



EB 2023/024

Resolución 087/2023, de 10 de mayo, 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 de empresas de mantenimiento integral y servicios energéticos (AMI) contra los pliegos del contrato que han de regir el “Servicio de mantenimiento integral de las instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de febrero de 2023 se presentó en el registro del Órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación de empresas de mantenimiento integral y servicios energéticos (AMI) contra los pliegos del contrato que han de regir el “Servicio de mantenimiento integral de las instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

SEGUNDO: El día 6 del mismo mes se recibió en el registro electrónico 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 junto con la copia del expediente de contratación y 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).

TERCERO: No consta en el expediente la existencia de más interesados que la propia recurrente y el poder adjudicador.





CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 008/2023, de 15 de febrero, 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.M.H.A. 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 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, el Ayuntamiento de Portugalete 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 cálculos y el procedimiento de obtención del coste del personal afecto al servicio a contratar son erróneos y suponen insuficiencia presupuestaria. En consecuencia, los pliegos del contrato impugnado incumplen la obligación de que el Presupuesto Base de Licitación (PBL) se ajuste a precios reales de mercado, tal y como exigen los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP. En particular, el poder adjudicador ha establecido un PBL con unos costes salariales estimados a partir de un Convenio laboral que ha expirado hace más de dos años y que se encuentra en ultraactividad.
- b) El contrato objeto de licitación tiene una duración inicial mínima de tres años, pudiendo llegar a alcanzar los cinco años mediante las prórrogas obligatorias para el adjudicatario. Este período de ejecución no puede considerarse como algo baladí, pues el PBL ha sido calculado en base a unas tablas salariales de 2020. Si a lo anterior añadimos que se prevé la renovación del Convenio Colectivo extinto, la situación de inflación y las subidas del SMI, los salarios subirán en la actualización de las tablas salariales. En definitiva, el PBL resulta a todas luces insuficiente y por debajo del precio de mercado.
- c) Finalmente, se solicita la anulación de los documentos contractuales en lo relativo a las cláusulas y preceptos impugnados y, consecuentemente, el propio procedimiento de contratación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando lo siguiente:

- a) A fecha de publicación del concurso, el Convenio colectivo de la industria Siderometalúrgica de Bizkaia estaba en fase de negociación, encontrándose en ultraactividad, y por tanto el último Convenio colectivo es el aprobado con vigencia



desde el 1 de enero de 2109 al 31 de diciembre de 2021. Dado que existen discrepancias entre la patronal y los sindicatos sobre el incremento salarial para el año 2021 no han sido aprobadas ni publicadas las tablas salariales correspondientes a ese año. Consecuentemente, la plantilla está siendo retribuida conforme a valores salariales de 2020 por ser las últimas tablas oficiales publicadas.

b) No obstante lo anterior, para el cálculo del PBL se han tenido en cuenta unas hipótesis de incremento de costes, tanto en los años 2021 y 2022 como durante la vida del contrato (3 años + 2 de posibles prórrogas) que asciende a la cantidad de 88.516 €, esto es, un incremento del 17,89€.

c) El PBL no puede calcularse teniendo en cuenta hipotéticos convenios colectivos futuros, sino que debe atenderse al vigente.

d) La recurrente no prueba que el PBL no cubra los costes de las prestaciones objeto del contrato, limitándose a hacer una serie de manifestaciones que no desvirtúan el contenido de los pliegos.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, en el recurso se alega que el PBL incumple el mandato de que el precio contractual se ajuste al mercado, ya que está basado en tablas salariales de un Convenio colectivo ya expirado y que se encuentra en estado de ultraactividad.

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 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 (Apartado 9 de la Carátula del 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 en el cálculo del PBL se ha incluido una hipótesis de incremento de costes



salariales, tanto de los años 2021 y 2022 como durante la vida del contrato y que asciende a la cantidad de 88.516 €, esto es, un incremento del 17,89% sobre los costes salariales calculados con las tablas de 2020.

3) Frente a lo señalado en el apartado 2) anterior, el recurrente no acredita (ni este Órgano la observa) ninguna infracción de los límites del ejercicio de la discrecionalidad técnica ni que el PBL sea insuficiente para garantizar la concurrencia y la adecuada ejecución del contrato. En este sentido, los argumentos del recurso no son aceptables por los siguientes motivos:

- (i) El artículo 100.2 de la LCSP exige que la adecuación a los precios del mercado del presupuesto base de licitación lo ha de ser en el momento de su elaboración (2022), esto es y en el presente supuesto, con las tablas salariales del año 2020 por no haber sido aprobadas ni consecuentemente publicadas las correspondientes al año 2021 ni, por supuesto, las del año 2022.
- (ii) En el mismo sentido, como bien indica el poder adjudicador, no se puede pretender que el PBL se calcule teniendo en cuenta el supuesto contenido de hipotéticos convenios colectivos futuros o actualizaciones del convenio vigente que no son conocidas a la hora de la elaboración del PBL, porque ello iría en contra del principio de riesgo y ventura (artículo 197 de la LCSP), que impide garantizar al contratista una rentabilidad mínima o proporcionarle una cobertura frente a cualquier evento perjudicial (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC / KEAO 69/2016 y 64/2017 del OARC / KEAO, confirmadas por las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1/2/2018, nº 28/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:91 y de 27/9/2018, nº 284/2018, ECLI:ES:TSJPV:2018:2725, así como la Resolución 112/2019 de este Órgano). 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 (artículo 101.2 LCSP) que, una vez publicados, son los únicos que pueden afectar al poder adjudicador (ver, por ejemplo, la Resolución 136/2022 del OARC / KEAO).

- (iii) A pesar de que se reclama que el PBL tenga en cuenta los previsibles incrementos salariales de futuros convenios colectivos, AMI no los cuantifica, mientras que el poder adjudicador sí que lo ha hecho en el ámbito de la discrecionalidad técnica que le asiste.

b) Conclusión

A la vista de lo manifestado en la letra a) 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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación de empresas de mantenimiento integral y servicios energéticos (AMI) contra los pliegos del contrato que han de regir el “Servicio de mantenimiento integral de las instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Portugalete.

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 maiatzaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de mayo de 2023