



EB 2020/057

Resolución 081/2020, 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 DENOK, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicios de acondicionamiento de espacios para actividades socioculturales y otras necesidades municipales del Ayuntamiento de Hondarribia”, tramitado por el Ayuntamiento de Hondarribia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de marzo de 2020 se presentó en el registro del poder adjudicador el recurso especial en materia de contratación interpuesto por DENOK, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicios de acondicionamiento de espacios para actividades socioculturales y otras necesidades municipales del Ayuntamiento de Hondarribia”, tramitado por el Ayuntamiento de Hondarribia. El recurso, el expediente 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) se recibieron en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) los días 3 y 16 de junio.

SEGUNDO: En virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y de los sucesivos Reales Decretos que prorrogaron dicho estado de alarma, el procedimiento de resolución del recurso especial quedó



suspendido hasta el día 1 de junio; en esa fecha tuvo efectos el levantamiento de la citada suspensión, según lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de D. A.E.G., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a los 100.000 euros.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Hondarribia tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) No hay en los pliegos información relativa a la existencia de una obligación de subrogación de trabajadores en la plantilla del adjudicatario, a pesar de que

al recurrente le consta que la misma actividad se venía realizando anteriormente por otra empresa.

b) Los pliegos se refieren a ciertos eventos sin que se especifiquen los datos técnicos necesarios para evaluar su coste o los medios humanos o técnicos necesarios para ejecutar la prestación.

c) No se concreta si los precios señalados se corresponden con horarios laborales normales, nocturnos o festivos, por lo que se desconoce si se cumplen los requisitos del convenio colectivo aplicable; se afirma que el Ayuntamiento dispone de un vehículo que usará la adjudicataria, que se encargará de su mantenimiento y repostaje, pudiendo el poder adjudicador emplearlo, lo que es insostenible.

d) Los precios barajados no son de mercado por ser anormalmente bajos, estableciendo un beneficio del 8% cuando lo normal está alrededor del 20 – 30%, lo que permite a las empresas mantener su estructura y dar servicios en buenas condiciones.

e) El recurrente impugna las correspondientes cláusulas, que considera no ajustadas a Derecho.

SÉPTIMO: Las alegaciones del poder adjudicador para oponerse a la estimación del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) Como se deduce del apartado 25 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en el contrato impugnado no procede la subrogación a la que se refiere el artículo 130 de la LCSP porque no hay identidad entre la prestación contractual objeto del contrato impugnado y otros contratos anteriores.

b) El punto 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) hace una relación no cerrada de eventos culturales y de otro tipo, especificándose que la adjudicataria

deberá realizar otros no previstos, así como que en los años sucesivos el poder adjudicador comunicará la relación de eventos para cada año en curso.

c) El punto 2 del PPT establece que en el precio unitario de los trabajos no se incluye el coste de la totalidad de los operarios y el de las carretillas, sistemas de elevación y los debidos certificados en el caso de ser precisos; no consta que la recurrente haya solicitado aclaraciones al respecto.

d) El presupuesto base de licitación se ha calculado conforme al artículo 100.2 de la LCSP, usándose el Convenio Colectivo de Locales de Espectáculos y Deportes de Gipuzkoa 2010-2012; el citado cálculo del coste incluye el coste del mantenimiento del vehículo al que se refiere el recurrente; en cuanto al beneficio industrial, incluye el porcentaje previsto en el artículo 131 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, como recomienda la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (expediente 40/19).

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

Las apreciaciones del OARC / KEAO sobre los motivos de la impugnación analizada son las siguientes:

a) Sobre la falta de información de las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo

El artículo 130 de la LCSP establece que, en los contratos afectados por una norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, existe la obligación de incluir en el pliego que ha de regir la licitación la información sobre 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. Esta norma supone un mandato legal de transparencia para el poder adjudicador, que se limita a informar de una obligación preexistente, cuya fuente es una norma jurídica o un convenio colectivo, con la finalidad de que los operadores económicos

interesados pudieran conocer con precisión los costes laborales derivados del contrato y decidir, a la vista de ellos, si les interesa presentar una oferta y, en su caso, el contenido de la misma. Dado que el órgano de contratación ha señalado claramente en los pliegos (apartado 25 del Cuadro de Características del PCAP) que el contrato no conlleva obligación de subrogación, tampoco la documentación contractual debe contener información alguna al respecto. Por otro lado, tampoco el recurrente acredita que la apreciación del poder adjudicador sea incorrecta, más allá de una mención genérica a que en el pasado se han adjudicado trabajos similares a los que ahora son objeto del contrato. Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

b) Sobre la falta de concreción de las obligaciones del contratista

El recurrente alega falta de concreción en los pliegos de las obligaciones que asumirá el contratista. A juicio de este Órgano, esta alegación debe rechazarse. El contrato está definido en los pliegos como incluido en la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP, que describe los contratos de servicios en los que "...el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración..." Lo característico de estos contratos, usualmente llamados "de tracto sucesivo y carácter periódico" es que el poder adjudicador desea asegurarse durante un periodo de tiempo un tipo de prestación habitual y reiterada; esa vinculación en el tiempo de vigencia de la relación (el "tracto") es el objeto principal del contrato, siendo secundario que dicho objeto se traduzca finalmente en una cantidad u otra de concretos servicios, razón por la que la magnitud inicialmente prevista es en todo caso estimativa, si bien debe aprobarse un presupuesto máximo.

En los pliegos constan, en coherencia con la citada Disposición adicional, la descripción de los servicios, su precio unitario de licitación, el número estimado de servicios que se prevé adquirir y el presupuesto máximo. Consecuentemente, el objeto del contrato está suficientemente descrito de acuerdo con su condición de relación periódica y de tracto sucesivo, sin perjuicio del margen de

incertidumbre respecto al número de unidades finalmente solicitadas, que es inherente a esta modalidad contractual. El hecho de que, adicionalmente, los pliegos señalen un calendario de eventos para un año de vigencia del contrato e indiquen que en años sucesivos pueden cambiarse dichos eventos no altera la naturaleza del contrato ni desmiente la suficiencia del contenido de los pliegos, pues en todo caso son aplicables los precios, las cantidades estimadas y el presupuesto máximo ya fijados, sin perjuicio de que, en su caso, pueda incrementarse este último mediante el procedimiento previsto para las modificaciones del contrato. Llegados a este punto, este OARC / KEAO considera que, en contra de lo que alega el recurrente, los pliegos contienen información adecuada para elaborar una oferta.

c) Sobre la cesión de uso de un vehículo por el poder adjudicador

Por lo que se refiere al vehículo que el Ayuntamiento pondrá a disposición del adjudicatario y que este podrá utilizar para prestar el servicio (punto 2 del PPT), este Órgano estima que se trata de una estipulación amparada por la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador para configurar el objeto del contrato (ver, por todas, la Resolución 94/2019 del OARC / KEAO) y por el principio de libertad de pactos (artículo 34.1 de la LCSP). En este sentido, se trata de una cesión de uso de un medio técnico para la ejecución del contrato, siendo proporcionado que el Ayuntamiento asuma el coste del seguro y las revisiones y la empresa el resto del mantenimiento ordinario y el gasto de combustible; por otro lado, la posibilidad de que el poder adjudicador utilice el vehículo para otras finalidades es igualmente razonable si se tiene en cuenta que está condicionada a que así lo permitan “las necesidades del servicio al que está adscrito”. Finalmente, el adjudicatario siempre tiene la opción de no usar el vehículo municipal sino otro del que disponga por cualquier título si entiende que la fórmula le parece gravosa.

d) Sobre el ajuste del precio al mercado

El recurrente alega que los precios establecidos no son de mercado por ser anormalmente bajos (en concreto, se considera muy bajo el margen de beneficio

del 8%) y que, al no distinguirse si los precios unitarios se corresponden con horarios normales, nocturnos o festivos, no es posible saber si se cumplen los requisitos del convenio colectivo aplicable. Este Órgano ya ha señalado en ocasiones anteriores (ver, por todas, su Resolución 49/2020) que el poder dispone de un margen de discrecionalidad para fijar el precio de licitación, y que corresponde a quien sostiene su inadecuación al mandato de que dicho precio se ajuste al mercado demostrar que, más allá de las variaciones propias de dicho mercado, el presupuesto fijado no permite una ejecución normal de la prestación contractual ni una concurrencia suficiente en el procedimiento de adjudicación. En el caso analizado, los argumentos de DENOK están muy lejos de poner en duda la razonabilidad de los pliegos en esta materia, pues se trata de alegaciones genéricas y no justificadas. Debe tenerse en cuenta que el apartado 4 del Cuadro de características del PCAP contiene un desglose del presupuesto en el que figura una cantidad global asignada a los costes laborales que no ha sido cuestionada en el recurso, sin que sea exigible, como parece pretender DENOK, que los pliegos diferencien los precios unitarios del contrato en razón de los tramos horarios fijados para las retribuciones en los convenios colectivos. Asimismo, el beneficio industrial fijado se ha elegido, como señala el Ayuntamiento, con arreglo a un criterio aceptable, como es la aplicación analógica del artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, especialmente si se tiene en cuenta que el beneficio efectivamente obtenido depende de factores inciertos y variables para cada empresa, como la estructura de costes, sus previsiones o su estrategia comercial. Consecuentemente, el motivo de recurso debe desestimarse.

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 / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto en materia de contratación interpuesto por DENOK, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicios de acondicionamiento de espacios para actividades socioculturales y otras necesidades municipales del Ayuntamiento de Hondarribia”, tramitado por el Ayuntamiento de Hondarribia.

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, 2020ko ekainaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de junio de 2020