador, como se deduce, por ejemplo, del artículo 115.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), que establece que los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieran causado.

- 2) La recurrente pudo haber puesto de manifiesto la discrepancia analizada en cualquiera de las fases anteriores del procedimiento de adjudicación del contrato, incluida la de la tramitación del procedimiento incidental tendente a apreciar la viabilidad de la oferta donde debe explicar la composición de su oferta, pero lo ha hecho con ocasión de la interposición del recurso especial, cuando este argumento le es favorable para justificar uno de los motivos en los que basa la exclusión de su oferta el poder adjudicador, por lo que esta nueva información, con



independencia de que se deba a un error o a una actuación cuando menos negligente, no la puede favorecer, pues sería contrario a la buena fe que se beneficiara de una actuación propia que ha perjudicado a sus competidores (artículo 7.1 del Código Civil), quienes han manifestado durante el procedimiento de tramitación de este recurso especial que han confeccionado su oferta sobre la base de la información contenida en las bases de la licitación.

- 3) Además de lo ya expuesto, este Órgano estima que el citado documento aportado en fase de recurso no puede ser aceptado en virtud del artículo 118.1 párrafo segundo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que dispone que No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. Tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado.
- 4) A juicio de este Órgano, lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores lleva a dar la razón al poder adjudicador cuando alega que la explicación inicial de la viabilidad de la proposición expuesta por la recurrente no justificaba las condiciones de la subrogación en los términos de la información que figuraba en los pliegos firmes y consentidos. En cualquier caso, la justificación de MOLATU debe descartarse porque se basa en una hipótesis o práctica inadecuada desde el punto de vista jurídico (artículo 149.4 de la LCSP), ya que implica obtener una ventaja competitiva ilegítima con infracción de los principios de competencia e igualdad de trato del artículo 1.1 de la LCSP.

c) Conclusión

A la vista de las razones expuestas, el recurso debe ser desestimado, sin que sea necesario entrar a analizar el resto de las alegaciones presentadas por las partes.



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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por la empresa MOLATU PRODUKZIOAK, S.L. contra la exclusión de su oferta y adjudicación del contrato “Servicio para la organización de las actividades socio-culturales que se realizan en el Cine Leidor de Tolosa”, tramitado por el Ayuntamiento de Tolosa.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, 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, 2020ko abenduaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de diciembre de 2020