



EB 2022/210

Resolución 059/2023, de 27 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 interpuesto por la mercantil TECMAN SERVICIOS DE VALOR AÑADIDO, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicios de conducción y mantenimiento de los edificios e instalaciones del Museo Cristóbal Balenciaga”, tramitado por la Fundación Cristóbal Balenciaga.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de diciembre de 2022 la mercantil TECMAN SERVICIOS DE VALOR AÑADIDO, S.L. (en adelante TECMAN) interpuso 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) un recurso especial contra la adjudicación del contrato de “Servicios de conducción y mantenimiento de los edificios e instalaciones del Museo Cristóbal Balenciaga”, tramitado por la Fundación Cristóbal Balenciaga.

SEGUNDO: El día 23 del mismo mes este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, 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 27 de diciembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 28 de diciembre, se han recibido las alegaciones de GIROA, S.A.U. (en adelante, GIROA), adjudicataria impugnada, el día 4 de enero de 2023.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.G.D. que 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 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

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 Fundación Cristóbal Balenciaga tiene la condición de poder adjudicador, 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 oferta de GIROA debe ser excluida por ofertar un precio por hora nocturna que no incluye el incremento por pluses de nocturnidad, incumpliendo con ello el Convenio Colectivo, los pliegos de la licitación y el artículo 149 de la LCSP.
- b) El Convenio Colectivo de aplicación establece que el precio/hora del horario nocturno debe ser un 20% más elevado que el de la retribución por el servicio diurno y, sin embargo, la adjudicataria ha ofrecido un precio/hora menor para el servicio nocturno que para el diurno. Por su parte, los pliegos recogen los precios unitarios máximos y en los que se observa que la retribución prevista para las horas nocturnas es un 79% superior a la retribución prevista para las horas diurnas; esto es, se pueden ofertar precios unitarios inferiores a los indicados, pero no se puede cambiar el sistema retributivo en el que se establece que las horas nocturnas de un mismo servicio se deben de pagar más caras que las diurnas.
- c) El poder adjudicador debió haber excluido la oferta de GIROA o como mínimo haber abierto un trámite por oferta anormalmente baja y haber requerido a la adjudicataria que justificase su oferta. Hay que tener en cuenta que la oferta de un licitador puede ser anormalmente baja con independencia de su importe (total, parcial o precios unitarios) por el mero hecho de incumplir las obligaciones laborales y/o del Convenio Colectivo.
- d) A la vista de los precios ofertados, la Administración contratante podría decidir que todos los trabajos o la mayoría de ellos se realizasen en horario nocturno al disponer de un precio sustancialmente más ventajoso para sus intereses.



e) Finalmente, solicita que se anule el acto impugnado y se declare la exclusión de la oferta de GIROA y la retroacción de la licitación para que se adjudique el contrato al licitador que haya obtenido la mejor valoración.

SÉPTIMO: Alegaciones de GIROA

GIROA, adjudicataria impugnada, efectúa las siguientes alegaciones:

a) No existe el incumplimiento respecto al precio/hora nocturna por no incluir el plus de nocturnidad alegado. Es del todo errónea la conclusión alcanzada por la recurrente respecto a que, siendo el precio unitario nocturno ofertado inferior al diurno ello suponga el incumplimiento de las obligaciones laborales, concretamente, el pago del plus de nocturnidad.

b) Al respecto, debe tenerse en cuenta la estructura del precio del contrato, los servicios a prestar se clasifican en fijos y bajo demanda. Los servicios fijos se prestan de lunes a viernes en horario diurno; por su parte, los servicios bajo demanda están orientados a cubrir situaciones excepcionales. En este sentido, los servicios fijos representan aproximadamente el 82% del presupuesto base de licitación, mientras que los servicios bajo demanda suponen el 18%. De entre estos, las horas nocturnas suponen el 20%, por lo representan el 3,6% de la totalidad del presupuesto.

c) No puede concluirse del hecho de haber ofertado un precio unitario inferior para el servicio nocturno respecto del diurno que GIROA vaya a incumplir sus obligaciones laborales o que no vaya a pagar a sus trabajadores los pluses de nocturnidad, pues ha de diferenciarse entre el precio ofertado por unos determinados servicios y el cumplimiento por la empresa de las obligaciones en materia laboral. Por otro lado, la oferta ha de valorarse en su conjunto para considerar si es viable o no y tampoco existe obligación de que se repercuta el coste íntegro de cada prestación en cada precio unitario.



d) Ha de rechazarse la alegación relativa a que el poder adjudicador debió haber activado el procedimiento de comprobación sobre la anormalidad de la oferta establecido en el artículo 149.4, pues para ello debe analizarse el precio ofertado en su conjunto para la totalidad de los servicios a prestar, tal y como establecen los pliegos (apartado 11 de la Carátula). Al respecto, la propia LCSP impide considerar anormal una oferta que no esté incurso en “presunción de anormalidad” en atención a lo dispuesto en los pliegos.

e) Ante la alegación de la situación hipotética planteada la recurrente de que todos los servicios se realizasen en horario nocturno debe señalarse que dicha situación no tiene la más mínima probabilidad de suceder, pues los servicios fijos a prestar que suponen la mayor parte del precio lo son siempre en horario diurno.

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) El hecho de que GIROA haya ofertado para los servicios de refuerzo un precio unitario inferior al precio unitario diurno, en absoluto significa que vaya a incumplir con la obligación establecida al efecto en el Convenio Colectivo de referencia. Adicionalmente, ha de indicarse que los servicios fijos representan el 82% del presupuesto base de licitación mientras que los de demanda suponen el 18%.

b) Al respecto, debe señalarse que la recurrente ha realizado una oferta económica inferior para los servicios fijos, obteniendo la máxima puntuación en dicho apartado. Sin embargo, GIROA ha utilizado una estrategia distinta a la vista de los criterios de adjudicación ofertando un precio unitario inferior para los servicios no fijos, obteniendo la máxima puntuación en este apartado.

c) En lo que respecta a la presunta baja anormal, únicamente señalar que de la aplicación en lo previsto el punto 12 de la Carátula del PCAP no procedía exigir



a ninguno de los licitadores la justificación de la viabilidad de la oferta, pues ninguna de las mercantiles incurriría en sospecha de anormalidad.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente solicita la exclusión de GIROA porque su oferta económica en lo que a la retribución de las horas nocturnas se refiere contraviene el Convenio Colectivo, lo establecido en los pliegos y el artículo 149 de la LCSP; adicionalmente argumenta que el poder adjudicador hubiese debido iniciar el procedimiento de verificación de las ofertas anormalmente bajas. 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

(...)

11. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

- c) **Criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas: hasta un máximo de 55 puntos.**

(...)

4 Precio unitario por hora ofertado para los servicios a demanda para atender eventos, averías o emergencias en horario nocturno, fin de semana o festivo: Hasta un máximo de 3 puntos

$$P = 3 * \text{oferta mínima} / \text{oferta a valorar}$$

Donde:

P: Puntuación obtenida por el licitador cuya oferta se valora.

Oferta mínima: Importe de la menor oferta

Oferta N: Importe de la oferta que se valora

Las ofertas que no mejoren el precio unitario máximo de licitación recibirán cero (0) puntos en este apartado.



Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal en los primeros cuatro apartados anteriores, deberá darse audiencia al/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 *que sea inferior en 20 unidades porcentuales o más a la media aritmética de la totalidad de las proposiciones.

*Considerándose, a estos efectos, como oferta la suma del importe anual de los servicios fijos del contrato y del importe resultante de aplicar los precios unitarios ofertados para los servicios a demanda por el número unidades estimadas a tal efecto en la Cláusula 6.1 del presente Pliego.

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 al precio/hora nocturna

Considera la recurrente que la oferta que efectúa el adjudicatario impugnado de 22 euros/ hora por los servicios a prestar en horario nocturno (frente a 27,50€/hora diurna) infringe el Convenio Colectivo de aplicación, por cuanto que este exige que la retribución nocturna sea un 20% más elevada que la diurna (plus de nocturnidad).

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 (el plus de nocturnidad, 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 TECMAN (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, la adjudicataria ha presentado una oferta económica en la que puede observarse que el gasto total para la empresa de la suma de los precios unitarios/hora de los servicios a prestar bajo demanda (entre los que se encuentran los servicios a prestar en horario nocturno) es superior al coste que el cumplimiento del Convenio Colectivo implica para dichos servicios, lo que supone otro indicio que sirve para rebatir el argumento de la recurrente.



b) Sobre la presunción de baja anormal

Considera la recurrente que existiendo indicios sólidos de que la oferta de GIROA no respetaba el régimen de pluses de nocturnidad 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 11 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. La propia cláusula establece que se entenderá como oferta la suma del importe anual de los servicios fijos y del importe resultante de aplicar los precios unitarios para los servicios a demanda por el número de unidades estimadas a tal efecto en la Cláusula 6.1 del presente pliego, 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, del ofertado por los servicios ordinarios) 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 en razón de 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 mercantil TECMAN SERVICIOS DE VALOR AÑADIDO, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicios de conducción y mantenimiento de los edificios e instalaciones del Museo Cristóbal Balenciaga”, tramitado por la Fundación Cristóbal Balenciaga.

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, 2023ko martxoaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de marzo de 2023