

Recurso 435/2018**Resolución 139/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 3 de mayo de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TÉCNICA AUXILIAR DE GESTIÓN EMPRESARIAL, S.A.** contra la resolución, de 12 de noviembre de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza de la sede del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, sita en Puerta de Navarra (Plaza de España) de Sevilla”, convocado por la entonces Consejería de Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática (Expte. 42/2018), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 5 de septiembre de 2018, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 214.854,50 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 12 de noviembre de 2018, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a la entidad OHL SERVICIOS INGESAN, S.A.

La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante y remitida a los licitadores el 21 de noviembre de 2018. No consta en el expediente el día en que la interesada recibió la notificación del acto impugnado.

CUARTO. El 11 de diciembre de 2018, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial presentado por TÉCNICA AUXILIAR DE GESTIÓN EMPRESARIAL, S.A. (TÉCNICA, en adelante) contra la resolución citada en el antecedente previo.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, junto con el informe al recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 20 de diciembre de 2018.



SEXTO. Mediante escritos de 9 de enero de 2019 de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad OHL SERVICIOS INGESAN, S.A (OHL, en adelante)

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. El recurso es procedente conforme al artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP, al haberse interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 y pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública

CUARTO. El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo previsto en el artículo 50.1 d) de la LCSP y apartado 1 de la disposición adicional decimoquinta del mismo texto legal, toda vez que, iniciándose el cómputo a



partir del día siguiente al 21 de noviembre de 2018, el plazo finalizaba el 13 de diciembre y el recurso se ha presentado el 11 de diciembre de 2018.

QUINTO. Verificado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de la cuestión de fondo suscitada.

La recurrente solicita la anulación de la resolución impugnada y que se declare la adjudicación a su favor por ser su oferta económica la más ventajosa.

Funda esta pretensión en las consideraciones siguientes:

1. La proposición adjudicataria debió considerarse inviable por anormalmente baja y haber sido excluida, en la medida que el precio ofertado no cubre ni tan siquiera el coste mínimo necesario para pagar al personal que debe prestar el servicio, conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación –el del sector de limpieza de edificios y locales de Sevilla- que obliga a la subrogación del personal que venía prestando servicios hasta entonces y en las mismas condiciones que venía disfrutando, conforme a sus categorías, antigüedad y horas de trabajo exigibles.

Entiende que, aplicando las condiciones del convenio colectivo, el coste de personal sería como mínimo de 156.875,31 euros, cantidad ostensiblemente superior a la oferta económica de la adjudicataria (153.835,82 euros), teniendo en cuenta, además, que a aquel coste mínimo habría que sumar gastos específicos de materiales y otros generales.

2. La adjudicación efectuada incumple lo dispuesto en los artículos 201 y 202 de la LCSP que, a su vez, tienen reflejo en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), cuya cláusula 13 obliga a la persona contratista al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral y de seguridad social.



3. Llama la atención que se establezca como parámetro objetivo para apreciar la anormalidad de una oferta que esta sea inferior en 15 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, cuando lo habitual vienen siendo 10 puntos porcentuales, e insiste en que, a la luz de la LCSP y de la normativa europea, se entienden inviables las ofertas que incumplan la normativa laboral y los convenios. Alega que la mesa de contratación o el órgano de contratación debieron advertir, por lo grosero de su evidencia, la inviabilidad de la proposición adjudicataria y excluirla de plano o haber iniciado el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP sobre justificación de ofertas inicialmente incursas en presunción de anormalidad.

Concluye, pues, que la resolución impugnada tiene un contenido imposible al adjudicar un contrato cuya ejecución se hace inviable por incumplimiento de las condiciones laborales y sociales de los trabajadores.

Frente a tales alegatos se alza el órgano de contratación en su informe al recurso esgrimiendo, en síntesis, que la presentación de oferta por la recurrente supuso la aceptación incondicionada del PCAP y que, con arreglo a los parámetros objetivos de este, ninguna oferta incurría en valores anormales o desproporcionados.

Finalmente, la adjudicataria -aparte de alegar la posible mala fe de la recurrente por el hecho de articular toda su argumentación sobre la ficción de que su oferta no es viable, cuando conoce que la misma no incurre en presunción de anormalidad- aduce que:

- La oferta que presentó no está incursa en presunción de anormalidad por lo que no tiene que justificar coste alguno conforme al artículo 149 de la LCSP.
- El cumplimiento de la normativa laboral es una cuestión ajena a la adjudicación y vinculada a la ejecución del contrato.
- La propia memoria elaborada por el órgano de contratación establece unos costes de personal diferentes y muy inferiores a los indicados en el recurso.



-TECNICA identifica de manera interesada al personal que actualmente presta el servicio y sus horas actuales de dedicación con el personal que, en virtud del convenio aplicable, sería subrogable y con las horas mínimas a prestar en ejecución del contrato. Además, los pliegos no establecen esas horas mínimas de prestación del servicio, quedando a decisión del contratista la forma de organización del servicio y de los medios adscritos al mismo.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen para lo cual hemos de partir de determinados datos objetivos que se desprenden de los pliegos y del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación.

1. El apartado 2 del Anexo I (Características del contrato) del PCAP establece el presupuesto base de licitación, precio del contrato y valor estimado, del modo siguiente:

- Importe total (IVA excluido): 186.830,00 euros
- Importe total (IVA incluido): 226.064,30 euros
- Valor estimado del contrato: 214.854,50 euros, según el siguiente desglose:
 - **a.** Gastos de nóminas de personal: 74.000,00 euros.
 - **b.** Gastos específicos: suministro de material de limpieza y papel, contenedores higiénicos, carros de limpieza, bacteriostáticos, bolsa de horas, etc: 4.500,00 euros.
 - **c.** Gastos generales: 13% de a + b = 10.205,00 euros.
 - **d.** 6 % de beneficio industrial: 6% de a + b = 4.710,00 euros.
 - **e.** Total coste anual aproximado: a + b + c + d = 93.415,00 euros, IVA excluido, por año de prestación del servicio.
 - **f.** a+b+c+d+e = 186.830,00 euros por dos años de prestación de servicio.
 - **g.** Considerando la posibilidad de que la Consejería determine el traslado, variación o sustitución de alguna de sus sedes, se incrementará el precio del contrato en un máximo de un 15 % : 15% de 186.830,00 = 28.024,50 euros.
 - **h.** Total importe estimado del contrato por dos años de prestación del servicio: 214.854,50 euros IVA excluido.



2. El Anexo XII del PCAP establece los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, señalando que *“Se considerarán incursas en valores anormales o desproporcionados todas aquellas ofertas económicas que sean inferiores en 15 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. Cuando se presente un único licitador, se considerará incurso en baja temeraria si su oferta económica es inferior en 15 puntos porcentuales al presupuesto de licitación”*.

3. En la resolución de adjudicación se recogen las ofertas económicas de los licitadores admitidos y entre ellas, las de la recurrente (162.816,74 euros) y adjudicataria (153.835,82 euros), ninguna de las cuales está incurso en valores anormales conforme a los parámetros establecidos en el Anexo XII del PCAP. Como constata el informe técnico obrante en los folios 89 y siguientes del expediente de contratación, el límite de temeridad se sitúa en 151.711,52 euros.

4. la oferta adjudicataria obtiene un total de 96 puntos con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos en el PCAP, seguida de la proposición de la recurrente que recibe un total de 78,224 puntos.

Pues bien, en el examen del recurso hemos de partir de la consideración realizada por TÉCNICA sobre el parámetro establecido en el Anexo XII del PCAP para apreciar la anormalidad de las ofertas. Según refiere, el mismo es poco habitual al situarse en más de 15 puntos porcentuales por debajo de la media aritmética de las ofertas presentadas, cuando lo normal vienen siendo 10 puntos porcentuales.

El alegato encierra implícitamente una impugnación indirecta del PCAP que ha de desestimarse de plano, toda vez que la misma debió efectuarse en su momento procedimental oportuno a través del pertinente recurso contra los pliegos y no con ocasión del acto finalizador de la licitación, una vez que la recurrente conoce que el resultado de la adjudicación no le es favorable. Por



tanto, al no constar que el PCAP se haya impugnado en plazo por la razón que ahora invoca TÉCNICA, aquel devino en acto firme y consentido, constituyendo “lex inter partes” que vincula a los licitadores y al órgano de contratación, siendo ya inatacable. En tal sentido, se viene pronunciando este Tribunal de modo reiterado y constante (v.g. Resoluciones 55/2019, de 27 de febrero, 71/2019, de 14 de marzo y 111/2019, de 11 de abril) y el resto de Órganos de resolución de recursos.

Asimismo, TÉCNICA alega que la oferta de la adjudicataria por importe de 153.835,82 euros no cubre ni tan siquiera el coste mínimo necesario para pagar al personal que debe prestar el servicio (156.875,31 euros), conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Sevilla, teniendo en cuenta que el citado convenio obliga a la subrogación del personal que venía prestando servicios hasta entonces y en las mismas condiciones conforme a sus categorías, antigüedad y horas de trabajo exigibles.

Por ello, concluye que la proposición de OHL debió haber sido excluida por inviable y anormalmente baja y que la adjudicación incumple lo dispuesto en los artículos 201 y 202 de la LCSP y en la cláusula 13 del PCAP que obligan al contratista al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral y de seguridad social.

Al respecto, hemos de partir de la premisa de que el deber de respetar los convenios colectivos aplicables, así como las obligaciones laborales y sociales de todo orden impregna el contenido y espíritu de la nueva LCSP en las distintas fases del contrato, tanto durante la elaboración de sus bases como en el procedimiento de adjudicación y posterior ejecución del mismo. Muestra de ello son los múltiples preceptos legales (artículos 100, 101, 102, 129, 149 y 201, entre otros, de la LCSP) que se ocupan de la materia y que obligan a todas las partes intervinientes en el proceso, incluido obviamente el órgano de contratación, que ha de tener en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos



sectoriales de aplicación a la hora de determinar el presupuesto base de licitación y el valor estimado de los contratos.

Ahora bien, como recientemente ha señalado este Tribunal en sus Resoluciones 110 y 111, de 11 de abril de 2019, partiendo de la anterior premisa no debe olvidarse que, en el actual marco legal, el eventual rechazo de una oferta económica durante la licitación debe responder a alguna de las causas previstas en el artículo 84 del RGLCAP (falta de concordancia con la documentación examinada y admitida, superar el presupuesto base de licitación, variar sustancialmente el modelo establecido, comportar error manifiesto en el importe de la proposición o existir reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable) o ser la consecuencia de una falta de viabilidad tras su previa identificación como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP (véase el artículo 149 de la LCSP). En este último sentido, cabe citar también la Resolución 241/2018, de 16 de agosto, de este Tribunal.

Asimismo, como señala la Resolución 373/2018, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), *“la justificación de la oferta y su eventual rechazo solo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP. Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros. Solo en caso afirmativo resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas en el recurso: si la oferta de CLECE está por debajo del convenio colectivo sectorial y si la norma de aplicación sobre el acto de adjudicación impugnado debe ser la LCSP”*.

Y en parecidos términos se pronuncia la reciente Resolución del mismo Tribunal 353/2019, de 15 de marzo, al abordar si la organización del personal propuesto por la adjudicataria se ajustaba a la realidad y esta podía cumplir con la obligación de mantenimiento de condiciones laborales durante la vigencia del



contrato, extremos negados por la entidad recurrente. La citada resolución señala que *“En el presente caso, el órgano de contratación ha efectuado la propuesta de adjudicación a favor de AKA ESTUDIO CREATIVO S.L., por ser la oferta económica con la mejor relación calidad-precio (de acuerdo con la puntuación obtenida), y no estar incurso en baja anormal o desproporcionada, de acuerdo con el criterio fijado en el PCAP.*

(...) los datos ofrecidos por la recurrente no son suficientes per se para deducir que la empresa adjudicataria incumple la normativa laboral y de Seguridad Social, sin perjuicio, claro está, de las medidas que pueda adoptar el órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LCSP, para garantizar el respeto de tal normativa por parte del adjudicatario”

En el supuesto aquí analizado, ya hemos señalado que la oferta de OHL no estaba incurso en presunción de anormalidad con arreglo a los parámetros establecidos en el pliego -extremo que no es cuestionado por la recurrente- razón por la que no puede plantearse su rechazo sin más por las razones invocadas en el recurso.

Pero es que, además, tales razones se sitúan en un escenario de gasto distinto al establecido en los pliegos: TÉCNICA aduce que el coste mínimo de personal necesario para la prestación del servicio asciende, según sus cálculos, a 156.875,31, mientras que el apartado 2 del Anexo I del PCAP establece, al desglosar el valor estimado del contrato, unos gastos de nóminas de personal por cuantía de 74.000 euros.

Al respecto, no consta que TÉCNICA haya impugnado los pliegos por considerar insuficiente el presupuesto del contrato en lo relativo a tales gastos de personal, por lo que no puede ahora, en el recurso contra la adjudicación, partir de una premisa de gasto mayor a la diseñada en unos pliegos que ha consentido y son actos firmes e inatacables.



Además, la previsión del artículo 101.2 de la LCSP relativa a que en el cálculo del valor estimado deben tenerse en cuenta los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, ha de entenderse aplicable respecto a aquellos trabajadores que sean necesarios para la ejecución del contrato, sin perjuicio de cuál sea el alcance de la obligación de subrogación impuesta por el convenio colectivo de aplicación. En el sentido expuesto, ya se ha pronunciado este Tribunal, entre otras en las Resoluciones 233/2018, de 2 de agosto y 271/2018, de 28 de septiembre, al afirmar que *“(...) el cálculo de las personas trabajadoras necesarias para la prestación de los servicios objeto del contrato no deriva de la subrogación o no del personal actual, sino de los requisitos de la prestación establecidos en el PPT”*.

Como señala la Resolución 156/2019, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, invocando a su vez otras anteriores, *“Entender lo contrario abocaría al resultado de convertir a las entidades sujetas a la normativa de contratación pública en financiadoras de medios que no precisan para el ejercicio de sus funciones, escenario absurdo que, como fácilmente se comprenderá, es contrario a los más elementales principios de racionalidad en la gestión del gasto público”*.

Es por ello que no hay ningún dato que permita constatar la concurrencia en la oferta adjudicataria de las infracciones legales y convencionales denunciadas en el recurso, ni es posible aventurar que vaya a producirse un incumplimiento futuro de obligaciones laborales y sociales para con los trabajadores empleados en la prestación del servicio, aspecto este último que solo podría apreciarse durante la ejecución del contrato -si es que llegara el caso- correspondiendo al órgano de contratación, de conformidad con el artículo 201 de la LCSP, adoptar las medidas pertinentes para garantizar tal cumplimiento.

Con base en las consideraciones anteriores, procede la desestimación del recurso.



SÉPTIMO. OHL, en su escrito de alegaciones al recurso, esgrime posible mala fe en la recurrente por el hecho de articular toda su argumentación sobre la ficción de que la proposición adjudicataria no es viable, cuando conoce que la misma no incurre en presunción de anormalidad.

Este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resolución 64/2018, de 8 de marzo), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

Ciertamente el recurso examinado se apoya en argumentos carentes de solidez y que no encuentran sustento alguno en la legislación contractual. Ahora bien, la constatación de esta circunstancia no determina sin más que concurra mala fe o temeridad en la interposición del recurso conforme a los términos expuestos, pues no se aprecia un uso desleal de la vía del recurso especial, ni abuso del principio de buena fe con el fin de ver satisfecha una pretensión a sabiendas de su falta de consistencia jurídica.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TÉCNICA AUXILIAR DE GESTIÓN**



EMPRESARIAL, S.A. contra la resolución, de 12 de noviembre de 2018, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza de la sede del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, sita en Puerta de Navarra (Plaza de España) de Sevilla”, convocado por la entonces Consejería de Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática (Expte. 42/2018).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

