



EB 2020/072

Resolución 080/2020, de 25 de junio, 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 BPXPORT XXI, SLU contra los pliegos del contrato de “Servicio de control de accesos, socorrismo, monitores de actividades físicas, mantenimiento, dirección técnica y asesoramiento de programas, actividades y servicios y administrativas en instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento Andoain

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de junio de 2020 se ha presentado 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 mercantil BPXPORT XXI, SLU (en adelante, BPXPORT) contra los pliegos del contrato de “Servicio de control de accesos, socorrismo, monitores de actividades físicas, mantenimiento, dirección técnica y asesoramiento de programas, actividades y servicios y administrativas en instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento Andoain.

SEGUNDO: El mismo día 5 este 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 9 de junio.

TERCERO: Mediante la Resolución B-BN 15/2020, de 9 de junio, se acordó la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan interesados diferentes del recurrente y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de don B.B.P. 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 pliegos que hayan de regir la contratación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Andoain 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

El recurso se basa en los siguientes argumentos:

- a) La fórmula del criterio de adjudicación oferta económica reduce significativamente los márgenes entre las ofertas más caras y las más económicas, sin guardar la adecuada proporción en la atribución de puntos entre ellas, ni a las intermedias.
- b) Asimismo, el requisito o parámetro relativo a la determinación de las ofertas con valores anormales o desproporcionados ser inferior en más del 10% a la media aritmética de todos los precios de las ofertas admitidas no se ajusta a derecho.
- c) El presupuesto base de licitación es erróneo, ya que no ha tenido en cuenta el Convenio Colectivo de Instalaciones Polideportivas de Titularidad Pública de Gipuzkoa, pues su aplicación daría lugar a un presupuesto base de licitación muy superior al que aparece en los pliegos. Así, esto se puede observar en la lista de subrogación, ya que se alude a que se aplica el Convenio citado, pero los salarios reales son muy superiores al no haber contemplado conceptos como el de la antigüedad.
- d) El poder adjudicador no ha hecho uso de su obligación de requerir al adjudicatario para que aporte los datos salariales correctos, lo que atribuye una clara ventaja a la actual adjudicataria que es la única que conoce con exactitud los costes laborales, en perjuicio del resto de licitadores que carecen de la información correcta y necesaria para poder presentar sus proposiciones en condiciones de igualdad y con total transparencia.
- e) La pretensión del recurso consiste en su estimación, la anulación del pliego recurrido y la publicación de uno nuevo conforme a derecho.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) La fórmula económica establecida en el pliego es válida en tanto que concede la puntuación máxima a la oferta más baja, no atribuye puntuación a la oferta que no mejora el tipo de licitación y valora el resto de las ofertas guardando una cierta proporcionalidad entre ellas, de forma que las ofertas más baratas obtendrán más puntuación que otras más caras. Además, la fórmula es válida porque a la hora de determinar la desproporcionalidad de una oferta se refiere a las medias aritméticas de las mismas, no al porcentaje de baja respecto del precio de licitación.

b) Respecto a la vulneración del principio de transparencia en lo relativo a la publicación de los datos a que se refiere el artículo 1340 de la LCSP, debe señalarse que el listado de subrogación del personal que presta actualmente el servicio es correcto, tal y como se explica en la carátula del pliego. Además, la recurrente no acredita que el valor estimado del contrato sea inadecuado para la prestación del servicio.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de las cuestiones planteadas debe partir del hecho de que los pliegos rectores del contrato que ahora se recurre, esto es, el servicio de control de accesos, socorrismo, monitores de actividades físicas, mantenimiento, dirección técnica y asesoramiento de programas, actividades y servicios y administrativas en instalaciones deportivas municipales del Ayuntamiento de Andoain, fueron anteriormente objeto de un recurso interpuesto por BPXPORT (recurso especial EB 2020/014), que fue resuelto por este OARC/KEAO mediante la Resolución 040/2020. Esta circunstancia obliga a formular una observación sobre la admisibilidad de los motivos de recurso previamente a analizar la viabilidad de la pretensión de la impugnación.

a) Sobre la “cosa juzgada administrativa” y la preclusividad del plazo de presentación del recurso

Debe señalarse que en el presente procedimiento de recurso no pueden debatirse las cuestiones que ya fueron objeto de la Resolución que finalizó el procedimiento de recurso mencionado anteriormente (la llamada “cosa juzgada administrativa”). Tampoco puede aceptarse el recurso sobre contenidos de los pliegos que ya figuraban en los anteriores del mismo contrato y que no fueron impugnados en tiempo y forma; sobre este tema, el OARC/KEAO en su Resolución 66/2019 ha manifestado lo siguiente:

El recurso especial persigue un efecto útil, que consiste en la posibilidad de que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros). No obstante, este principio ha de conjugarse con el de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, en este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665, en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica (STJUE asunto C-470/1999, párr. 75). 7/17 La completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada), así como los objetivos de la compra pública, se verían comprometidos si los candidatos y licitadores pudieran impugnar una a una las diversas irregularidades del PCAP, obligando a la entidad adjudicadora a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos. Es decir, de admitirse la posibilidad de impugnar cualquiera de las cláusulas de un pliego cada vez que se procediese a su publicación como consecuencia de la estimación de un recurso especial, éste se podría convertir en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita.

Consecuentemente, no cabe admitir el motivo de recurso mencionado en la letra b) del Fundamento de Derecho Sexto, pues se refiere a una estipulación (cláusula específica 19.2 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP), que no fue impugnada a pesar de que ya figuraba en los mismos términos en el expediente del recurso EB 2020/014, objeto de la Resolución 040/2020 del OARC / KEAO.

b) Sobre la impugnación de la fórmula de valoración de la oferta económica

Este motivo de impugnación ha de ser desestimado. La fórmula de valoración de la oferta económica fue objeto de recurso y pronunciamiento de este OARC / KEAO en su Resolución 040/2020, la cual es ejecutada por el órgano de contratación en sus propios términos al establecer en el PCAP ahora impugnado la misma fórmula, pero con el requisito de no atribuir puntos a la oferta que no mejora el tipo de licitación.

c) Sobre la vulneración del principio de transparencia por la incongruencia e incorrección en la lista de subrogación de los salarios brutos publicados que al ser inferiores a los reales provocan que presupuesto base de licitación sea erróneo.

La recurrente alega una deficiente estimación del presupuesto de la licitación debido a que los salarios brutos reales son superiores a los publicados en la lista de subrogación, vulnerándose, de este modo, el principio de transparencia. Esta alegación debe rechazarse por los siguientes argumentos:

- 1) El artículo 130.1 de la LCSP establece que el alcance de la información sobre la obligación de subrogación debe comprender las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo; además, se establece que, a tal efecto, el anterior adjudicatario del servicio está obligado a proporcionar, como mínimo, los listados del personal objeto de subrogación, con indicación del convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación (ver por todas, la Resolución 112/2019 del OARC/KEAO).

Una vez contrastados los requerimientos legales expuestos en el párrafo anterior con el contenido de los pliegos impugnados (cláusulas 4 y 24 de la carátula del PCAP), este OARC / KEAO estima que el poder adjudicador ha cumplido sustancialmente con ellos; en particular, consta la siguiente información:

- la constancia expresa de que la información se proporciona en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP.
- el convenio colectivo que impone la obligación de subrogación es el convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, salvo en lo relativo a retribuciones, jornada laboral, complemento de antigüedad y aportaciones a Geroa en que se aplica el Convenio colectivo de instalaciones polideportivas de titularidad pública de Gipuzkoa y sus actualizaciones.
- se aporta un listado anonimizado de trabajadores con derecho a la subrogación que incluye el convenio colectivo aplicable, la categoría profesional, el tipo de contrato, la fecha de antigüedad, la jornada expresada tanto en porcentaje como en horas anuales, el salario bruto y el coste de cada trabajador para la empresa, además de las horas que prestan determinados trabajadores realizando otras funciones.

A juicio de este Órgano, la citada información satisface el contenido mínimo que en todo caso el artículo 130 de la LCSP exige que se incluya en los pliegos. A partir de ahí, el recurrente no ha demostrado que el anterior adjudicatario haya omitido ningún dato esencial para que los licitadores evalúen con exactitud los costes laborales de una posible oferta, ni que el poder adjudicador haya incumplido con la obligación de transparencia que le impone el citado precepto. En este sentido y en todo caso, debe recordarse que el propio artículo 130.5 de la LCSP prevé que: “En caso de que, una vez producida la subrogación, los costes laborales fueran superiores a aquellos que se desprenden de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista”, lo que supone una garantía económica y jurídica para el nuevo

adjudicatario en el caso de inexactitud de los datos suministrados por el anterior.

- 2) Finalmente, y en lo que se refiere a la consideración del presupuesto base como erróneo únicamente cabe decir, que como ya ha señalado anteriormente este Órgano (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 64/2013 y 38/2020), corresponde al recurrente probar que el presupuesto fijado discrecionalmente por el poder adjudicador, más allá de cualquier duda razonable, no permite una concurrencia suficiente ni una ejecución viable de la prestación. En este sentido, la recurrente manifiesta únicamente que la tabla de subrogación no recoge los salarios brutos reales que establece el Convenio Colectivo de Instalaciones Polideportivas de Titularidad Pública de Gipuzkoa sino otros inferiores. Ante esto, el Ayuntamiento señala que lo que refleja la tabla de subrogación son las tablas salariales publicadas en el 2010 sin la revisión salarial del año 2012, pues esta no fue aplicada por la empresa adjudicataria y así lo comunicó al Ayuntamiento. Es decir, la lista de subrogación recoge los salarios brutos que efectivamente están cobrando los trabajadores a día de hoy. Por otro lado, el poder adjudicador asegura que ha fijado el precio del contrato teniendo en cuenta para su cálculo la revisión salarial del año 2012 y así lo ha establecido en el presupuesto base de licitación.

d) Conclusión

En vista de todo lo anteriormente expuesto procede la desestimación íntegra del recurso interpuesto.

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 mercantil BPXPORT XXI, SLU contra los pliegos del contrato de “Servicio de control de accesos, socorrismo, monitores de actividades físicas, mantenimiento, dirección técnica y asesoramiento de programas, actividades y servicios y administrativas en instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento Andoain.

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko ekainaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de junio de 2020