**EB 2022/181**

**Resolución 040/2023, de 2 de marzo, 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 de los centros y edificios de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea", tramitado por la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU).**

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Con fecha 14 de noviembre 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 de los centros y edificios de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea", tramitado por la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (en adelante, UPV/EHU).

**SEGUNDO:** El día 14 de noviembre 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 los días 15 de noviembre y 2 de diciembre.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T4DXR-HXKR 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-T4DXR-HXKR en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

**TERCERO:** Remitido el recurso a los interesados con fecha 23 de noviembre, no se han recibido alegaciones.

**CUARTO:** Mediante la Resolución B-BN 035/2022, de 18 de noviembre, este Órgano acordó 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. La citada legitimación se deduce de la amplia literalidad del primer inciso del artículo 48 de la LCSP, que establece que podrá interponer el recurso especial cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones impugnadas. A juicio de este Órgano, la mención, en el segundo inciso del citado precepto, de que "En todo caso" estará legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados no es sino una especificación de la regla general amplia de legitimación, sin que pueda entenderse que la LCSP se remite al Estatuto de los Trabajadores ni que dicha legitimación se concede tan solo a las organizaciones "más representativas" descritas en la Disposición Adicional 6ª del Estatuto de los Trabajadores de esta norma, como alega el informe del poder adjudicador.

**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, la UPV/EHU 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) Los pliegos del contrato impugnado incumplen la obligación de que el Presupuesto Base de Licitación (PBL) se ajuste a precios reales de mercado. En particular, UPV/EHU no tiene en cuenta ninguna actualización de los costes salariales e ignora las previsiones del convenio colectivo aplicable. El recurrente considera que es irreal asumir que los costes salariales no van a variar hasta el año 2027; de acuerdo con el artículo 48 del Convenio colectivo entre las empresas concesionarias y las / los trabajadores que prestan sus servicios en los centros dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco y de la UPV/EHU para los años 2010 – 2014, se producirán incrementos salariales vinculados con los incrementos acordados en la Mesa General de la Administración Pública Vasca o el IPC del año anterior, y el poder adjudicador (objetivamente y en su condición de parte) puede

estimarlos en los pliegos. Sin embargo, la UPV/EHU se ha limitado a trasladar los costes laborales de 2021 al PBL y al valor estimado. Tampoco se incorpora el coste derivado del incremento de la antigüedad del personal.

b) Las bases de la licitación recogen de manera inadecuada en el PBL el impacto del porcentaje de absentismo estimado por el órgano de contratación, lo que es especialmente relevante en este contrato porque la retribución del contratista está en función del número de horas de servicio prestadas y éste tiene la obligación además de cubrir todas esas horas en caso de absentismo. Como puede comprobarse por una simple operación aritmética, los costes atribuidos al absentismo suponen un porcentaje del 2% respecto a los costes directos de personal y que no hay correlación entre los costes por absentismo y las horas de absentismo por lote que ha estimado en los pliegos el poder adjudicador; en definitiva, hay un desajuste entre el porcentaje de absentismo en horas previsto por la UPV/EHU y la cuantificación del absentismo en el presupuesto del contrato, notablemente inferior.

c) Los pliegos configuran la prestación contractual como una obligación de medios, lo que supone que no hay flexibilidad alguna para el contratista, en un esquema contrario a la naturaleza del contrato de servicios. Los pliegos fijan unas horas mínimas de prestación del servicio, y la cláusula 5.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) prevé una penalización por cada hora no prestada, cuyo valor económico se detraerá de la retribución. Este sistema desincentiva cualquier mejora de la eficiencia (por ejemplo, una mecanización del servicio que implique menos horas de prestación, o una reorganización de turnos) y es contrario a la configuración de las prestaciones a ejecutar en los contratos públicos como obligaciones de resultado, y a la definición del contrato de servicios como “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad”. Además, se restringe la competencia entre licitadores y se desvirtúa la concurrencia en el procedimiento de adjudicación; también se condiciona la aplicación del principio de riego y ventura porque, ante cualquier eventualidad no prevista, el contratista no tiene margen organizativo para modular su impacto.

d) La partida “Otros gastos de personal” de la prestación principal no se justifica objetivamente; esta partida se aplica tan solo a la primera anualidad del contrato, sin explicar su alcance, contenido, etc. La memoria del contrato explica que se consideran los costes de personal en los que probablemente incurrirá el contratista por desvincular a las personas subrogadas que no se adscribirán al contrato (una previsión del impacto de hipotéticos despidos), pero no se puede delimitar si dicha partida está correctamente calculada ni el alcance los posibles despidos a realizar.

e) Finalmente, se solicita la anulación de los documentos contractuales en lo relativo a las cláusulas y preceptos impugnados y la retroacción de las actuaciones y la convocatoria de una nueva licitación con las adaptaciones necesarias para que la totalidad de los elementos del procedimiento de contratación sean conformes a Derecho.

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

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

a) El poder adjudicador solo puede incluir los precios de mercado conocidos en el momento de la licitación; únicamente cabría admitir incrementos salariales futuros si ya estuvieran previstos en el convenio colectivo aplicable, lo que no sucede en el caso analizado. La UPV/EHU alega que, en el momento de elaborar el presupuesto base de licitación, solo está publicado en el Boletín Oficial del País Vasco (BOPV) nº 230 de 18/11/2021 y en el REGCON el Acuerdo Parcial para la actualización salarial y abono de atrasos de los años 2019 a 2021, suscrito el 28/9/2021.

b) Partiendo de los costes laborales vigentes, el poder adjudicador detalla a continuación el procedimiento para la determinación del coste laboral:

- A la vista de los listados de personal a subrogar enviados por los actuales prestadores del servicio, se comprobó que se había aplicado el Acuerdo Parcial para la actualización salarial y el abono de atrasos (2019-2021) al personal incluido en el convenio colectivo.
- En cada lote se ordenaron los datos de las personas a subrogar por orden de antigüedad (es decir, de mayor a menor coste).
- Con base en el número de horas consideradas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) como de obligado cumplimiento para obtener un servicio adecuado a las prestaciones exigidas en dicho PPT, se calculó el coste laboral total por la suma de los costes laborales de los trabajadores que, según el orden antes señalado, representaban esas horas exigidas.
- Dado que en todos los lotes el número de horas del personal a subrogar era superior al exigido en el PPT, se estableció una partida de "otros gastos de personal" o gastos de desvinculación de los trabajadores con menor experiencia; dicha desvinculación puede llevarse a cabo de varios modos, y se tomó la opción más onerosa (despido improcedente) como base del cálculo, utilizando la antigüedad y el 1 de marzo de 2023, fecha estimada de la formalización del contrato.

c) Respecto al absentismo, el cálculo parte de las bajas y ausencias de 2021, dándose la circunstancia de que el coste de persona sustituta es, en general, menor que el de la persona sustituida, según se deduce de los controles de presencia efectuados por la propia UPV/EHU, lo que compensa dicha sustitución e incluso puede suponer saldo a su favor.

d) Para el cálculo de las horas extraordinarias se han utilizado los mismos datos que para la prestación principal.

e) El poder adjudicador alega que la modificación de los costes laborales es un riesgo propio del contrato público de servicios que no justifica la modificación del contrato, por lo que la UPV/EHU ha actuado correctamente al no incluir ninguna medida para paliar hipotéticas subidas salariales futuras.

f) Por lo que se refiere al modo de configurar la prestación, los pliegos describen con precisión los servicios requeridos e indican las frecuencias o periodicidad de realización de cada uno de ellos para obtener un nivel de limpieza adecuado; en este sentido, se busca un nivel de calidad adecuado fijado de acuerdo con varios indicadores, entre los que están las horas de obligado cumplimiento. Sin embargo, las horas se han fijado por lote (no por edificio) y en cómputo anual, para que las empresas puedan autoorganizarse para determinar el número de horas mínimas para cada edificio y la distribución de personal entre los mismos, alcanzando así el mínimo por cada lote, y además se permite alterar el número de horas a prestar en los centros y edificios que forman un lote respecto a la distribución propuesta por el contratista en el programa de trabajo.

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

En síntesis, en el recurso se alega (i) que el PBL incumple el mandato de que el precio contractual se ajuste al mercado y (ii) que la configuración del contrato es contraria a varios principios de la LCSP, como los de eficiencia, competencia y concurrencia.

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) <u>Sobre la inadecuación del PBL</u>

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 no puede aceptarse 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 un instrumento para cumplir este mandato, 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 el desglose de 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, el poder adjudicador ha incluido en los pliegos un desglose (Anexo I.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) cuyas partidas satisfacen los requisitos del artículo 100.2 de la LCSP. El punto de partida, según expresa el propio PCAP, es el listado de personas a subrogar y sus retribuciones junto con el número de horas a prestar según el PPT, lo que es un método de cálculo aceptable. Además, el informe de respuesta al recurso aporta explicaciones adicionales, como el dato de que ya se ha liquidado el pago de la última actualización salarial derivada del Convenio Colectivo (Acuerdo parcial de 28/9/2021, BOPV DE 18/11/2021) o el alcance del concepto “otros gastos de personal”, que obedecería a los gastos de desvinculación de personas trabajadoras con

menor experiencia habida cuenta de que el número de horas totales del personal subrogable es superior al exigido en el PPT (reubicación en otros contratos, despido objetivo o despido improcedente). Este último concepto no es, por cierto, una partida que deba incluirse en el PBL; en este sentido, la Resolución 156/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) señala que "los costes indemnizatorios del despido corresponden al adjudicatario, sin que proceda contemplarlos como parte del precio; primero porque, como se ha dicho, el despido es una decisión del adjudicatario que no le viene impuesta por los términos del contrato; y segundo, porque esos costes indemnizatorios carecen de toda vinculación con la prestación que realiza el adjudicatario y recibe la entidad contratante, no pudiendo por tanto incluirse en el precio del contrato…porque no están remunerando prestación alguna". Consecuentemente, los correspondientes importes pueden considerarse excedentarios a los efectos de determinar la adecuación del PBL, pudiendo aminorar hipotéticas insuficiencias en otras partidas

3) Frente a lo señalado en el apartado 2) anterior, las alegaciones de la recurrente no demuestran, más allá de las posibles y normales alteraciones del mercado que afectan a la actividad contratada y a los márgenes de apreciación propios de un cálculo necesariamente aproximado, que el PBL sea insuficiente para garantizar la concurrencia y la adecuada ejecución del contrato. En especial, se observa lo siguiente:

   - 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).

- Resulta relevante que, aunque el artículo 48 del Convenio Colectivo aplicable establece un sistema de referencia para determinar los incrementos salariales anuales, es la Comisión del Convenio (en la que están representadas las partes del mismo) la que, mediante acuerdos parciales con efecto retroactivo fija finalmente dicha actualización, sin que, a fecha de hoy conste que se haya acordado la correspondiente al ejercicio 2022 y sucesivos. A este respecto, cabe añadir que, en contra de lo que afirma la recurrente, la UPV/EHU no es parte del Convenio Colectivo vigente; no puede considerarse como tal a una entidad que no lo ha suscrito y cuya única relación con dicho instrumento jurídico es que su ámbito objetivo se fija, en parte, en relación a los centros de trabajo de ella dependientes.

- A pesar de que se reclama que el PBL introduzca la actualización de los costes salariales prevista en el artículo 48 del Convenio y se afirma que la UPV/EHU tiene datos para calcularla, ASPEL no la cuantifica, como tampoco cuantifica el incremento por mayor antigüedad.

- Por lo que se refiere al cálculo del absentismo, este Órgano estima que es aceptable la explicación del poder adjudicador, que distingue entre el índice de absentismo medido en horas de ausencia y el coste efectivo previsible para el contratista, que puede ser menor por afectar el absentismo mayoritariamente al personal que supone mayor coste.

b) Sobre la configuración del contrato

El recurrente alega que los pliegos configuran la prestación como una obligación de medios, sin flexibilidad para el contratista. Concretamente, se alega que los citados pliegos fijan unas horas mínimas de prestación del servicio y prevén que su no cobertura penalice la retribución del contratista. Todo ello sería contrario a la configuración de los contratos de servicios como obligaciones de resultado (artículo 17 de la LCSP). A juicio de este órgano, este motivo de recurso no es aceptable por las siguientes razones:

1) Este Órgano ha venido sosteniendo que, para delimitar el objeto del contrato y su clausulado, el poder adjudicador está amparado por una amplia discrecionalidad técnica para definir la mejor forma de satisfacer el interés general implicado en el contrato, sin que los operadores económicos o sus representantes puedan exigir una configuración de dicho objeto que les sea favorable. Consecuentemente, son aplicables los límites típicos de las potestades discrecionales, como son el respeto a los principios generales de la LCSP (especialmente, al principio igualdad de trato) y a lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LCSP, que exige que el contenido del contrato se ajuste al interés público, al ordenamiento jurídico y al principio de buena administración (ver, por ejemplo, las Resoluciones 138 y 186/2018 del OARC / KEAO).

2) A la vista del punto 1) anterior, se considera que de la crítica de ASPEL no puede deducirse una configuración ilegal del contrato. Más allá de que también sean posibles otros sistemas, el establecimiento de un número de horas mínimas de prestación del servicio puede ser una medida adecuada para garantizar su calidad, especialmente si además se establecen con claridad los servicios requeridos y las frecuencias o periodicidades exigidas. La regularización de los pagos mensuales por incumplimiento del número de horas mínimas no puede entenderse como una estipulación contraria a Derecho, pues responde simplemente al incumplimiento de una cláusula del PPT y del programa de trabajo

presentado por el propio contratista y aprobado por el poder adjudicador (ver la Cláusula específica 5.2 del PCAP).

3) Por otro lado, no se comparte el argumento de que los pliegos desvirtúan la definición legal del contrato de servicios como "obligación de resultado", la cual se derivaría del artículo 17 de la LCSP por ser contraria a la misma literalidad de dicho precepto, que establece que "Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro". Consecuentemente, es posible definir el objeto contractual en forma de resultado (dejar el local en ciertos niveles verificables de limpieza) o de actividad (limpiar la oficina cuatro horas al día) o combinando ambas modalidades.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en las letras a) y b) anteriores, 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:

**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 de los centros y edificios de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea", tramitado por la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU).

**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 martxoaren 2a**

Vitoria-Gasteiz, 2 de marzo de 2023