



EB 2017/013

Resolución 026/2017, de 21 de febrero de 2017, 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 en materia de contratación interpuesto por ACCIONA MULTISERVICIOS, S.A. contra su exclusión del procedimiento para la adjudicación del contrato de “Prestación de servicios de atención al público y atención a eventos”, tramitado por el Centro Azkuna de Ocio y Cultura, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de enero de 2017 la empresa ACCIONA MULTISERVICIOS, S.A. (en adelante, “ACCIONA”) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento para la adjudicación del contrato de “Prestación de servicios de atención al público y atención a eventos”, tramitado por el Centro Azkuna de Ocio y Cultura, S.A. (en adelante, “Zakuna Zentroa”).

SEGUNDO: Con fecha 19 de enero se solicitaron al poder adjudicador el expediente 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), los cuales se recibieron en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) los días 20 y 24 de enero de 2017.

TERCERO: Solicitadas al día siguiente alegaciones a los interesados, con fecha 31 de enero se recibieron las de la empresa LANALDEN, S.A.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre. Debe tenerse en cuenta que, aunque el recurrente solo sea uno de los dos componentes de la Unión Temporal de Empresas (UTE) que licitó al contrato impugnado, no consta que el otro miembro se haya opuesto expresamente a la interposición del recurso. Por tanto no hay motivo alguno para negar legitimación a la recurrente, puesto que una resolución favorable a sus intereses aprovecharía a la totalidad de los componentes de la UTE, mientras que una resolución adversa no produciría perjuicio alguno para sus intereses (ver, por ejemplo, la Resolución 52/2012 de este OARC / KEAO).

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, 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.

TERCERO: Según el artículo 40.2 b) TRLCSP son susceptibles de recurso especial «Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores».

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Azkuna Zentroa tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.



SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El parámetro establecido por los pliegos para determinar cuándo una oferta es sospechosa de anormalidad o desproporción se remite al artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), que calcula los porcentajes de presunta temeridad sobre el presupuesto de licitación. Sin embargo, en el contrato de referencia el presupuesto base de licitación es una magnitud secundaria, pues depende de multiplicar los precios / hora por un número de horas estimadas, que no son una cantidad fija; por ello, el presupuesto base no puede ser la referencia para efectuar los cálculos. De hecho, los pliegos no especifican cómo se van a calcular los parámetros de temeridad y la comunicación del poder adjudicador ofreciendo la posibilidad de demostrar la pertinencia de la oferta tampoco lo aclara. Alega, entre otras doctrina, la Resolución 114/2013 del OARC / KEAO.

b) La recurrente estima que la viabilidad de su oferta ha sido suficientemente acreditada; el poder adjudicador no realizó ningún requerimiento concreto, solo indicó en términos generales que la oferta estaba incurso en temeridad, por lo que la respuesta incidió en los costes salariales, el factor de más peso en los cálculos económicos (92% del coste). En relación con los motivos que fundamentan el rechazo de la oferta, el recurso alega lo siguiente:

- El poder adjudicador estima que no se cumple lo dispuesto en el apartado 36 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), referido a la subrogación, cuestión que es ajena a la competencia del órgano de contratación y que no puede invocarse para excluir la proposición; se alega también que la información sobre el convenio colectivo aplicable a los trabajadores subrogados (convenio para “contact center”) no es el que se señala en el expediente, que no se aplica a personal de atención al público, eventos y coordinación (aquí es aplicable el convenio de empresa, que fija salarios superiores). El recurrente afirma que el convenio “contact center” establece la obligación de incorporar al proceso de selección a la anterior



plantilla, pero no la subrogación directa de la misma, por lo que no hace falta prever la indemnización de trabajadores a despedir. Todo ello es fundamental, pues se entiende que la oferta no es viable por contener salarios menores a los que corresponden al personal que, supuestamente, tiene derecho de subrogación; asimismo, la justificación sí incluye los costes de salida del personal porque asume que no habrá subrogación al finalizar el contrato. Por otro lado, la mención a que las previsiones en medios informáticos y los gastos de formación no son suficientes no se motiva en absoluto.

- No se ha contado con el asesoramiento técnico del servicio correspondiente, como pide el artículo 152 del TRLCSP; no se ha cumplido con el requisito de que la decisión de excluir la oferta por anormalidad o desproporción cuente con una motivación reforzada.

c) Finalmente, se solicita la nulidad de la cláusula de los pliegos relativa a la apreciación de oferta anormal o desproporcionada, sin extender dicha nulidad al resto del clausulado de los pliegos, la nulidad del procedimiento de apreciación de la anormalidad o desproporción, la declaración de que la oferta es viable y la adjudicación del contrato a la recurrente.

SÉPTIMO: La empresa LANALDEN alega, en síntesis, los siguientes argumentos para oponerse a la estimación del recurso:

a) Se considera extemporánea la impugnación de la cláusula de los pliegos relativa a la apreciación inicial de anormalidad o desproporción, sin que además el recurrente acredite que se dé un supuesto de nulidad de pleno derecho, única excepción posible a la preclusividad del plazo para recurrir los pliegos; también niega que exista arbitrariedad en dicha cláusula y señala el fuerte descenso respecto a los precios que la recurrente ofertó en la anterior licitación del mismo servicio, anulado por la Resolución 78/2016 del OARC / KEAO.



b) La obligación de subrogación nace del apartado 36 de la carátula del PCAP, posibilidad que se admite legal y jurisprudencialmente; el poder adjudicador no entra a valorar cuestiones pertenecientes al orden socio laboral, sino la incidencia del incumplimiento de esta cláusula en el funcionamiento del servicio.

c) La exclusión impugnada está suficientemente motivada.

OCTAVO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso alegando lo siguiente:

a) La memoria presentada por la UTE no justifica la viabilidad de la proposición al no garantizar los costes indirectos ni la política social, con especial incidencia en la estabilidad en el empleo y las condiciones sociales del contrato; concretamente:

- No se contabiliza ningún gasto asignable al coste de las instalaciones exteriores y ajenas a las de Azkuna Zentroa.
- Se incumple el requerimiento de “las personas de atención a eventos cuenten con titulación mínima de diplomatura o equivalente y experiencia de tres años en tareas similares (el personal propuesto se adscribe al convenio de la licitadora y en él no se exigen dichos requisitos para esa categoría profesional).
- No se considera suficiente la previsión asignada para los medios informáticos y otros relacionados con el objeto del contrato.
- La partida de formación e información es insuficiente para atender las necesidades del servicio.
- Se establece un salario inferior al estipulado en el convenio de “contact center”.
- Los salarios justificados en la memoria no se corresponden con la “situación de mercado” del personal adscrito a este tipo de tareas por lo que difícilmente podrá garantizarse la correcta y pacífica prestación del servicio público.



- Los salarios aportados en la justificación del recurrente son inferiores a los de la tabla facilitada por Azkuna Zentroa.
- No se cumple con la cláusula 36 de la carátula del PCAP, relativa a la subrogación, pues no se prevé partida indemnizatoria derivada del despido de las personas beneficiarias de dicha subrogación.

b) No cabe aceptar, por extemporánea, la pretensión de que se declare ahora la nulidad de una cláusula de los pliegos; además, el poder adjudicador niega que se trate de una estipulación arbitraria y aporta los cálculos que acreditan que la fórmula ha sido correctamente aplicada.

c) El poder adjudicador alega que el incumplimiento de las condiciones de subrogación puede perjudicar el funcionamiento normal del servicio, por lo que sí es un tema de su competencia; en todo caso, el apartado 36 citado es una cláusula social que se impone directamente por los pliegos, que pretende la defensa de la estabilidad en el puesto de trabajo y, consecuentemente, la defensa del interés público, y está amparada por el artículo 25 del TRLCSP y la legislación de la Unión Europea, como así lo entendieron los demás licitadores. En contra de lo que dice el recurrente, el convenio de “contact center” (aplicable a cuatro trabajadores) sí prevé la subrogación.

d) Finalmente, se considera que la exclusión está suficientemente motivada.

NOVENO: La primera pretensión del recurso que debe analizarse, por ser la que, de prosperar, tiene una consecuencia más radical es la de que se declare nula la cláusula 25 de la carátula del PCAP. La citada cláusula establece lo siguiente:

<i>“25. Ofertas con valores anormales o desproporcionados</i>	<i>Azkuna Zentroa podrá rechazar las ofertas económicas con precios considerados desproporcionados o temerarios. Se considerarán desproporcionadas o temerarias</i>
---	---



las ofertas que se encuentren en algunos de los supuestos relacionados en el artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.”

A la vista de esta literalidad, el parámetro de anormalidad o desproporción está expresamente señalado en el PCAP, tal y como pide el artículo 152.2 TRLCSP para los procedimientos de adjudicación con uso de varios criterios, y consiste en una remisión al artículo 85 RGLCAP. Este precepto establece los criterios que deben seguirse para determinar la temeridad en las subastas (en la actual terminología legal, adjudicaciones al precio más bajo) mediante el uso de fórmulas que se basan en el porcentaje de descuento respecto al presupuesto máximo, pero no hay, en principio, inconveniente legal en que el poder adjudicador lo elija para los procedimientos con uso de varios criterios. Sin embargo, el recurrente alega que, en este caso concreto, el parámetro elegido es inaplicable porque, al tratarse de un contrato por precios unitarios, no existe una referencia del presupuesto máximo y, por lo tanto, el sistema del artículo 85 RGLCAP es inaplicable; en esta línea, el recurso alega la Resolución 114/2013 del OARC / KEAO para apoyar su petición. Este Órgano entiende que este motivo de recurso no puede ser aceptado. La citada resolución se refería a un contrato cuyo objeto era «una relación sucesiva y periódica remunerada con dos precios unitarios distintos, uno para cada uno de los dos tipos de prestaciones que comprende (horas ordinarias y horas festivas), por lo que el presupuesto base de licitación es aquí una magnitud secundaria, en el sentido de que su importe es el resultado de multiplicar las horas por sus precios unitarios. Sin embargo, en el Pliego se indica un presupuesto global máximo y el importe máximo de cada uno de los dos precios unitarios, pero no se ofrece el dato del peso relativo de cada uno de los dos tipos de prestaciones en el presupuesto global; dicho de otro modo, se desconoce, siquiera estimativamente, la proporción de horas ordinarias y extraordinarias en el total de horas que la Administración va a solicitar». En el caso analizado hay cuatro tipos de unidades con precios unitarios máximos (fijados como precios / hora) y sí consta el número estimado de unidades que se van a



demandar para cada uno de ellos (cláusula 9 de la carátula del PCAP); mediante una sencilla operación aritmética puede calcularse el presupuesto para cada unidad y el presupuesto máximo global del contrato, que para su periodo inicial de vigencia de dos años asciende a 1.764.000 € (la mitad del valor estimado para los cuatro años de vigencia máxima posible del contrato, incluidas las posibles prórrogas, que figura en la cláusula 8 de la carátula). La citada cifra es la que debe utilizarse para aplicar el artículo 85 del RGLCAP, mientras que el importe de las ofertas de los licitadores debe calcularse, a los mismos efectos, de la misma forma, a partir de los precios unitarios propuestos y del número máximo de cada unidad fijado. No cabe, por lo tanto, considerar la existencia de precios unitarios anormales considerados individualmente, porque la desproporción en uno de dichos precios podría compensarse con el importe de otros para dar como resultado una oferta viable en su conjunto (ver, por ejemplo, la Resolución 53/2015 del OARC / KEAO).

A partir de lo expuesto, debe ahora verificarse si la tramitación del procedimiento de comprobación de la anormalidad o desproporción de la oferta se ha ajustado a lo previsto en la cláusula 25 de la carátula del PCAP. En este sentido, se observa que el escrito de 2 de noviembre de 2016, por el que el poder adjudicador comunica al recurrente que su oferta está incurso en presunción de anormalidad o desproporción, se limita a exponer los precios unitarios ofertados por cada uno de los tres licitadores y la mención de que se aplica la cláusula 25 de la carátula del PCAP y el artículo 85 del RGLCAP, no constando ningún cálculo o explicación adicional que fije la anormalidad y delimite su alcance con base en lo señalado en el párrafo anterior. Téngase en cuenta que la justificación que, en su caso, vaya a aportar el licitador depende precisamente, entre otras cosas, de dicho alcance, pues no es lo mismo que el umbral de sospecha de temeridad se haya superado por una cantidad pequeña o por una grande, ni es lo mismo tener que alegar para justificar una u otra (en este sentido, ver la Resolución 118/2016). Por ello, el procedimiento de apreciación de la anormalidad está viciado desde un principio, pues el poder adjudicador no ha acreditado que el recurrente esté incurso en sospecha de



desproporción y el licitador no ha podido elaborar una explicación de la viabilidad de su oferta consecuente con el resultado de la aplicación de la fórmula prevista en los pliegos, resultado que no se le ha expuesto. Consecuentemente, debe anularse el acto impugnado y retrotraerse el procedimiento para que el órgano de contratación calcule la anormalidad de las ofertas con fundamento en lo señalado en esta Resolución y se otorgue, en su caso, un nuevo plazo al recurrente para que pueda aportar las justificaciones que entienda oportunas. La necesidad de retrotraer actuaciones hace innecesario en este momento el análisis del resto de las cuestiones planteadas en el recurso.

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 / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ACCIONA MULTISERVICIOS, S.A. contra su exclusión del procedimiento para la adjudicación del contrato de “Prestación de servicios de atención al público y atención a eventos”, tramitado por el Centro Azkuna de Ocio y Cultura, S.A. (“Azkuna Zentroa”), anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador calcule la desproporción de la oferta de acuerdo con lo dispuesto en el fundamento jurídico noveno y otorgando, en su caso, la posibilidad de que el recurrente demuestre la viabilidad de su proposición.



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

TERCERO: 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, 2017ko otsailaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de febrero de 2017