EB 2024/063

Resolución 180/2024, de 9 de octubre, 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 SERVICIOS EMPRESARIALES LANKIDE BI, S.L. Y LAZITURRI, S.L. UTE, contra la adjudicación del contrato de "Servicio de mantenimiento de pistas y campos de hierba artificial en las instalaciones deportivas municipales", tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de abril de 2024 ha tenido entrada 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 SERVICIOS EMPRESARIALES LANKIDE BI, S.L. Y LAZITURRI, S.L. UTE, contra la adjudicación del contrato de "Servicio de mantenimiento de pistas y campos de hierba artificial en las instalaciones deportivas municipales", tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

SEGUNDO: El 22 de abril 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 y 18 de abril de 2024.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T66HW-34WK 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-T66HW-34WK en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 16 de mayo, el día 23 de mayo se presentaron las alegaciones de DISPORT EKI, S.L., adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de I.G.L.DE T., que actúa en nombre y representación de SERVICIOS EMPRESARIALES LANKIDE BI, S.L. Y LAZITURRI, S.L. UTE.

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, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, en concreto de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: <u>Alegaciones del recurso</u>

En resumen, los motivos que sustentan el recurso son los siguientes:

a) La oferta de DISPORT incumple los pliegos en los siguientes aspectos, los cuales, además, son contradictorios con las puntuaciones otorgadas en aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor:

- no asume el número de horas de dedicación que conlleva la ejecución del contrato, especialmente teniendo en cuenta que es el actual prestador del servicio y que ha designado al personal objeto de subrogación. En este sentido, el licitador 1 se aparta en su oferta de los costes de personal que genera la plantilla que él mismo ha entendido subrogable, por lo que parte de una ventaja contraria a las normas de competencia.

- la oferta del licitador 1 incumple el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) al no asignar un coordinador técnico para dirigir el contrato.

b) El informe sobre la justificación de la oferta económica de la licitadora incursa en presunción de anormalidad es arbitrario. El citado informe no emite juicio alguno sobre la viabilidad de la proposición y se remite a análisis de los técnicos municipales que no constan en el expediente. Por otro lado, el recurrente afirma que la justificación presentada por el licitador sospechoso es inadecuada en varios aspectos; en definitiva, el recurrente entiende que el presupuesto anual está infravalorado en 34.271,25 euros porque:

- Altera su propia propuesta técnica en lo referido a las horas de dedicación al servicio.

- Es imposible prestar el servicio con base en la previsión horaria que justifica DISPORT; en particular, se omite la asignación de tareas y la estimación de horas por cada operario, como requirió el poder adjudicador al inicio del procedimiento de verificación de la anormalidad de la baja.

- Hay una manifiesta falta de justificación e insuficiencia en los costes de personal en lo relativo a la subrogación del personal, los cálculos de los costes de Seguridad Social (bonificaciones), el absentismo, calculado en los pliegos con base en los datos ofrecidos por el propio licitador y que parte de la idea de que los trabajadores (mayores de 45 años) van a tener un absentismo menor en unas condiciones laborales duras, lo que es contrario a los pliegos y al artículo 102 LCSP y una "hipótesis o práctica inadecuada" a los efectos del artículo 149.4 LCSP. Además, se omiten partidas importantes (coste de los servicios mínimos, del plan de seguridad y salud, de los reconocimientos y revisiones médicas anuales de los trabajadores, del coordinador técnico, de la asistencia técnica a disposición del Ayuntamiento y del programa de formación).

- El coste de la maquinaria se justifica deficientemente; se alega que la maquinaria está ya amortizada, por lo que su antigüedad mínima es de 7 años, por lo que puede sufrir percances que provoquen más costes en mantenimiento y reparaciones. La recurrente alega que el gasto en adhesivo es insuficiente a la vista del precio del producto en el mercado; alegaciones similares se formulan sobre las partidas de material artificial, combustible, seguro e ITV, vestuario y equipos de protección individual (EPIs) y riesgos.

- Las partidas de gastos generales y beneficio industrial se estiman en un porcentaje global del 8%, lo que se aparta de los porcentajes establecidos en el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que fija un porcentaje del 19% (13% en gastos generales y 6% en beneficio industrial).

c) Finalmente, se solicita la exclusión de la adjudicataria impugnada y la adjudicación del contrato a la recurrente, según lo previsto en el artículo 150.4 LCSP.

SÉPTIMO: Alegaciones de DISPORT

El adjudicatario impugnado se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Los pliegos no establecen nada sobre el número de horas asociado a la ejecución del servicio, cuestión que recae en la experiencia de la empresa. El listado de personal subrogable no es una referencia absoluta sobre la previsión de los medios humanos necesarios; de hecho, la adjudicataria puede asignar el personal subrogado a otros servicios de la empresa.

b) No es aceptable el reproche de que DISPORT tiene ventaja porque es quien ha proporcionado los datos de personal subrogable y no tenerlos en cuenta para elaborar su propia proposición: el coste de personal subrogable será igual para todos los licitadores, si bien cada empresa puede utilizar su propia estrategia, por ejemplo, destinando ese personal a otras tareas.

c) DISPORT alega que su oferta sí recoge la contratación de un responsable de servicio que incluye las funciones de dicho coordinador.

d) Se niega la arbitrariedad en la valoración de los criterios de adjudicación y de la justificación de la oferta económica, que están amparadas en la discrecionalidad técnica que corresponde al poder adjudicador. Se alega que la recurrente presentó una oferta en 2021 para el mismo contrato solo 3.000 euros superior a la oferta ahora impugnada. DISPORT ha presentado una justificación que satisface todos los aspectos requeridos por el poder adjudicador.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por lo siguiente:

a) Se rechaza la afirmación de que la valoración de las ofertas haya sido arbitraria; asimismo, se alega que la oferta de DISPORT cumple los requisitos mínimos recogidos en los pliegos. En particular, se alega que la oferta de

DISPORT sí incluye la figura del “responsable del servicio”, que los pliegos no establecen un número mínimo de horas a destinar a la ejecución del contrato.

b) Se alega que el poder adjudicador no tiene que justificar exhaustivamente los motivos por los que acepta la viabilidad de la oferta sospechosa de anormalidad, función para la que dispone de un amplio margen de discrecionalidad, el cual se ha ejercido de manera correcta. El recurrente emplea estimaciones y apreciaciones subjetivas para apoyar su alegación de inviabilidad de la oferta. En particular, se argumenta que se ha cumplido la obligación de información en materia de subrogación, y que la obligación de subrogación no supone que necesariamente el nuevo adjudicatario haya de incorporar a todos los trabajadores subrogados a la prestación contratada.

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

En síntesis, el recurso se basa en dos motivos.

(i) la oferta de la adjudicataria impugnada incumple los pliegos que rigen la licitación porque no asume el número de horas de dedicación que conlleva la ejecución del contrato y porque no asigna un coordinador técnico que dirija la ejecución de la prestación contractual.

(ii) El informe que sustenta la aceptación de la justificación de la anormalidad de la baja es arbitrario y no emite ninguna opinión sobre la documentación presentada por el adjudicatario impugnado, que es contradictoria con la propia oferta e insuficiente a varios aspectos.

A la vista de lo anterior, de las alegaciones de los interesados y del resto de la documentación que consta en el expediente, a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso:

a) Sobre el incumplimiento de los pliegos por la oferta de DISPORT

El recurso alega dos incumplimientos de los pliegos en la oferta de la adjudicataria impugnada que debieran suponer la exclusión de la proposición.

a 1) Sobre las horas de dedicación a la prestación contractual

La alegación de que DISPORT no asume el número de horas de dedicación que supone la ejecución del contrato debe desestimarse por las siguientes razones:

1) Como bien indican DISPORT y el poder adjudicador, los pliegos no recogen ninguna obligación de dedicación horaria mínima para la ejecución del contrato que las ofertas deban respetar. De hecho, el recurrente tampoco señala cuál es la concreta cláusula o prescripción cuya infracción denuncia.

2) El recurso se apoya en que DISPORT es el actual contratista del servicio y ha comunicado unos datos relativos a la subrogación de trabajadores (número de trabajadores, categorías profesionales, costes salariales, etc.) de las que su proposición se aparta, por lo que parte de una ventaja contraria a las normas de competencia. Este argumento no es aceptable. Como bien admite el propio recurrente, todos los licitadores (y no solo el anterior prestador del servicio) pueden legítimamente decidir no destinar el personal subrogado o parte de él a la ejecución del nuevo contrato, por lo que no se entiende qué hay de reprochable en la actuación de la adjudicataria impugnada. En particular, no consta ninguna infracción de la normativa sobre competencia, pues no se pone en duda la veracidad de la información proporcionada por el anterior prestador y exigida por el artículo 130.1 LCSP, ni se acredita que este último haya urdido ninguna maniobra fraudulenta o contraria a la competencia. Además, debe señalarse que, en general, no es ilegítimo ni contrario al principio de igualdad de trato que el anterior prestador disponga “de facto” de ventajas inherentes a su condición. No obstante, tales ventajas serían ilegítimas si se observara una configuración del contrato favorable al anterior

adjudicatario o si durante el procedimiento éste se reservara información útil para la elaboración de la oferta, lo que no consta en el caso analizado (ver, por todas la Resolución 186/2018 del OARC / KEAO).

a 2) Sobre la designación de un coordinador técnico

No es aceptable la alegación de la recurrente relativa a la omisión de la designación de un coordinador técnico en la oferta de DISPORT:

1) El apartado 7.1 del PPT, invocado por la recurrente, y titulado "Medios humanos", que establece que "La empresa adjudicataria asignará para dirigir el contrato un coordinador técnico (…)." Como se deduce de la misma literalidad de la cláusula, se trata de imponer una obligación al adjudicatario del contrato, no de requerir al licitador para que en su proposición incluya la acreditación del cumplimiento de un requisito técnico. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que el PPT es el pliego en el que deben constar las condiciones técnicas de la ejecución del contrato, pero no la documentación que deben presentar los licitadores (ver, por ejemplo, la Resolución 116/2022 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no se le puede reprochar al adjudicatario impugnado incumplimiento alguno, sin perjuicio de que el poder adjudicador controle y exija la satisfacción de la exigencia técnica en la fase de ejecución del contrato, con las consecuencias correspondientes en caso de incumplimientos (penalidades, resolución del contrato, etc.).

2) El recurrente alega también el apartado 4º A de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el incumplimiento de la cláusula 3.4.3.4 del PPT. Sin embargo, esta alegación parece deberse a un error en la elaboración del escrito de recurso porque estos epígrafes no existen en los pliegos de la licitación.

b) <u>Sobre la baja anormal</u>

El recurso considera que la justificación de la baja anormal es insuficiente y que su aceptación por el poder adjudicador es arbitraria y no está sustentada en un juicio sobre dicha justificación. Sobre esta cuestión, se observa lo siguiente:

1) El requerimiento de justificación enviado por el poder adjudicador a DISPORT después de comprobar que su oferta se encontraba en presunción de anormalidad señala, entre otras cosas, que requiere al licitador para que justifique y desglose su oferta mediante la presentación de la información y documentos que sean pertinentes a los efectos del artículo 149 LCSP y, en particular, la relativa a:

- "Cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental y laboral, siendo imprescindible aportar convenio regulador de aplicación.
- Planificación anual de las tareas de mantenimiento preventivo para cada uno de los años de duración del contrato, desglosado por semanas y por instalaciones y por pistas o campos si la instalación tiene más de uno. Se deberá detallar la duración en horas o minutos, de cada tarea en cada campo, indicando qué operario destinado al contrato lleva a cabo cada tarea (operario 1, operario 2, operario 3…). Cada planificación anual deberá incluir un cuadro-resumen que recoja, como mínimo, las horas totales dedicadas a cada tarea en cada campo/pista, las horas totales dedicada a cada tarea por cada operario cada año y el importe del coste salarial de dichas horas.
- Estimación anual de las tareas de mantenimiento correctivo para cada campo/pista, desglosado por semanas, teniendo en cuenta inclemencias meteorológicas, roturas y desgastes por uso… Se deberá detallar la duración en horas o minutos, de cada tarea en cada campo, indicando qué operario destinado al contrato lleva a cabo cada tarea (operario 1, operario 2, operario 3…) y el coste salarial desglosado.
- Fichas técnicas de los productos a utilizar para las reparaciones de las incidencias que surjan como mantenimiento correctivo (pegamento, pintura...)."

2) La respuesta de DISPORT contesta al requerimiento con un documento de 58 páginas que se extiende sobre el convenio laboral aplicable, la planificación y estimación anual de las tareas de mantenimiento preventivo, la estimación anual de las tareas de mantenimiento correctivo, el cálculo de los costes de personal, de maquinaria y de otros gastos, el

resumen del presupuesto y las fichas técnicas de los productos, así como un epígrafe de conclusiones.

3) El informe que sustenta la aceptación de la justificación de la baja señala al respecto lo siguiente:

"Una vez recibida la justificación de la oferta económica, con fecha 15 de enero de 2024, por el licitador DISPORT EKI S.L. y analizada ésta por los técnicos del Servicio de Mantenimiento de Edificios Municipales, se concluye que el licitador ha presentado el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental y laboral, convenio regulador de aplicación, planificación anual del mantenimiento preventivo y estimación anual de las tareas de mantenimiento correctivo, así como fichas técnicas de los productos a utilizar".

4) De lo expuesto en los apartados 1) a 3) anteriores se deduce lo siguiente:

- El requerimiento de justificación de la baja especifica los concretos aspectos de la proposición que se consideran sospechosos, más allá de la mera incursión en el umbral de anomalía. Este contenido satisface, en principio, lo dispuesto en el artículo 149.4 LCSP, que pide que la petición de información que se dirija al licitador se formule claramente, de modo que éste pueda justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta (ver, entre otras, las Resoluciones 196/2019, 7/2021 y 14/2024, así como los apartados 51 y siguientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27/11/2001, asuntos C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640).

- No puede considerarse suficiente la motivación de la aceptación de la oferta, pues se limita a describir muy resumidamente las líneas generales de la justificación presentada por DISPORT, sin que haya referencia alguna a su contenido concreto y sin que conste la más mínima valoración razonada de su suficiencia que permita entender por qué se ha aceptado la proposición.

- Es cierto que la motivación de la exclusión de una oferta anormal debe ser exhaustiva, mientras que basta que la motivación de su aceptación sea suficiente; la razón de esta diferencia estriba en que, en el primer caso, se está rechazando una oferta en principio muy ventajosa, lo que es una excepción a los principios generales de la LCSP. No obstante, ello no supone que la decisión de aceptación no deba satisfacer, al menos, los requisitos mínimos exigibles a cualquier motivación, la "sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho" a la que se refiere el artículo 35.1 de la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común (LPAC); en especial, deben constar al menos los aspectos concretos de la justificación del licitador que se estiman relevantes y el juicio crítico que merecen.

5) En definitiva, el acto impugnado no se ha motivado adecuadamente, por lo que debe estimarse parcialmente el recurso en este punto, con la consecuencia que se expresará en la letra c) de este Fundamento jurídico.

c) Conclusiones

A la vista de lo expuesto en las letras a) y b) anteriores, el recurso debe estimarse en lo relativo a la falta de motivación de la aceptación de la baja anormal. Por lo que se refiere a los efectos de dicha estimación parcial, se observa lo siguiente:

1) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.6 LCSP, *"*En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada*"*. Consecuentemente, el órgano de contratación tiene un deber de motivar y la mera remisión a la justificación ofrecida por el licitador, por muy detallada que ésta sea, no es suficiente para satisfacer tal exigencia.

2) A la vista de lo expuesto en el apartado 1), anterior, debe anularse el acto impugnado y retrotraerse las actuaciones para que el poder adjudicador valore la justificación aportada y motive debidamente la decisión que adopte.

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: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SERVICIOS EMPRESARIALES LANKIDE BI, S.L. Y LAZITURRI, S.L. UTE, contra la adjudicación del contrato de "Servicio de mantenimiento de pistas y campos de hierba artificial en las instalaciones deportivas municipales", tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, en el sentido expresado en el apartado 2) de la letra c) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO: 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 urriaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de octubre de 2024