



EB 2023/264

Resolución 103/2024, de 4 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 SABICO SEGURIDAD, S.A., contra la adjudicación del contrato de “Servicios de seguridad, vigilancia y control de la E.P.E. Donostia Kultura, Victoria Eugenia Antzokia, S.A. y San Telmo Museoa, S.A.”, tramitado por Donostia Kultura.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 28 de diciembre de 2023 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 empresa SABICO SEGURIDAD, S.A., (en lo sucesivo, SABICO) contra la adjudicación del contrato de “Servicios de seguridad, vigilancia y control de la E.P.E. Donostia Kultura, Victoria Eugenia Antzokia, S.A. y San Telmo Museoa, S.A.”, tramitado por Donostia Kultura.

SEGUNDO: El mismo día 28 de diciembre 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 4 de enero.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 22 de enero se han recibido las alegaciones presentadas por DELTA SEGURIDAD, S.A.(DELTA), adjudicataria impugnada

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de B.P.S., que actúa en nombre y representación de SABICO.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

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, Donostia Kultura tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos que, en síntesis, alega la recurrente son los siguientes:

- a) La recurrente efectúa una serie de cálculos relativos a los precios ofertados por DELTA para las horas nocturnas, festivas y nocturnas-festivas para los años 2024, 2025 y 2026, concluyendo que la oferta de DELTA no cubre los costes directos por hora y no cumple, por tanto, con el Convenio laboral de aplicación. En este sentido, no cabe pretender que esas pérdidas sean compensadas con los importes/hora ofertados para el resto de las horas, dado que al ser precios muy ajustados apenas existe margen para el beneficio industrial.
- b) Aunque la oferta de DELTA no esté incurso en valores anormales, ello no es óbice para que se pueda señalar que existe una inviabilidad de la mismas. En particular, hay que tener en cuenta que la oferta de un licitador puede ser inviable por el mero hecho de incumplir las obligaciones laborales y/o del Convenio Colectivo.
- c) Finalmente, solicita que se anule el acto impugnado y se declare la exclusión de la oferta de DELTA y la retroacción de la licitación para que se adjudique el contrato a SABICO por ser la más beneficiosa para el interés público.

SÉPTIMO: Alegaciones de DELTA

DELTA, adjudicataria impugnada, efectúa las siguientes alegaciones:

- a) El servicio es único y la oferta a realizar por los licitadores es única. O, lo que es lo mismo, la oferta de DELTA es única y no puede entenderse aislando los diferentes precios/hora y precios por recargos de forma independiente como pretende el recurrente. Tal y como recoge el Anexo VI, la oferta de DELTA es comprensiva de todas las horas del año.
- b) DELTA ha realizado su proposición de la manera en la que la ha ofertado porque va a obtener una contraprestación económica que globalmente ha considerado como lucrativa, al igual que el resto de licitadores. La oferta de los

licitadores podría no haber sido lucrativa en cada uno de los aspectos o precios ofertados pero el objetivo buscado es que la contraprestación económica sea, en su conjunto, lucrativa.

c) Inexistencia de valores anormales de la oferta presentada por DELTA por cuanto su oferta no es inferior en 20 unidades porcentuales o más a la media aritmética de las ofertas presentadas. Concretamente, la oferta de DELTA es un 1,33% inferior a la media aritmética de las ofertas presentadas.

d) La oferta de DELTA no incumple sus obligaciones laborales y del convenio colectivo sectorial vigente ni sus obligaciones salariales. Para ello, hay que entender que las cantidades a facturar correspondientes a los horarios laborables nocturno, festivo diurno y festivo nocturno, son los importes resultantes de sumar al precio hora laborable diurno los recargos por horario nocturno, festivo y nocturno festivo, respectivamente. Ello se recoge explícitamente en el punto 6.2 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, bajo la rúbrica “Proposición económica de los licitadores”: El recargo por hora ofertado se aplicará sobre el precio ofertado por hora diurna laborable.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los argumentos que concluye de la siguiente manera:

a) Respecto del supuesto incumplimiento del Convenio Colectivo hay que matizar que los precios a facturar por horas nocturnas, horas festivas y horas nocturnas-festivas son el resultado de sumar a la base del precio ofertado por hora diurna laborable el importe de los referidos recargos. Así, se recoge en el punto 6.2 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, bajo la rúbrica “Proposición económica de los licitadores”: El recargo por hora ofertado se aplicará sobre el precio ofertado por hora diurna laborable. Sin embargo, los cálculos realizados por SABICO no tienen en cuenta este hecho por lo que carecen de validez.

b) DELTA ha empleado una estrategia amparada por los pliegos que ha consistido en ofertar un precio por hora diurna laborable más alta que otras competidoras para luego realizar unos recargos más bajos que le han permitido obtener la puntuación más alta en estos subcriterios. Se trata, en definitiva, de una estrategia legítima.

c) Por otro lado, hay que indicar que el cumplimiento de las obligaciones salariales es una cuestión propia de la ejecución del contrato. En el presente supuesto, además, la proposición globalmente estudiada no evidencia la voluntad del licitador de incumplir los niveles salariales del Convenio de aplicación. Es más, la oferta de DELTA no está incurso en presunción de anormalidad y va en línea con las presentada por otras dos licitadoras, es decir, todas las participantes han ofertado un precio muy similar, salvo la recurrente cuya oferta ha sido sensiblemente superior.

d) En base a lo establecido en el punto 12 de la Carátula, se constató que no procedía exigir a ninguno de los licitadores la justificación de la viabilidad de su oferta de conformidad a lo previsto en el artículo 149 LCSP, sin que quepa aceptar la alegación de la recurrente al respecto.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente solicita la exclusión de DELTA porque su oferta económica no cubre los costes salariales mínimos establecidos en el Convenio de aplicación, en particular en lo relativo a las horas nocturnas, festivas y nocturnas-festivas; adicionalmente, argumenta que el poder adjudicador debió haber iniciado el procedimiento de verificación de la viabilidad de la oferta. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y Pliego de condiciones técnicas (en adelante, PCT) que rigen la licitación, que, por no haber sido impugnado en tiempo y forma, su contenido vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación. En concreto, el contenido relevante es el siguiente:

Carátula

(...)

12 Criterios de adjudicación

(...)

2. Criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas: hasta un máximo de 51 puntos.

Proposición económica: Hasta un máximo de 40 puntos.

La ponderación relativa a cada precio ofertado será la siguiente:

- Precio unitario ofertado por hora diurna laborable en 2024: hasta un máximo de 11,69 puntos.
- Precio unitario ofertado por hora diurna laborable en 2025: hasta un máximo de 12,12 puntos.
- Precio unitario ofertado por hora diurna laborable en 2026: hasta un máximo de 12,56 puntos.
- Precio unitario ofertado por recargo* por hora nocturna laborable en 2024: hasta un máximo de 0,39 puntos.
- Precio unitario ofertado por recargo* por hora nocturna laborable en 2025: hasta un máximo de 0,40 puntos.
- Precio unitario ofertado por recargo* por hora nocturna laborable en 2026: hasta un máximo de 0,41 puntos.
- Precio unitario ofertado por recargo* por hora diurna en festivo, sábado y domingo en 2024: hasta un máximo de 0,44 puntos.
- Precio unitario ofertado por recargo* por hora diurna en festivo, sábado y domingo en 2025: hasta un máximo de 0,45 puntos.
- Precio unitario ofertado por recargo* por hora diurna en festivo, sábado y domingo en 2026: hasta un máximo de 0,46 puntos.
- Precio unitario ofertado por recargo* por hora nocturna en festivo, sábado y domingo en 2024: hasta un máximo de 0,35 puntos.
- Precio unitario ofertado por recargo* por hora nocturna en festivo, sábado y domingo en 2025: hasta un máximo de 0,36 puntos.
- Precio unitario ofertado por recargo* por hora nocturna en festivo, sábado y domingo en 2026: hasta un máximo de 0,37 puntos.

* El recargo por hora ofertado se aplicará sobre el precio ofertado por hora diurna laborable.

(...)

Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al/a los licitador/es que la haya/n presentado para que justifique/n la valoración de la oferta y precise/n las condiciones de la misma.

A dichos efectos, podrá ser considerada desproporcionada o anormal aquella oferta (considerándose, a estos efectos, como oferta el sumatorio de los importes resultantes de multiplicar los precios unitarios ofertados por un licitador por las horas estimadas por cada tipo en el punto 6.3 de la Carátula) que sea inferior en 20 unidades porcentuales o más a la media aritmética de las ofertas presentadas.

En todo caso, el órgano de contratación rechazará las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.

Teniendo en cuenta lo antecedente, las consideraciones de este OARC / KEAO sobre las cuestiones planteadas en el recurso son las siguientes:

- a) Sobre el incumplimiento del Convenio Colectivo del precio unitario relativo a las horas nocturnas, festivas y nocturnas-festivas

Considera la recurrente que la oferta que efectúa el adjudicatario impugnado en los precios unitarios relativos a las horas nocturnas, festivas y nocturnas-festivas infringen el Convenio Colectivo de aplicación.

Este motivo de impugnación ha de ser desestimado por las siguientes razones.

- 1) Como bien señalan tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada es de plena aplicación al caso presente la doctrina de este Órgano recogida en la Resolución 47/2022 y que establece que No puede ser aceptada la alegación de que la cantidad ofertada por dichos servicios no cubre los costes salariales, porque nos hallamos ante dos cuestiones diferentes: una cosa es el precio ofertado por unos servicios que representan una prestación residual en el conjunto de la oferta y otro el incumplimiento de la empresa de sus obligaciones salariales, lo cual no se puede deducir sin más de la oferta efectuada, sin perjuicio de la eventual temeridad, y se comprobará en la fase de ejecución del contrato. Además, se ha de tener en cuenta que estos precios unitarios, que representan un porcentaje muy bajo del PBL, pueden ser compensados por la globalidad de la oferta.

- 2) A este respecto, debe indicarse a la recurrente que el cumplimiento de las obligaciones salariales (los recargos por horas nocturnas, festivas y nocturnas-festivas, en el presente supuesto) es una cuestión propia de la ejecución del contrato, esto es, no puede presuponerse dicho incumplimiento durante la fase de licitación, salvo en los supuestos en los que la proposición globalmente estudiada, no por precios unitarios como pretende SABICO (cuestión que se desarrollará en el siguiente apartado de este fundamento jurídico), evidencie de forma inequívoca la voluntad del licitador de incumplir los niveles salariales del Convenio Colectivo de aplicación. Téngase en cuenta que el hecho de ofertar un precio unitario igual al máximo presupuestado o muy cercano al mismo tampoco asegura ni al poder adjudicador ni a los trabajadores que durante la ejecución del contrato se vayan a abonar los salarios de acuerdo con la normativa laboral correspondiente. En definitiva, dicho hipotético incumplimiento habrá de verificarse durante la ejecución del contrato y, al margen de suponer causa de resolución del contrato (artículo 211.1 i) de la LCSP), la exigencia del cumplimiento de dichas obligaciones habría de instarse ante las autoridades laborales correspondientes.
- 3) Por último, ha de indicarse que los precios ofertados por DELTA de las horas nocturnas, horas festivas y horas nocturnas-festivas son el resultado de sumar a la base del precio ofertado por hora diurna laborable el importe de los referidos recargos, tal como lo exige el punto 6.2 de la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, bajo la rúbrica “Proposición económica de los licitadores”: El recargo por hora ofertado se aplicará sobre el precio ofertado por hora diurna laborable, por lo que no cabe reproche alguno en su formulación.

b) Sobre la presunción de baja anormal

Considera la recurrente que existiendo indicios sólidos de que la oferta de DELTA no respetaba el régimen de costes de las horas nocturnas, festivas y nocturno-festivas previsto en el Convenio Colectivo, el poder adjudicador debió, como mínimo, haber iniciado el trámite del artículo 149 de la LCSP para la

verificación de su viabilidad. Este argumento también ha de ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) La cláusula 12 de la Carátula del PCAP exige como presupuesto básico para considerar el carácter anormal de una oferta que sea inferior en 20 unidades porcentuales o más a la media aritmética de todas las ofertas económicas presentadas, siendo la oferta de la adjudicataria un 1,33% más baja que la media aritmética. La propia cláusula establece que se entenderá como oferta el sumatorio de los importantes resultantes de multiplicar los precios unitarios ofertados por un licitador por las horas estimadas por cada tipo en el punto 6.3 de la Carátula, esto es, la oferta económica en su totalidad. En este sentido, debe recordarse que la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad es determinar si la oferta es viable, lo cual debe comprobarse, consecuentemente, con relación a la globalidad de la oferta (ver, por ejemplo, las Resoluciones 164/2020 y 64/2021, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 17/12/2019, nº 4069/2019, ECLI:ES:TS:2019:4069). Por ello, carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio (o, en este supuesto, el ofertado para la hora laborable diurna) para dar como resultado una oferta viable en su conjunto (en este sentido la Resolución 22/2020 del OARC / KEAO). De hecho, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se deduce que incluso las ofertas a “0” euros por el total de la prestación son aceptables en un procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que pueda verificarse su viabilidad mediante el procedimiento que la LCSP prevé en su artículo 149 para las bajas incursas en presunción de anormalidad (ver la STJUE de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685). En este sentido, no es infrecuente en el tráfico mercantil, ni tiene nada de reprochable, que los operadores económicos formulen o negocien sus ofertas proponiendo determinadas prestaciones de un contrato sin un precio específico o adicional concretamente asignado para ellas en el contexto de un negocio jurídico que esperan perfeccionar con una contraprestación monetaria que estiman globalmente lucrativa, asumiendo el riesgo de que,

finalmente, no se dé tal rentabilidad (ver, por ejemplo, la Resolución 73/2021 del OARC / KEAO)

2) No cabe aceptar la alegación del recurrente sobre que la oferta del licitador puede ser una oferta anormalmente baja, con independencia de su importe, por el mero hecho de incumplir las obligaciones laborales y/o del convenio colectivo, ya que, además de lo indicado en la letra a) anterior sobre el momento de verificación de las referidas obligaciones salariales, el requisito previo para tramitar el procedimiento establecido en el artículo 149. 4 de la LCSP ha de ser fijado de acuerdo con un parámetro objetivo previsto en los pliegos (artículo 149.2 b) de la LCSP que necesariamente ha de hacer referencia al precio o precios ofertados. Téngase en cuenta que el trámite del artículo 149 es el único cauce legal para determinar, en su caso, la exclusión de una proposición por ser anormalmente baja (ver, por todas, la sentencia del TJUE de 22/6/1989, ECLI:EU:C:1989:256).

3) Finalmente, debe recordarse que, cuando el contrato se adjudica debido a varios criterios, no cabe iniciar el procedimiento previsto en el artículo 149.4 de la LCSP sobre una oferta que no esté incurso en sospecha de anormalidad, según el parámetro prefijado en los pliegos (ver, por ejemplo, todas, la Resolución 152/2017 del OARC / KEAO), como es el presente caso.

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse íntegramente.

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 / Euskal Autonomia
Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SABICO SEGURIDAD, S.A., contra la adjudicación del contrato de “Servicios de seguridad, vigilancia y control de la E.P.E. Donostia Kultura, Victoria Eugenia Antzokia, S.A. y San Telmo Museoa, S.A.”, tramitado por Donostia Kultura.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento.

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, 2024ko ekainaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de junio de 2024