



Recurso nº 456/2018 C.A. Castilla-La Mancha 31/2018

Resolución nº 556/2018

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

En Madrid, a 8 de junio de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D^a B. S. P. en representación de TALHER, SA contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento "Prestación del *servicio de conservación y limpieza de zonas verdes del Ayuntamiento de Ciudad Real*" Expte SE 5/2017 convocado el Ayuntamiento de Ciudad Real, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En la sesión celebrada el 4 de octubre de 2017 por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ciudad Real se acordó aprobar el expediente de contratación y convocar procedimiento abierto, tramitación ordinaria, para la adjudicación de la prestación del servicio de conservación y limpieza de zonas verdes del ayuntamiento de Ciudad Real, por un presupuesto anual de 2.150.000 € más IVA, (380.550 €) lo que supone un importe total por los cuatro años de duración de 8.600.000 €+IVA (1.522.200 €).

Segundo. El Ayuntamiento de Ciudad Real convocó, mediante anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 4 de octubre de 2017, en el Diario Oficial de la Unión Europea publicado el 7 de octubre de 2017 y en el Boletín Oficial del Estado publicado en fecha 19 de octubre de 2017, licitación para adjudicar por procedimiento abierto con tramitación ordinaria y sujeto a regulación armonizada, el contrato de servicios antes citado, con un valor estimado de 8.600.000 €.

Tercero. Mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2017 en el Registro de Entrada de este Tribunal, la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE PARQUES Y JARDINES (ASEJA) interpuso de recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Prescripciones Técnico Facultativas (PPTF) del contrato "*Prestación del*

servicio de conservación y limpieza de zonas verdes del Ayuntamiento de Ciudad Real", expte. SE. 5/2017. Recurso que fue desestimado por Resolución 1142/2017, de 1 de diciembre.

Cuarto. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de Ley de Contratos del Sector Público, (en lo sucesivo TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Quinto. Mediante escrito presentado el 8 de mayo de 2018 en el Registro del Tribunal, la mercantil actora impugna el acuerdo de adjudicación dictado el 16 de abril de 2018 por el que se resolvía declarar la adjudicación del contrato de *"Prestación del servicio de conservación y limpieza de zonas verdes del Ayuntamiento de Ciudad Real"* a favor de la mercantil INDITEC MEDIO AMBIENTE, S.A.

Sexto. El recurso interpuesto fue precedido del anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del RDL 3/2011.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal comunicó, el 16 de mayo de 2018, a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 46.3 del RDL 3/2011 de 14 de noviembre, habiéndose presentado alegaciones por la mercantil adjudicataria, INDITEC MEDIO AMBIENTE, S.A. interesando la desestimación del recurso.

Octavo. Interpuesto el recurso, con fecha 18 de mayo de 2018 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. En primer lugar, hemos de señalar que al haberse publicado el anuncio de licitación del contrato en octubre de 2017, se trata de un expediente de contratación iniciado con anterioridad a la vigencia de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector público, por lo que, ex Disposición Transitoria Primera.1 de dicha Ley, ese expediente y la

contratación a que se refiere, tanto en lo relativo al procedimiento como en cuanto al régimen del contrato, se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), vigente en ese momento.

La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.3 del TRLCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 15 de octubre de 2012 y publicado en el BOE de 2 de noviembre de 2012

Segundo. En relación a la legitimación, según el artículo 42 del TRLCSP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

La recurrente, TALHER, SA, está legitimada al tratarse de una empresa que ha concurrido en la licitación presentando la correspondiente oferta, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP antes citado.

Tercero. El acto que es objeto de recurso es formalmente el acuerdo de adjudicación. De conformidad con los artículos 40.2.c) y 40.1.a) del TRLCSP el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 8 de mayo de 2018, consta en el expediente como fecha de notificación de la resolución impugnada la del 16 de abril de 2018, por lo que este Tribunal considera que el recurso se interpone en el plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto. Entrando a analizar el fondo de la cuestión planteada, la recurrente interesa de este Tribunal que acuerde la *“revocación y anulación del acto recurrido, la retrotracción de las actuaciones al momento anterior al dictado del acto administrativo de adjudicación, ordenando al Órgano de Contratación que acuerde la exclusión de la oferta presentada*

por INDITEC MEDIO AMBIENTE S.A. por el incumplimiento llevado a cabo por la adjudicataria que determina la contravención de los pliegos rectores de la contratación, así como de la normativa laboral de aplicación, lo que supone igualmente la vulneración de los principios rectores de la contratación administrativa, acordándose la continuación del procedimiento, y al resultar que TALHER S.A. es la que mayor puntuación obtiene de todas las presentadas, deberá adjudicarle el contrato a su favor”.

En apoyo de esta pretensión, la mercantil actora alega el incumplimiento llevado a cabo por parte de la mercantil adjudicataria, INDITEC MEDIO AMBIENTE S.A., al comprobarse del análisis de la justificación económica adjunta a la proposición económica presentada, que las cargas sociales repercutidas, son inferiores a las estipuladas por la legislación vigente a las que quedaba obligada a tenor de la cláusula vigésima segunda del PCAP y de la cláusula octava del PPT.

Partiendo de la tabla presentada por INDITEC MEDIO AMBIENTE S.A., relativa al cálculo de los costes por jornada del personal, incluida en la justificación de la proposición económica presentada por su parte, la actora denuncia la existencia de diversos errores en el cálculo de los costes relativos al personal:

- Por un lado, entiende que la mercantil adjudicataria debió ser excluida pues su oferta tiene errores respecto de la aplicación del porcentaje de las cargas sociales toda vez que conforme a lo dispuesto en la Orden ESS/55/2018, de 26 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2018, la suma de los porcentajes aplicables asciende al porcentaje del 33,50% aplicable por igual a todas las categorías mientras que según la actora la oferta de la adjudicataria recoge porcentajes entre el 31,81 % y el 32,09 %.
- Por otra parte, denuncia también la sociedad recurrente que la oferta de la adjudicataria contiene errores en el cálculo respecto a la aplicación del porcentaje de vacaciones en el coste de jornada. En particular afirma la actora que la “*mercantil INDITEC MEDIO AMBIENTE S.A. ha considerado en su propuesta económica un incremento de vacaciones más absentismo, inferior a un porcentaje del 9,09%, concretamente un 7%, tal y como refleja la tabla adjunta denominada “TABLA CORRECCIÓN DE VACACIONES” (...) Por tanto, a la vista de los porcentajes*

establecidos por INDITEC MEDIO AMBIENTE S.A. en este sentido, los mismos impiden satisfacer cuanto menos la sustitución completa de las vacaciones, habida cuenta de que este porcentaje se deduce lógicamente de aplicar 12 meses de puesto de trabajo sobre 11 meses de trabajo efectivo, lo que equivale a considerar al menos un 9,09 % más ($12/11=1,0909$ en lugar de 1,07)".

Sexto. Expuestos en estos términos las alegaciones de la actora, la cuestión a dilucidar se centra en determinar si la oferta de la adjudicataria incurre en causa o no de exclusión por existir errores en el cálculo de los costes relativos al personal, en particular, los relativos a los tipos de cotización que han de aplicarse y al porcentaje de las vacaciones que debe aplicarse en el coste de jornada.

Para ello, hemos de tener en cuenta que la oferta de la adjudicataria incurrió en baja desproporcionada, cumpliéndose el trámite de justificación tras el cual el informe Técnico suscrito por el Jefe de Servicio Medio Ambiente del Ayuntamiento, relativo a esta justificación de la baja desproporcionada según la documentación presentada por la empresa INDITEC MEDIO AMBIENTE, S.A., indicó que " ... la oferta económica se encuentra debidamente justificada y, dado que los medios materiales y humanos incorporados al contrato, analizados en el informe de 30/01/18 de valoración de los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, son suficientes para la correcta gestión del mismo, se considera favorable el estudio de viabilidad objeto de este informe". Por tanto, el órgano de contratación asumió la viabilidad de la oferta presentada por la adjudicataria con apoyo en el citado informe técnico en el que se valoró la oferta y la justificación que de la misma ofreció aquella.

Además, la mercantil actora hace descansar todas sus alegaciones en el análisis de la memoria o justificación económica que la adjudicataria adjuntó a su proposición económica, pero nada dice de si ésta resultando incurso en baja desproporcionada fue o no debidamente justificada. Y es que, como alega la adjudicataria, el estudio económico presentado por los licitadores puede servir para poder justificar la viabilidad de las ofertas, sin que la no previsión de determinados aspectos o la desviación de algunos cálculos pueda servir de base para excluir una oferta pues para ello ya está contemplado en la legislación de contratos del sector público el criterio de la baja desproporcionada o temeraria. Lo que, en el presente caso, incurriendo en dicha desproporción, fue

debidamente justificada la oferta por la licitadora por lo que, al margen de ello, ningún reproche puede hacerse.

Si es factible la prestación del servicio en las condiciones que se justifican en la oferta – como es aceptado por el informe técnico- el que tal compromiso y en qué grado se lleve a cabo es una cuestión que afecta a la fase de ejecución del contrato y al riesgo y ventura de la empresa si los costes salariales superan los previstos al formular su oferta.

Y es que la memoria o justificación económica sólo tiene valor indicativo sin relevancia alguna en la configuración ni en la valoración de la oferta económica que, como ya dijimos, en el caso que nos ocupa, fue objeto de valoración, de calificación de desproporcionada, justificada y finalmente, admitida su justificación por el órgano de contratación.

Además, junto a la reiterada doctrina de este Tribunal en relación a que el órgano de contratación no tiene la obligación de comprobar el cumplimiento de la legislación laboral en el ámbito de los costes salariales ni rechazar una proposición o impedir la adjudicación del contrato a favor de un licitador por la única causa de su hipotético incumplimiento, (Por todas Resolución 167/2017 de 10 de febrero), no podemos dejar de traer a colación lo manifestado por la mercantil adjudicataria con ocasión del recurso que nos ocupa, pues señala que: *“la recurrente no prevé en sus cálculos las bonificaciones en las cargas sociales que se puede aplicar a cada trabajador ni el hecho de que para determinadas categorías la carga social podría llegar a ser del 30,8 %*

Así por ejemplo para trabajadores destinados en oficina , no sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa, que desarrollen su ocupación exclusivamente en la realización de trabajos propios de oficina, aun cuando los mismos se correspondan con la actividad de la empresa, y siempre y cuando tales trabajos se desarrollen únicamente en los lugares destinados a las oficinas de la empresa el tipo de cotización total para el AT y EP ascendería al 1%.Atendiendo por tanto, a las bases y tipos de cotización para este año 2018, bajo estas líneas indicadas, el porcentaje total de seguridad social que podría llegar a aplicarse, pondría ser del 30,9 % para estos trabajadores.

Por tanto, es incierto que mi representada haya incumplido el pliego pues, aun admitiendo a los efectos dialecticos lo afirmado de contrario, la existencia de pequeñas

diferencias en la previsión de costes que justifican la oferta de un licitado ello no implica que exista incumplimiento.

Esto nos llevaría al absurdo que dicho estudio económico aportado en fase de licitación serviría para, ya en fase ejecución del contrato, resolver el mismo por la existencia de diferencias entre lo previsto y lo real aun cuando el servicio se esté prestando adecuadamente.

El estudio económico presentado por los licitadores es una previsión de costes que ha de ser coherente para garantizar que están recogidos los costes de todos los capítulos y unidades necesarios para la correcta ejecución del servicio, pero pueden existir diferencias al ser previsiones. Además, hay ciertos capítulos de suministros o consumos que es imposible definir con precisión previamente, por lo que si existe una pequeña desviación en los costes previstos no significa de ningún modo que la oferta no pueda ser cumplida”.

En definitiva y a modo de conclusión, la causa de exclusión alegada por la actora se basa en una exigencia o, al menos, en unos cálculos, los relativos al coste jornada, que es ajena a la fase de justificación de la oferta económica y por tanto, una vez examinada la justificación de la adjudicataria y el informe técnico que las acepta y que asume el órgano de contratación, las alegaciones de la empresa recurrente, este Tribunal entiende que las primeras son suficientes para explicar una baja como la propuesta por lo que su oferta no incurriría en causa de exclusión como es alegada.

En consecuencia, deben desestimarse las alegaciones de la actora y con ellas el presente recurso.

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 interpuesto por D^a B. S. P. en representación de TALHER, SA contra el acuerdo de adjudicación del procedimiento "Servicio de conservación y limpieza de zonas verdes del Ayuntamiento de Ciudad Real" Expte SE 5/2017 convocado el Ayuntamiento de Ciudad Real.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento con arreglo a lo dispuesto 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 Castilla-La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.