



EB 2022/216

Resolución 065/2023, de 5 de abril, 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 Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL) contra los pliegos del contrato “Servicio de limpieza y desinfección de la Osi Goierri Alto Urola”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de diciembre de 2022 se presentó 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 Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (en adelante, ASPEL) contra los pliegos del contrato “Servicio de limpieza y desinfección de la Osi Goierri Alto Urola”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 30 de diciembre el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 4 de enero de 2023.

TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos del recurrente y el poder adjudicador.





CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 002/2023, de 9 de enero, este Órgano acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.D.R.S.J. que actúa en su nombre.

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 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, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Argumentos del recurso

Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El Presupuesto Base de Licitación (PBL) del contrato impugnado incumple la LCSP (artículos 100.2, 101.2 y 122.2) porque no refleja la totalidad de los costes salariales que tendrá que asumir la adjudicataria. El personal que presta servicios de limpieza en los centros de Osakidetza está sujeto al “Convenio único de sector para las empresas concesionarias del servicio de limpieza de Osakidetza para los años 2011 - 2017” (en adelante, “el convenio”), actualmente en proceso de negociación y en estado de ultraactividad. Este convenio incluye la homologación, en ciertas materias, del personal incluido en su ámbito con las condiciones del personal de Osakidetza. Una de dichas materias es el complemento de “carrera profesional”; sobre esta cuestión, el convenio reconoce el desarrollo profesional a futuro en función de las futuras convocatorias que publique Osakidetza. El recurrente alega que los atrasos generados desde la convocatoria de 2012 deben ser tenidos en cuenta en las adjudicaciones existentes o futuras para que las empresas puedan hacer frente a los mismos; lo mismo sucede con el efecto económico de las convocatorias que se producirán en el futuro.

b) ASPEL estima que la falta de previsión expresa en los pliegos de la circunstancia expresada en el apartado a) anterior es suficiente para justificar la impugnación de los pliegos y reclamar su modificación para que reflejen las cargas adicionales que tendrá que afrontar el adjudicatario para asumir la aplicación del convenio.

c) En el desglose económico aparece una partida referida a la carrera profesional (195.585, 82 euros), incluida la seguridad social calculada al 33,5%, cuando dicha cuantía se actualiza desde 2023 al 34%. Según ASPEL, si el concepto de carrera profesional se actualizara para el año 2022, se incrementarían los costes salariales en un 172% respecto al importe recogido en el desglose, lo que supondría incrementar el PBL en un 7,41 %. De todo ello se deduce que el PBL que figura en el Pliego de Cláusulas Administrativas



Particulares (PCAP) no contempla la posible actualización de la carrera profesional al año 2022.

d) El modelo de proposición económica incluido en la página 99 del PCAP se corresponde con la de la anterior licitación (8.259.809 euros) y no se ha actualizado con el nuevo precio de este último expediente (8.101.786,11 euros).

e) Finalmente, se solicita que:

- se declare la disconformidad a derecho del apartado 3º “Presupuesto Base de Licitación” de las condiciones específicas del contrato del PCAP, debiendo rectificarse dicho apartado para aumentar el PBL en un 7,41%, y que se corrija el error detectado en la página 99 del PCAP o, subsidiariamente, que se declare la anulabilidad del apartado, a fin de que se retrotraigan las actuaciones al momento de aprobación los pliegos para que se incluyan todos los costes laborales derivados de la actualización de la carrera profesional del personal que vaya a ejecutar el contrato.
- se declare la disconformidad a Derecho, de los apartados o cláusulas que se remitan al PBL tanto en el PCAP como en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

a) Para el cálculo del PBL, Osakidetza ha empleado el convenio colectivo de empresas concesionarias de centros de Osakidetza (Boletín Oficial del País Vasco, BOPV, de 17/6/2015, nº 112) y las tablas salariales correspondientes (Acuerdo de la comisión paritaria, BOPV nº 97). A la fecha de elaboración del PBL impugnado, no consta ningún Acuerdo que reconozca el abono de la carrera profesional al que se refiere la recurrente.



b) Por otro lado, el poder adjudicador ha establecido en el apartado 5.4 del PCAP que procede la modificación del contrato para adecuarlo a las tablas salariales anuales acordadas en el convenio. Aunque no se ha establecido en el PBL explícitamente la actualización de la carrera profesional, será de aplicación cuando se acuerde por la comisión negociadora del convenio, formada por sindicatos, empresas de limpieza y por la propia Osakidetza. En definitiva, el PBL y sus posibles modificaciones son adecuados para asumir todos los costes salariales que resulten del contrato.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, en el recurso se alega que el PBL incumple la LCSP porque de su desglose económico se deduce que no contempla el importe que, en concepto de “carrera profesional”, podría llegar a tener que abonar el adjudicatario en virtud de atrasos generados desde el año 2012 y de las cantidades adicionales que supongan en el futuro este reconocimiento del derecho a la carrera profesional. Además, se alega que el modelo de oferta económica contiene un importe erróneo (página 99 del PCAP).

A la vista de la documentación que consta en el expediente y de las alegaciones de los interesados, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la pretensión de la recurrente.

a) Sobre la inadecuación del PBL

A juicio de este Órgano, la alegación de que el PBL fijado en los pliegos no satisface el mandato de adecuación del precio al mercado debe desestimarse por los motivos que se expresan en los siguientes epígrafes:

- 1) En relación con el mandato legal de que el PBL sea adecuado al mercado, este Órgano ha venido señalando (ver, por todas, sus Resoluciones 167 y 191/2022) que el poder adjudicador dispone de un margen de discrecionalidad para determinarlo, 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. El desglose de costes que pide el artículo 100.2 de la LCSP es tan solo un instrumento para cumplir este mandato y no un fin en sí mismo, por lo que la prueba de la inadecuación del precio no se satisface con el mero reproche a las omisiones o a la metodología de dicho desglose teniendo en cuenta que tales cuestiones son irrelevantes por sí solas para el potencial licitador si no se acompañan de la acreditación de la insuficiencia del PBL (ver la Resolución 148/2021 del OARC / KEAO); téngase en cuenta que el operador económico es precisamente quien mejor conoce los costes de sus productos y el mercado en el que opera, por lo que difícilmente puede invocar perjuicio alguno causado exclusivamente por las inexactitudes del desglose determinado por el poder adjudicador si, además, no impugna la suficiencia del PBL. Igualmente, se ha señalado que, más allá de que el citado artículo 100.2 pida que el desglose incluya ciertas partidas, no cabe exigir que se expongan pormenorizadamente todos y cada uno de los conceptos económicos que, a juicio del recurrente, afectan a la prestación (ver, por ejemplo, la Resolución 212/2021 del OARC / KEAO).

- 2) En este caso, dos son los reproches que justifican la alegación de insuficiencia del PBL, y ambos están referidos al concepto “carrera profesional”. En primer lugar, se afirma que está calculado sobre un coste de los gastos de Seguridad Social estimado en el 33,5% cuando debiera aplicarse el 34%; en segundo lugar, ASPEL entiende que debiera incluirse el coste del concepto retributivo derivado del reconocimiento de la carrera profesional, tanto en lo que se refiere a atrasos desde el año 2012 como a las cantidades que en el futuro podrían acordarse.
- 3) Por lo que se refiere a la diferencia de medio punto porcentual entre el índice de imputación de los gastos de Seguridad Social derivado del coste salarial de la carrera profesional empleado por Osakidetza y el



reivindicado como válido por el recurrente, se observa que este último cuantifica el impacto de la diferencia en 732,35 euros. Dado que el PBL asciende a 8.101.786, 11 euros y que los cálculos para el desglose de sus costes son, por definición, estimativos, esta alegación no puede poner en duda la adecuación del precio contractual globalmente considerado.

- 4) En cuanto a la inclusión de los atrasos desde el año 2012 y de las cantidades que en el futuro podrían acordarse en razón de la carrera profesional, este Órgano ya ha señalado anteriormente (ver, por ejemplo, su Resolución 40/2023) que no cabe introducir en el cálculo del PBL el impacto en los costes laborales de acuerdos o convenios colectivos que, hipotéticamente, podrían suscribirse durante la vigencia del contrato. Esta posibilidad sería contraria al principio de riesgo y ventura, que no permite que el poder adjudicador garantice al adjudicatario una rentabilidad mínima o le blinde frente a los riesgos propios de su actividad empresarial (ver, por todas, la Resolución 112/2019 del OARC / KEAO y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de febrero de 2018 (nº 28/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:916) y de 27 de septiembre de 2018 (nº 284/2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:2725), que confirman las Resoluciones 69/2016 y 64/2017 del OARC / KEAO, respectivamente). Asimismo, se trata de una pretensión contraria a la literalidad de la LCSP, que pide que los cálculos se efectúen con base precisamente en los convenios colectivos vigentes y aplicables en el momento de determinar el PBL que, una vez publicados, son los únicos que pueden afectar al poder adjudicador (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2022 del OARC / KEAO).
- 5) Aunque el artículo 73 del convenio establece un complemento de carrera profesional del mismo importe que el que aplique Osakidetza para cada grupo de titulación y nivel profesional de su personal, esta estipulación se remite a las Actas de mediación del PRECO de fechas 25/10/2010 y 25/6/2012, incorporadas como anexos al texto del convenio. De estos documentos se deduce que la percepción del citado complemento no se



deriva directamente del convenio; así, entre otros requisitos, el Acta de 25/6/2010 establece que el convenio colectivo regulará, tanto para el desarrollo profesional del 2012 como para el correspondiente a sucesivos ejercicios, la forma de acudir a las convocatorias que realice Osakidetza, lo que requiere de nuevos acuerdos de las partes adicionales o sustitutivos de los actualmente vigentes.

- 6) Independientemente de todo lo anterior, y como bien indica el poder adjudicador, las cláusulas específicas 5.4 y 16 a) 2 del PCAP garantizan que Osakidetza incrementará el precio del contrato para que éste refleje actualizaciones de las tablas salariales del convenio como las que fundamentan el recurso. Dado que dichas cláusulas no han sido objeto de impugnación, y en virtud de los principios de congruencia y de prohibición del agravamiento de la situación inicial del recurrente (la llamada “reformatio in peius”), recogidas en los artículos 57.2 de la LCSP y 119.3 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, este Órgano no puede pronunciarse sobre la legalidad de las mismas.

b) Sobre el error en el modelo de la oferta económica

El recurrente alega que la página 99 del PCAP incluye un modelo de oferta económica con cuantías erróneas. Esta alegación debe aceptarse porque es obvio que dichas cuantías no coinciden con las de la cláusula específica 3.1 del PCAP (según el recurrente, se trata de importes de una licitación anterior). A juicio de este Órgano, ello se debe a un error material, pues es claro que la verdadera voluntad del poder adjudicador es la contenida en la cláusula 3.1. Consecuentemente, procede simplemente su corrección (artículo 122.1 de la LCSP), sin que se trate de una irregularidad que conlleve la invalidez del acto impugnado. No obstante, según cuál sea el estado de la tramitación del procedimiento de adjudicación (actualmente suspendido), el órgano de contratación deberá, en su caso, ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación habida cuenta de que es una modificación significativa de los pliegos por afectar al importe del contrato (ver el artículo 136.2



de la LCSP y la Resolución 160/2020 del OARC / KEAO, que interpreta su alcance).

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en las letras a) y b) anterior, el recurso debe desestimarse íntegramente, sin perjuicio de lo señalado en el apartado b) sobre la corrección del error material y la posible ampliación del plazo de presentación de proposiciones.

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 Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL) contra los pliegos del contrato “Servicio de limpieza y desinfección de la Osi Goierri Alto Urola”, tramitado por Osakidetza, sin perjuicio de que se deba proceder a la corrección del error material detectado de conformidad con lo señalado en el apartado c) del Fundamento Jurídico Octavo de esta Resolución.

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, 2023ko apirilaren 5a

Vitoria-Gasteiz, 5 de abril de 2023