



Recurso nº 1130/2016 C. Valenciana 200/2016

Resolución nº 44/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 20 de enero de 2017

VISTO el recurso presentado por D. J.P.P., en representación de la empresa INAPOOL, S.L.U., contra la Resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de Benifaió de 3 de noviembre de 2016 por la que se acuerda la adjudicación del contrato "*Diversos servicios de piscina cubierta municipal (EXPDTE, 1851/2016)*", este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante providencia de la Concejalía de Urbanismo y Patrimonio de 26 de julio de 2016 se inicia el expediente de contratación de diversos servicios de la piscina cubierta municipal.

El anuncio de licitación se publicó en la web municipal y tablón de anuncios en fecha 8 de agosto de 2016 y en el BOP núm. 169 de 1 de septiembre de 2016.

El valor estimado del contrato es de TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS ONCE CON DOS EUROS (374.811,2 eu).

El presupuesto de licitación del servicio asciende a CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCO CON CINCUENTA Y UN EUROS (187.405,51 eu), IVA excluido. El presupuesto de licitación se corresponde con el coste anual de los servicios objeto de lo presente contratación, susceptibles de mejora a la baja. El IVA (21%) asciende a TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON QUINCE EUROS (39.355,150 eu).

Segundo. En lo que nos interesa, el PCAP señala:

“1.1 Constituye el objeto del contrato la prestación de los servicios de salvamento y socorrismo, programas y actividades deportivas, servido de limpieza, servicios de recepción, control de accesos y administración de la piscina municipal cubierta de Benifaió, de conformidad con lo establecido en el presente pliego y en el de prescripciones técnicas.

1.4 De conformidad con lo establecido á el artículo 10 del TRLCSP el objeto del presente contrato queda incluido dentro de la categoría 26 "Servicios deportivos" del Anexo II de la citada Ley. Así mismo de conformidad con el artículo 67.1.aj del RG-LCAP, al objeto de este contrato le corresponde el código CPV: 92610000-0 "Servido de explotadán de instalaciones deportivas" del Reglamento (CE) ng 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007.

(...)

4.2 Los servicios objeto de la presente contratación se prestarán durante 77'5 horas semanales de acuerdo con el siguiente horario, que será de obligado cumplimiento para el contratista:

- De lunes o viernes la instalación permanecerá abierta de 7 a 21:30 horas.*
- El sábado la instalación permanecerá abierta de 9 a 14 horas.*
- El domingo la instalación permanecerá cerrada*
- El mes de agosto la instalación cerrará coincidiendo con las vacaciones del personal adscrito di servicio.*

(...)14.1 El contrato será inalterable a partir de su perfeccionamiento y deberá ser ejecutado en su totalidad con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCA) y en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), así como en el TRLCSP y demás normativa desarrollo."

(...)

15.4 Son obligaciones del contratista del servicio las siguientes:...

7. Destinar el personal suficiente y cualificado que temiera la gestión del servicio, el cual, en el caso del personal técnico deberá estar en posesión de la titulación correspondiente a la actividad a impartir (federativa, licenciatura en Ciencias de la Actividad Física y el Deporte, Magisterio en Educación Física, TAPAD, Socorrismo, etc.). Este personal quedará exclusivamente obligado al contratista. Además debe cumplir las disposiciones vigentes en materia fiscal, laboral, de seguridad social e higiene en el trabajo. Este personal, como mínimo, será el previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas. El citado personal en ningún caso adquirirá la condición de personal del Ayuntamiento de Benifaió. El Ayuntamiento de Benifaió no sucederá a la concesionaria en sus deberes laborales de los trabajadores asumiendo la concesionaria cualquier cantidad, por cualquier concepto, que se pudiera demandar del Ayuntamiento por parte de los trabajadores y en su caso de la concesionaria.

...

9. Sufragar los gastos derivados de la adquisición de los materiales y productos necesarios para las labores de limpieza de la instalación.

...

24. Adquisición del material acuático necesario para los cursos de natación. Una vez finalizada la concesión, el adjudicatario deberá dejar en perfecto estado de uso el material actualmente existente en la instalación.

25. Equipar el botiquín con el material necesario para su correcto funcionamiento, según normativa vigente. Una vez finalizada la concesión, el adjudicatario deberá dejar en perfecto estado de uso el material actualmente existente en dicha estancia.

26. *Sufragar los gastos de vigilancia y seguridad en las instalaciones de las piscinas en el horario de apertura al público.*

...

VIGÉSIMOSEGUNDA. GASTOS A CARGO DEL ADJUDICATARIO

Serán de cuenta del adjudicatario los siguientes gastos:

1. *Los tributos estatales, municipales o autonómicos que deriven del contrato.*
2. *Los de elevación a escritura público del contrato de adjudicación, en su caso.*
3. *Los de transporte y dietas del personal que el contratista adscriba al servicio.*
4. *Los derivados de la adquisición del material y productos necesarios para las tareas de limpieza.*
5. *Los relativos a la prima del seguro de responsabilidad civil y accidentes.*
6. *Los relativos a la publicación de los diferentes anuncios en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia, en su caso.*

...”

Y del PPT:

“DÉCIMO-SEGUNDA. JORNADA DEL PERSONAL Y OFERTA DE ACTIVIDADES.

12.1 El contratista deberá garantizar la existencia de personal suficiente y adecuado para la prestación de los servicios objeto de esta contratación durante el horario de apertura de la Instalación.”

Existiendo un estudio de viabilidad con previsión de costes de personal (total de 164.663,04 eu) y productos (8.000 más 600 más 3.600 eu).

Tercero. Tras los trámites de rigor, y como consta en el expediente, se procedió a evaluar las ofertas, incluyendo un informe técnico que incluía la evaluación de si las ofertas incurrieran en baja temeraria conforme al art. 85 del Reglamento de Contratación (que concluyó que no), resultando para la finalmente adjudicataria VALORIZA FACILITIES, S.A.U. una puntuación de 100 puntos; y la aquí recurrente en cuarta posición, con una puntuación de 46,61. La adjudicataria realizó una oferta económica de 150.000 eu, y la recurrente de 165.611,89 eu.

La notificación de las adjudicaciones se remitió el 4 de noviembre.

Cuarto. La recurrente impugna en fecha 23 de noviembre de 2016 la referida adjudicación, señalando que *“La oferta presentada por la mercantil VALORIZA FACILITIES, S.A.U. incumple las prescripciones del pliego técnico, por cuanto que, no es viable prestar los servicios objeto de contratación, durante el número de horas que requiere la cláusula 4.2 del PCAP, con el personal que se exige en PPT y en el Estudio de Viabilidad, cumpliendo las disposiciones vigentes en materia laboral, ya que el coste mínimo de personal resultante de la aplicación de todas las variables que se exigen el pliego (número de horas, número de personal, conceptos retributivos, etc.), incluido un monitor de fitness para el gimnasio durante dos horas diarias, dentro de la franja horaria de 17-21 horas, esto es por 2 horas por día de apertura (ofertado como mejora por el licitador) es de 147.902,46 E, como demostraremos a través del informe pericial que aportamos como Documento nº 3.*

A estos costes de personal calculados conforme al Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (BOE de 2 de octubre de 2014), aplicable al contrato que se licita, y que adjuntamos como Documento nº 4, deben añadirse el resto de gastos obligatorios para el cumplimiento de las obligaciones del contrato, que el Estudio de Viabilidad estima en (y lo detalla).

Es decir, si se cumplen los requisitos del pliego y las previsiones del convenio colectivo de trabajo en cuanto a la retribución de los trabajadores, el precio ofertado por la mercantil adjudicataria para la prestación de la totalidad de los servicios y personal que debe adscribirse al servicio no cubre los salarios, retribuciones y contribuciones a la seguridad



social que se establecen por convenio, más los demás costes que debe asumir el gestor conforme a los pliegos rectores de la licitación, ni los costes indirectos, tales como gastos generales y el normal beneficio industrial.”

Alega que la falta de publicación de adjudicación en el perfil del contratante hace que su recurso esté en plazo, si se adujera lo contrario; que la oferta adjudicataria debió ser excluida por incumplir el PPT, y que, de lo contrario, se infringe la doctrina de este Tribunal sobre la sujeción de la oferta a los pliegos y el principio de igualdad.

Señala al efecto que *“Con independencia del coste que en definitiva le pueda suponer, el compromiso de los licitadores debe dar satisfacción a las previsiones del pliego. No obstante, debido a que no es objeto de valoración, ni la Mesa ni el órgano de contratación han comprobado si las ofertas presentadas por los licitadores cumplen los condicionantes técnicos de los pliegos, 'que deben dar lugar a otras causas de exclusión que quedaban extramuros de lo que propiamente se configura como baja temeraria.*

Esta es una circunstancia de singular relevancia, ya que las ofertas deberían declararse inadmisibles por no permitir una adecuada ejecución del contrato, y esto debió ser con carácter previo a la adjudicación.

Consecuentemente con lo anterior, entendemos que procede la retroacción del procedimiento al momento anterior a la adjudicación para que por la Mesa de contratación se requiera a los licitadores Valoriza, Impulsa y Ferrovial para que acrediten que sus ofertas cumplen con la adscripción de medios humanos en los términos requeridos por los pliegos y, caso de que no lo acrediten, se acuerde su exclusión en los términos interesados.”

Y acompaña en su apoyo informe de graduado social, que detalla los costes laborales anuales que considera mínimos para dar cumplimiento a las obligaciones del PCAP según las exigencias de personal del PPT y el Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasios.

-El órgano de contratación afirma que comprobó que las licitadoras presentaran con su oferta un compromiso en relación al personal adscrito al servicio, en caso de resultar adjudicatario de este contrato, de:

“Afiliar y dar de alta en la Seguridad Social.

· *Abonar los salarios de conformidad con lo dispuesto en la normativa de carácter laboral así como los Convenios Colectivos del sector.*

· *Cumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, seguridad e higiene en el trabajo”.*

Y que la Mesa de Contratación en el momento de la apertura del Sobre B solicitó el pertinente informe técnico relativo a si alguna oferta incurría o no en baja temeraria, tomando como referencia los parámetros establecidos en el artículo 85 RCAP, tal y como dispone la cláusula 12.4 del PCAP y artículo 152 del TRLCSP. A este efecto consta informe técnico de fecha 11 de octubre de 2016 que concluye *“ninguna de las ofertas económicas presentadas se considera desproporcionadas o temerarias”.*

Considera que el eventual incumplimiento señalado por el recurrente únicamente puede ser verificado en la fase de ejecución del contrato, y no es causa de exclusión.

Quinto. En fecha 12 de diciembre de 2016 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, habiendo evacuado el trámite conferido VALORIZA FACILITIES, S.A.U.

-La adjudicataria niega legitimación al recurrente pues su oferta no era la mejor posicionada tras la adjudicataria; y, en todo caso, considera que se ha cumplido el TRLCSP en materia de bajas temerarias; que en realidad está recurriendo indirectamente los pliegos; y que el estudio de viabilidad en que se basa la recurrente consiste en meras estimaciones no vinculantes.

Sexto. El 15 de diciembre de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación conforme al art. 45 TRLCSP.

-A estos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) y en el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana el 10 de abril de 2013, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 17 de abril de 2013.

Segundo. La recurrente está legitimada para recurrir, como licitadora. A estos efectos, no es óbice en este caso –como aduce la adjudicataria- que no resulte la segunda mejor posicionada, pues su pretensión- como se ha visto en los Antecedentes- es que a todas las licitadoras se les obligue a justificar la viabilidad de su oferta, so pena de exclusión; lo que en hipótesis podría resultar , si prosperase su tesis, en la exclusión de las mejor posicionadas y en la eventual adjudicación a su favor; por lo que no puede negarse la existencia de interés legítimo en este caso.

Tercero. El recurso se ha interpuesto en el plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto. En cuanto al fondo de la cuestión, se trata de determinar si la licitadora adjudicataria debió ser obligada, como todas las demás, a justificar la viabilidad de su oferta al no ajustarse a los costes previsibles- sobre todo en materia de personal a la luz del convenio colectivo aplicable-, so pena de exclusión.

Pues bien, como hemos recordado en la Resolución nº 261/2016, es *“doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que no es posible excluir una oferta por el hecho de que la proposición económica sea inferior a los niveles previstos en el Convenio Colectivo (cfr.,*

por todas, Resolución 155/2016). En este sentido, siguen hoy vigentes las acertadas consideraciones expuestas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 34/99 (luego reiterado en el 34/01), en el que, después de recordar que lo único que exigía la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (como hoy el TRLCSP) es que las proposiciones económicas no superaran el presupuesto base de licitación, señaló:

“Cumplido el requisito anterior la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica, en particular, en el caso consultado, si los licitadores en su proposición económica han tenido en cuenta los efectos derivados del artículo 77 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando a la Administración, concretamente al órgano de contratación, a realizar un examen y comprobación de elementos heterogéneos -la proposición económica, por un lado y los efectos del artículo 77 del citado Convenio Colectivo por otro- que por otra parte y por idénticas razones debería extenderse a otros elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, por ejemplo, el pago de Impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones, otros aspectos de la legislación laboral, etc...”

A estas reflexiones, cabe, en fin, añadir hoy una más, derivada del propio régimen jurídico de los convenios colectivos. Es verdad que éstos vinculan a todas las empresarios y trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación (artículo 82.3, inciso inicial, del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; en adelante, ET), con lo que, en principio, las retribuciones fijadas en los mismos tendrán carácter obligatorio para todos aquéllos. Sin embargo, debe tenerse también en cuenta que nuestro Ordenamiento admite el llamado “descuelgue”, que permite, en determinadas circunstancias, inaplicar, entre otras, las disposiciones de la norma convencional relativas al sistema de remuneración y a la cuantía salarial, entre otros extremos (artículo 82.3, párrafos segundo a noveno, del ET).

Más aun, en nuestro Derecho el convenio de empresa es de aplicación preferente a los convenios sectoriales, estatales, autonómicos o de ámbito inferior en cuanto concierne a la cuantía del salario base y de los complementos salariales, así como del abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos, entre otras materias (artículo 84.2 del ET)."

Por ello, concluíamos que *"En esta tesitura, se advierte sin dificultad que es improcedente exigir de las proposiciones económicas, bajo pena de exclusión, que se atengan en cuanto al coste de personal al convenio colectivo sectorial, dado que ni siquiera en el orden laboral cabe afirmar de manera apodíctica la obligatoriedad de sus cláusulas retributivas, al ser susceptibles de ser desplazadas en virtud de alguno de los mecanismos antes expuestos o serlo en el futuro."*

El caso aquí planteado es, en esencia, idéntico al allí resuelto, de modo que no cabe sino concluir que los costes salariales previsibles en base al convenio en principio aplicable no son vinculantes en la elaboración de la oferta económica, ni por ello la falta de justificación de una oferta que no se atenga a ellos puede ser causa de exclusión; por lo que, en definitiva, el recurso no puede prosperar.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso presentado por D. J.P.P., en representación de la empresa INAPOOL, S.L.U., contra la Resolución de Alcaldía del Ayuntamiento de Benifaió de 03.11.2016 por la que se acuerda la adjudicación del contrato DIVERSOS SERVICIOS DE PISCINA CUBIERTA, MUNICIPAL (EXPDTE, 1851/2016).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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