EB 2023/009

Resolución 079/2023, de 27 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 ISS FACILITY SERVICES, S.A. contra los pliegos del contrato "Servicio de limpieza y desinfección en la Osi Barrualde – Galdakao", tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de enero 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 ISS FACILITY SERVICES, S.A. (en adelante, "ISS") contra los pliegos del contrato "Servicio de limpieza y desinfección en la Osi Barrualde – Galdakao", tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 18 de enero 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 20 de enero de 2023.

TERCERO: Con fecha 27 de enero se recibió un escrito de ISS ampliando el recurso a la vista de las aclaraciones del poder adjudicador a las consultas de

Nahi izanez gero, J0D0Z-T4JYN-Z6M7 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4JYN-Z6M7 en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

los operadores económicos, publicadas el día 20 de enero. Este Órgano ha decidido la tramitación de este escrito como un recurso especial diferente cuyo objeto es la impugnación del contenido de una de dichas respuestas y le ha asignado el número EB 2023/94.

CUARTO: En el momento de interposición del recurso no constan en el expediente interesados distintos del recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.L.A.M 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) Se alega que es una vulneración de los principios básicos de la contratación pública no contestar las preguntas, dudas y solicitudes de aclaración que se le han formulado en relación con diversas cuestiones procedimentales y de contenido de la documentación de la licitación. Concretamente, ISS presentó varias preguntas los días 13 y 17 de enero, las cuales no han recibido respuesta en el momento de presentar el recurso especial. El hecho de conocerse las respuestas con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones es una incongruencia con el objeto de las consultas y un agravio para los licitadores, que habrán presentado sus proposiciones sin conocer al 100% aspectos controvertidos o dudosos.

b) El Presupuesto Base de Licitación (PBL) del contrato impugnado incumple la LCSP. Se alega que el apartado 4.2 del Cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) contiene un desglose insuficiente de los costes y que no incluye la totalidad de los costes salariales que tendrá que asumir el adjudicatario, lo que infringe la normativa de contratación pública y vulnera “la totalidad de los costes salariales”.

c) 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”). 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, entre otras cosas, el desarrollo profesional de la convocatoria de Osakidetza de 2012 para su propio personal (según el Acta de Mediación del PRECO de 25/6/2021), así como el "desarrollo profesional a futuro". Por todo ello, todos los pagos atrasados desde 2012 y los costes adicionales futuros por este concepto deben ser tenidos en cuenta en las adjudicaciones existentes o futuras para que las adjudicatarias puedan hacer frente a su pago. La falta de previsión expresa en los pliegos de esta circunstancia es suficiente para justificar su impugnación y modificación. ISS alega que el propio convenio establece que este concepto se tendrá en cuenta en las adjudicaciones existentes o futuras para que las empresas concesionarias puedan afrontar su pago y que se requiere "el aval garante de Osakidetza para con las empresas".

d) ISS alega que el listado de personal con derecho a subrogación que figura en el expediente es erróneo en varios apartados:

e) Finalmente, se solicita que se declare:

* La disconformidad a Derecho de todos los apartados que refieren el cálculo del precio del expediente, debiendo rectificarse dicho apartado para aumentar el precio base de licitación, y que se corrijan los errores contenidos en el mismo o que, de forma subsidiaria, se declare la anulabilidad de dichos apartados, a fin de que se retrotraigan las actuaciones al momento de aprobación de los mismos, para que, en consecuencia, se incluyan todos los costes laborales derivados de la actualización de la Carrera Profesional del personal que presta sus servicios al amparo de la presente Licitación.

* La disconformidad a Derecho, por su correspondencia con el apartado indicado en el punto anterior, de aquellos apartados o cláusulas que se remitan al presupuesto base de licitación, tanto del Pliego de Cláusulas Administrativas como del Pliego de Prescripciones Técnicas.

SÉPTIMO: <u>Alegaciones del poder adjudicador</u>

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

a) El poder adjudicador ha publicado en el perfil del contratante el 18/1/2023 la ampliación del plazo de presentación de ofertas hasta el 2/2/2023 debido a la cantidad de preguntas formuladas y contestadas y cuyas respuestas se publicarán en el perfil el 20/1/2023, dando un margen para que se elaboren las proposiciones a la vista de las aclaraciones. Osakidetza alega que las consultas del recurrente se recibieron entre los días 13 y 17 de enero (un total de 18 preguntas), cuando la licitación se publicó el día 28 de diciembre y el escrito de recurso en el que ISS alega infracción de los principios básicos de la contratación pública tiene fecha del día 17 de enero. Dada la escasez de tiempo de respuesta, parece difícil sostener este reproche.

b) El recurrente confunde el valor estimado del contrato recogido en el punto 4.2 del PCAP con el PBL, recogiéndose claramente que éste se ha calculado en función del convenio colectivo de empresas concesionarias de centros de Osakidetza (Boletín Oficial del País Vasco, BOPV, de 17/6/2015, nº 112). En términos generales, se ha calculado la base del salario bruto anual de acuerdo con los documentos de subrogación facilitados por la empresa que actualmente presta servicio y en función del citado Convenio, calculando la antigüedad y la carrera profesional hasta el 31 de diciembre de 2022. A este importe se le han incluido los diferentes pluses y complementos consolidados, una cifra por absentismos e incapacidad transitoria más los costes estimados de la Seguridad Social. En el caso del lote 2 apartado LAVANDERIA se parte de la estimación realizada de las unidades anuales a procesar de ropa y un precio unitario estimado, obteniendo el máximo de la licitación (IVA Excluido). Por otro lado, se incrementan los precios así obtenidos con el 3 % de gastos generales y el 6% de beneficio industrial.

c) Por otro lado, el poder adjudicador ha establecido en el apartado 16 del PCAP que procede la modificación del contrato "por modificación del coste salarial como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo de aplicación al personal que presta servicios en este contrato en vigor".

d) Osakidetza alega que los listados de subrogación son correctos por las razones expuestas en las respuestas a las consultas de los licitadores publicadas en el perfil del contratante el día 20 de enero.

OCTAVO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

En el recurso se exponen varias cuestiones. En síntesis, se alega que (i) el poder adjudicador ha vulnerado los principios básicos de la contratación pública al no responder varias preguntas, consultas o dudas relativas al contrato que se le han trasladado, (ii) que el listado de personal con derecho a subrogación contiene graves errores y (iii) que el PBL incumple el mandato de ajustarse al mercado porque no contempla el importe que, en concepto de "carrera profesional", podría llegar a tener que abonar el adjudicatario. Sin embargo, la pretensión cuya estimación solicita ISS se refiere únicamente al tercero de estos motivos y circunscribe su impugnación a "…todos los apartados que refieren el cálculo del precio del expediente" y de "todos los apartados o cláusulas que se remitan al presupuesto base de licitación" para que se retrotraigan las actuaciones a fin de incluir "…todos los costes laborales derivados de la actualización de la Carrera Profesional". No consta, ni en el apartado del escrito específicamente reservado para describir dicha pretensión (encabezado por la palabra "SOLICITO") ni en el resto del texto qué se requiere de este Órgano en relación con las otras dos cuestiones; así, no se pide, a propósito de dichas cuestiones, la anulación, la declaración de nulidad, la revocación o la modificación del listado de personal con derecho a subrogación, de los pliegos o de ciertas cláusulas de los mismos, ni tampoco se solicita, por ejemplo, que el OARC / KEAO imponga a Osakidetza que responda las consultas en un plazo concreto u otra medida similar. Esta falta de contenido impugnatorio impide que, respecto de las dos cuestiones citadas, pueda admitirse la tramitación del escrito como recurso especial (ver, por todas, la Resolución

18/2023 del OARC / KEAO), lo que implica que este Órgano, en virtud del principio de congruencia, no puede emitir pronunciamiento alguno al respecto. Consecuentemente, el alcance de la presente Resolución se reducirá a la pretensión relativa a la inadecuación del PBL.

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 es disconforme a derecho por no contemplar la totalidad de los costes salariales adscritos a la ejecución de la prestación contractual (en concreto, el coste derivado del concepto “carrera profesional”) 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, especialmente en lo que afecta al cómputo de los costes salariales, 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 determinar dicho PBL, y que corresponde a quien impugna las condiciones económicas propuestas por el órgano de contratación la carga de probar, más allá de las vicisitudes del mercado, que con ellas 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, se reprocha al poder adjudicador que no haya incluido en el PBL el coste del concepto salarial "carrera profesional", reconocida en el convenio colectivo aplicable, tanto en lo que se refiere a los pagos atrasados desde 2012 como en los que pudieran producirse en el futuro con base en el mismo concepto. Este Órgano ya ha señalado anteriormente (ver, por todas, sus Resoluciones 40/2023 y, especialmente, 65/2023, dictada a propósito del mismo convenio colectivo y del mismo concepto retributivo invocados ahora por la recurrente) 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 ya que, una vez publicados, son los únicos que pueden afectar al poder adjudicador a

estos efectos (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2022 del OARC / KEAO).

3) Debe señalarse que, aunque el artículo 73 del convenio aplicable 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.

4) Independientemente de todo lo anterior, y como bien indica el poder adjudicador, la cláusula específica 16.1 a) 2 del PCAP establece, como modificación contractual prevista en los pliegos, la "modificación del coste salarial como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo de aplicación al personal que presta servicios en este contrato en vigor", lo que parece suficiente para satisfacer la pretensión de la recurrente en el caso de que se dé la circunstancia sobrevenida de que el adjudicatario tenga que abonar las cantidades en concepto de carrera profesional a las que se refiere el recurso. Esta cláusula no ha sido impugnada, por lo que, en virtud de los principios de congruencia y de prohibición del agravamiento de la situación inicial del recurrente (la llamada "reformatio in peius"), recogidos respectivamente 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 su ajuste a la legalidad.

5) Es relevante que consta la recepción de dos ofertas para el Lote 1 y de tres para el Lote 2, lo que es un indicio adicional de la adecuación del PBL al mercado. Téngase en cuenta que, en última instancia, el "precio de mercado" no es el resultado de un cálculo o desglose de costes, siempre estimativo y sujeto a fluctuaciones, sino el precio en el que efectivamente formalizan sus transacciones mercantiles compradores y vendedores, y en este caso parece claro que estos últimos se proponen contratar a partir de las bases económicas fijadas por el poder adjudicador (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2022 del OARC / KEAO). De hecho, y esto es un indicio casi definitivo, una de las ofertas al lote 2 es de la propia empresa recurrente.

b) Conclusión

A la vista de lo expuesto anteriormente, el recurso debe desestimarse íntegramente. Debe recordarse que queda aún pendiente de Resolución el recurso EB 2023/094, mencionado en el Antecedente de Hecho Tercero de la presente Resolución.

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 ISS FACILITY SERVICES, S.A. contra los pliegos del contrato "Servicio de limpieza y desinfección en la Osi Barrualde – Galdakao", tramitado por Osakidetza.

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko apirilaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de abril de 2023