



Recurso nº 332/2019 Comunidad Valenciana 61/2019

Resolución nº 549/2019

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

En Madrid 16 de mayo de 2019

VISTO el recurso interpuesto el 22 de marzo de 2019 por D.J.V.C.I.B. actuando en nombre y representación de la mercantil INFORMÁTICA DE ALCANCE SLU, por medio del cual impugna el acuerdo de adjudicación dictado el 28 de febrero de 2019 del contrato denominado: *“servicio de diseño de documentos/formularios del Gestor único de contenidos (GUC)”*. Expediente CNMY18/12110/011, promovido por la Consellería de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, de la Generalitat Valenciana, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Conselleria de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, de la Generalitat Valenciana, convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 08 de enero de 2019, la licitación del contrato de servicios denominado: *“servicio de diseño de documentos/formularios del gestor único de contenidos (GUC)”*. Expediente CNMY18/12110/011, procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato IVA excluido de 204.786,23 euros y un plazo de duración de 24 meses susceptible de prórroga por un periodo de 12 meses.

Segundo. El procedimiento de adjudicación, se rige por la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato no sujeto a regulación armonizada al tratarse de un contrato de servicios con un valor estimado inferior a 221.000 €, y de carácter administrativo conforme a los arts. 22.1. b) y 25.1 a) de la Ley de Contratos del Sector Público.



Tercero. Mediante escrito presentado el 22 de marzo de 2019 en el Registro General de este Tribunal, D.J.V.C.I.B. actuando en nombre y representación de la mercantil INFORMÁTICA DE ALCANCE SLU, interpone recurso especial en materia de contratación, contra el acuerdo de adjudicación dictado el 28 de febrero de 2019 del contrato denominado: “*servicio de diseño de documentos/formularios del gestor único de contenidos (GUC)*”. Expediente CNMY18/12110/011.

Cuarto. El Conseller de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, de la Generalitat Valenciana, el 29 de marzo de 2019, acordó remitir al Tribunal el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, solicitando que se dictare una resolución conforme a derecho.

Quinto. La Secretaría del Tribunal comunicó el 2 de abril a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 56.3 de la LCSP, habiendo presentado alegaciones la empresa propuesta como adjudicataria: INFORMANCE SL quien se opone a la estimación del recurso.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 5 de abril de 2018, se acuerda por este Tribunal mantener la suspensión automática del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 46.2 de la LCSP y en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat de Valencia, publicado por la Resolución de 10 de abril de 2013, de la Subsecretaría, del citado Ministerio por la que se publica el Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. La recurrente, INFORMÁTICA DE ALCANCE SLU, tiene un interés legítimo y se encuentra legitimada para interponer este recurso en los términos exigidos por el artículo 48 de la LCSP, pues de prosperar el recurso pasaría a ser su oferta la mejor valorada.



Tercero El acto objeto de recurso es la adjudicación en la licitación de referencia. De conformidad con los artículos 44.2.c) y 44.1.a) de la LCSP el acuerdo de adjudicación de una oferta en la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado sea superior a 100.00 € es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Respecto del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 50 y 51 de la LCSP, habiendo sido notificado el acuerdo impugnado el 4 de marzo de 2019, consta que el recurso fue interpuesto y presentado el día 22 de marzo de 2019 en el Registro de este Tribunal, por lo que el recurso se encuentra interpuesto en tiempo y forma.

Quinto. En lo que respecta al fondo del asunto, el propio recurso define el motivo en que se basa: *el motivo único de impugnación de este recurso es que la empresa adjudicataria ha incumplido las obligaciones laborales exigibles en los pliegos y en la LCSP y por duplicado: primero: ha ofertado un precio unitario por debajo del convenio colectivo; y, segundo, ha incorporado dos perfiles requeridos en categorías inferiores a las exigidas en los pliegos.*

Con anterioridad a la adjudicación, a la vista de la oferta presentada por INFORMANCE SL, el recurrente presentó el 5 de febrero de 2019 ante el Órgano de Contratación un escrito de alegaciones solicitando la exclusión de dicha oferta argumentando que se incumplía el Convenio Colectivo de aplicación al haber fijado un precio unitario del programador junior (categoría E1) inferior al salario mínimo, lo que supone un incumplimiento del propio Pliego y del art. 13 de la Ley 18/2018, de 13 de junio de la CA Valenciana. En dichas alegaciones se indicaba que, aplicando el Convenio Colectivo indicado en apartado E del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el coste mínimo por hora del programador junior de categoría E1 es para 2019 de 11,55 €, mientras que la oferta del adjudicatario era de 9,38 €. Por estas razones, el recurrente consideraba que la oferta del adjudicatario era temeraria o incorporaba una baja temeraria o anormal, citando además la aplicación del art. 201 de la LCSP. El órgano de contratación resolvió sobre estas alegaciones en la propia adjudicación, motivando que en realidad la oferta de INFORMANCE SL, no podía ser considerada incurso en presunción de anormalidad, tomando como referencia el cálculo estrictamente por precios unitarios en su conjunto, es decir, no solo para el coste



ofrecido para el programador junior, categoría E1 según Convenio; añadiendo que no obstante, el hecho de que la proposición no esté incurso en baja anormal en aplicación del citado Apartado M del Anexo I del PCAP, no obsta a que la Administración durante la ejecución del contrato vele por el cumplimiento de las obligaciones salariales de la empresa adjudicataria acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y el artículo 13 de la Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social.

En consecuencia, en el recurso especial ahora interpuesto se amplían los motivos de impugnación, añadiendo el referido al incumplimiento del Convenio Colectivo en materia del salario del programador junior, categoría E1, otro incumplimiento consistente en incorporar en la oferta dos perfiles, es decir dos medios personales en categorías inferiores a las exigidas en los pliegos.

El Órgano de Contratación en el informe emitido para este recurso, con cita de diversas resoluciones de ese Tribunal, confirma su criterio precedente y concluye que no procede excluir la oferta del adjudicatario por causa del precio unitario ofrecido para el programador junior (categoría E1), ya que no es indicativo de una oferta en su conjunto temeraria, pero también se hace eco del criterio técnico, emitido el 28 de marzo de 2019, por el Jefe del Servicio de Calidad y Simplificación Administrativa, que incorpora a su informe y reconoce que *una vez revisada de nuevo, para la acreditación del compromiso de adscripción de medios personales y materiales, se observa que todos los contratos de personal presentados se han realizado bajo la categoría "Codificador Informático", clasificada como "E3", en lugar de la categoría E1 y la categoría C1. La categoría E3 tiene asignadas funciones y capacidades distintas y menores a las exigidas en el pliego.... Aun cuando de los currículums aportados en los contratos se aprecia que los contratados poseen la titulación exigida en los pliegos (para analista programador y programador junior), la categoría por la que están contratados no se corresponde con lo exigido en los pliegos, circunstancia que no se observó en el informe anterior...*

Por dicha razón, el Órgano de Contratación considera que de confirmarse esas circunstancias, además de conllevar un incumplimiento del compromiso de adscripción de medios, sería constitutivo de un fraude de Ley y entraría efectivamente en juego la aplicación del artículo 201 LCSP, segundo párrafo, que contempla la potestad de los



órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones aplicables en materia laboral establecidas en los convenios colectivos.

Por su parte, el adjudicatario en su escrito de alegaciones indica que no aplica el artículo 201 de la LCSAP invocado, ya que dicho precepto se refiere a la fase de ejecución del contrato la cual en el presente caso todavía no ha comenzado. En realidad cabe indicar que el art. 201 de la LCSP se refiere tanto a la fase de ejecución del contrato, como a la fase de licitación, pues aunque se encuentra sistemáticamente ubicado en sede de ejecución de los contratos, lo cierto es que su apartado 2 dice: *“Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo.”*. Precisamente en el recurso se pone de relieve si el órgano de contratación tiene facultades al admitir las ofertas o al valorarlas de apreciar posibles incumplimientos de obligaciones laborales y en consecuencia rechazarlas en función del incumplimiento que en su caso se demuestre.

Añade el adjudicatario que el apartado LL del cuadro de características del PCAP, (que se refiere en realidad a los criterios de adjudicación y entre ellos a la valoración de la oferta económica por precios unitarios de los perfiles exigidos en el Pliego) establece un umbral mínimo *“no inferior al 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos- que cada licitador deberá alcanzar para que pueda continuar en el proceso selectivo”, “sic”*, haciendo hincapié en la valoración conjunta y que su oferta fue la mejor valorada. Este argumento procede rechazarlo pues precisamente lo que dice el apartado LL es que ese umbral mínimo, que se refiere a criterios “cualitativos”, *“no procede”*.

Lo que sí indica el apartado LL citado y que guarda alguna relación con la cuestión controvertida es que: *“Los licitadores deberán presentar necesariamente su oferta económica por precios unitarios para ambos conceptos (1.1 programador-junior y 1.2 analista-programador). Quedarán excluidas aquellas proposiciones que excedan el presupuesto máximo de licitación por precios unitarios en cualquiera de los dos conceptos”*.



Finalmente, el adjudicatario niega que sean ciertas las alegaciones formuladas por la recurrente en cuanto a la cualificación profesional y retribuciones del personal de INFORMANCE S.L. propuesto para la ejecución del contrato, aunque como toda prueba se limita a la documentación obrante en el expediente, según la cual, dice, ambas personas ostentarían la titulación académica y cualificación profesional requeridas, y su retribución salarial estaría por encima de lo previsto en el convenio colectivo aplicable para su cualificación académico y/o profesional.

Procede por tanto analizar cada uno de dos motivos del recurso especial interpuesto.

En primer lugar, sobre el incumplimiento de las obligaciones laborales del Convenio Colectivo de aplicación al fijar el precio unitario en su oferta el adjudicatario respecto del programador junior con categoría profesional E1. El recurso ahora presentado difiere de las alegaciones que en su día se formularon por el mismo licitador en que ahora desvincula la consecuencia jurídica de la temeridad en la oferta respecto de los hechos que denuncia; en efecto, en el recurso que se examina ya no considera que se esté incurriendo en una oferta con baja anormal o temeraria, sino que directamente es de imposible cumplimiento jurídico, invocando para ello el criterio seguido por este Tribunal en la Resolución nº 771/2018 de 7 de septiembre. En este sentido es preciso partir de unos hechos incontrovertidos como son tanto el concreto convenio colectivo de aplicación, como los salarios previstos para las categorías profesionales C1 y E1, que son las efectivamente exigidas por el Pliego, y finalmente el hecho cierto del precio unitario incluido en la oferta del adjudicatario para la categoría profesional E1. Pues bien, el recurrente expone y acredita que atendiendo los costes salariales (salario y seguridad social) y en relación con el número de horas exigido por el pliego, el coste mínimo según convenio de la hora de trabajo de un programador junior categoría E1 es de 11,55 €; como el pliego exige para valorar cada oferta económica que se desglose por precios unitarios los referidos a cada trabajador ofrecido en función de su categoría laboral, resulta que en las seis ofertas presentadas el precio unitario está por encima de 11,55 €, a excepción de la realizada por el adjudicatario. En estos términos concluye que necesariamente se está incumpliendo el Convenio Colectivo de aplicación. En efecto, tal como el órgano de contratación indica no se trata del cumplimiento o incumplimiento de los criterios que indica el Pliego sobre las ofertas con baja temeraria o anormal, argumento que por otra parte abandona el recurrente, sino del incumplimiento de las



obligaciones laborales que el propio Pliego simplemente recuerda, pues son de aplicación con independencia de lo que diga el Pliego. Así el Pliego se remite al Convenio Colectivo de aplicación e incluso transcribe en el apartado E del cuadro de características del PCAP los costes salariales mínimos (mensuales y anuales, con desglose de sueldo y coste de SS e incluso añade un incremento del 25 % que el órgano de contratación ha considerado para el caso de posibles mejoras individuales sobre el convenio que pudiera haber en cada empresa o contrato laboral), y según carga de trabajo y dedicación y horas exigibles en el contrato.

Pues bien, lo cierto es que a diferencia del caso analizado en nuestra Resolución nº 771/2018 de 7 de septiembre, en el Pliego ahora examinado, el criterio de adjudicación no se refiere exactamente al salario que la empresa licitadora va a abonar al programador junior de categoría E1, sino al precio que por la hora de trabajo del programador junior de categoría E1, la empresa licitadora va a cobrar a la Administración contratante, lo que es muy distinto, pues efectivamente aunque haya calculado en su oferta un precio por debajo del coste salarial ello no implica que vaya a incumplir el Convenio o que vaya a pagar al trabajador esa cantidad que ha incluido en su oferta. Por tanto, ni la oferta en los términos presentados por el adjudicatario es de imposible cumplimiento jurídico, pues puede estar compensando el coste por hora de ese medio personal con otros conceptos cuantificables económicamente en su oferta, ni mucho menos constituye la prueba de un incumplimiento del Convenio Colectivo, razones por las que debe rechazarse el primero de los motivos del recurso.

Respeto del segundo de los motivos (ofrecimiento de medios personales de categoría profesional inferior a los exigidos en el Pliego), el propio Pliego en su *apartado L* establece entre los requisitos de solvencia la obligación de ofrecer determinados medios personales, añadiendo el PCAP para la fase de ejecución del contrato, en su cláusula 5.7 que estos compromisos de adscripción de medios tienen el carácter de obligaciones esenciales en caso de que se incumplan por el adjudicatario, con los efectos previstos en los artículos 211 y 192.2 de la LCSP.

Tales medios son según el apartado L citado del cuadro de características anexo al PCAP:



- *Un analista-Programador, (titulación: Ingeniería en Informática o (titulación equivalente de acuerdo con los planes de estudio vigentes.*
- *Un programador Junior, (titulación: Formación Profesional Grado Superior en informática.*

Es decir, el Pliego ha hecho uso de la facultad que le atribuye el art. 76.2 de la LCSP, a cuyo tenor: 2. *"Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario".*

En este sentido, cobra especial interés la documentación aportada tras la propuesta de adjudicación por la empresa INFORMANCE SL, y que oportunamente ha sido puesta de manifiesto por el informe del Órgano de Contratación. Ya que acredita que los medios propuestos por la citada empresa tienen contratos con categorías profesionales según convenio distintas e inferiores a las denominadas expresamente como analista-Programador y programador Junior, en los niveles C1 y E1, considerados por el Pliego para configurar la oferta, lo que a su vez puede llegar a explicar la coherencia de los precios unitarios incluidos en su oferta asociados a los costes por hora de ambos medios personales, pues en realidad suponen costes para la empresa adjudicataria inferiores a los estimados para el cálculo de la oferta económica por el Pliego.

En efecto, de la documentación presentada, y con independencia de que la titulación profesional sea la exigida por el Pliego para cada uno de los dos currículos presentados con el compromiso, se desprende que su vinculación con la empresa adjudicataria se produce por contratos laborales en los que la cualificación profesional es inferior a la exigida en el Pliego; en concreto se han aportado dos contratos laborales suscritos bajo la categoría "Codificador Informático", clasificada como "E3", (la más baja del Convenio Colectivo), en lugar de la categoría E1 y la categoría C1. La categoría E3, como bien razona el informe del Órgano de Contratación tiene asignadas funciones y capacidades



distintas y menores a las exigidas en el pliego, según el Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Consultoría vigente (Resolución del 22 de febrero el 2018, BOE Número 57 del 6/3/2018). Estos hechos implican un incumplimiento del compromiso de adscripción de medios vinculado a la solvencia exigida como medida adicional de solvencia, cuya acreditación es exigible a quien resulte adjudicatario en los términos del art. 150.2 de la LCSP, y cuyo incumplimiento conlleva irremediabilmente el rechazo de la oferta del adjudicatario, salvo que se subsane oportunamente:

Art. 150. 2. LCSP: Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

En este sentido consta en el expediente que para el perfil programador-junior (Técnico E1), la empresa adjudicataria presentó un Contrato de trabajo indefinido de fecha 11 de julio de 2017, cuya cláusula primera especifica que “El/la trabajador/a prestará sus



servicios como codificador informático incluido en el grupo profesional codificador informático, para la realización de las funciones propias de su puesto de trabajo de acuerdo con el sistema de clasificación profesional vigente en la empresa...”. Y para el perfil analista-programador (Técnico C1) presentó un contrato de trabajo temporal de fecha 6 de febrero de 2019 por obra o servicio determinado en el que se indica que *“El/la trabajador/a prestará sus servicios como codificador informático incluido en el grupo profesional de EIII, para la realización de las funciones propias de su puesto de trabajo de acuerdo con el sistema de clasificación profesional vigente en la empresa”*.

En consecuencia, siguiendo la doctrina de este Tribunal manifestada en las Resoluciones 747/2018, 749/2018 y 752/2018, procede declarar la nulidad de la resolución de adjudicación y retrotraer el procedimiento para que por el órgano de contratación se conceda plazo a la empresa INFORMANCE SL para subsanar el compromiso de adscripción de medios, ajustándolo a lo requerido en el PCAP, tal y como ha sido reflejado anteriormente en esta resolución, continuando posteriormente el procedimiento por sus trámites.

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D.J.V.C.I.B., actuando en nombre y representación de la mercantil INFORMÁTICA DE ALCANCE SLU, por medio del cual impugna el acuerdo de adjudicación dictado el 28 de febrero de 2019 del contrato denominado: *“servicio de diseño de documentos/formularios del gestor único de contenidos (GUC)”*. Expediente CNMY18/12110/011, con las consecuencias declaradas en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar adoptada de conformidad con lo establecido en el art. 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

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 Valencia, 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.