



Recurso nº 509/2020 C.A. Castilla-La Mancha 24/2020

Resolución nº 1014/2020

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

En Madrid, a 28 de septiembre 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. S. D. Z., en nombre y representación de la empresa ASCAN SERVICIOS URBANOS, SL, contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de *“limpieza, desratización y desinfección (DDD) de centros sanitarios adscritos a la Gerencia de Atención Integrada (GAI) de Talavera de la Reina y el servicio de lavado, planchado, higienización, reparación, costura y transporte de lencería de los C. de Salud y consultorios locales determinados por la Gerencia de Atención Integrada de la Talavera de la Reina”*, convocado por la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina, Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 9 de septiembre de 2019, la licitación pública del contrato de servicios antes referido, con un valor estimado que asciende a 16.731.422,92 euros.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) fue aprobado por Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Presentadas por los licitadores sus propuestas, y una vez realizada la apertura del sobre relativo a la oferta económica y demás elementos a valorar mediante fórmulas automáticas, se valoran las ofertas presentadas, en sesión de la mesa de contratación de fecha de 27 de enero de 2020, quedando con el siguiente orden y clasificación:

1.- ASCAN SERVICIOS.URBANOS, SL: 100 puntos

2.- OHL SERVICIOS INGESAN, SA: 59,78 puntos

3- FERROVIAL SERVICIOS, SA: 36,26 puntos.

4.- GRUPO AMIAB: 36,26 puntos.

Se requiere por la mesa de contratación a la empresa ASCAN SERVICIOS URBANOS, SL, para que presente informe de justificación, al incurrir esta en presunción de temeridad. El informe se evacúa el 3 de febrero de 2020, y en sesión de 4 de marzo de 2020 se desecha la justificación como consecuencia de incluir valores anormales o desproporcionados en el punto T.3 del Anexo I del PCAP, por lo que se propone en la adjudicación del contrato a la empresa OHL SERVICIOS INGESAN, SA, al ser esta el siguiente licitador en el orden de puntuación.

Cuarto. El día 19 de mayo de 2020, se dicta resolución de adjudicación y se excluye la oferta presentada por la empresa ASCAN SERVICIOS URBANOS, SL, sin que conste la fecha del acuse de recibo de la comunicación de la resolución en el expediente administrativo.

Quinto. El día 9 de junio de 2020 la empresa ASCAN SERVICIOS URBANOS, SL, (en adelante la recurrente) procede a la interposición, por medio del Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda, del recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Sexto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo, así como el correspondiente informe emitido por el órgano de contratación sobre los trámites seguidos en el expediente de contratación.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso a los licitadores, a los efectos de formular las alegaciones que a su derecho convenga, habiéndose evacuado el trámite por la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN, SAU y el GRUPO AMBIA SERVICIOS INTEGRADOS, SL, que defienden la conformidad a Derecho de la resolución exclusión de la oferta por baja temeraria.

Octavo. Mediante resolución de 22 de junio de 2020 se ha acordado mantener la suspensión provisional del acuerdo impugnado, producida al amparo del artículo 53 LCSP; suspensión que se levantará en la resolución del presente recurso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57.3 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en el BOE de fecha de 2 de noviembre de 2012.

Segundo. Se recurren el acuerdo de adjudicación un contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2.c) de la LCSP.

Tercero. La empresa recurrente ostenta la debida legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 48 LCSP, que señala: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*

Cuarto. El recurso especial en materia de contratación debe entenderse interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP, puesto que, no constando en el expediente el acuse de recibo de la comunicación del acuerdo de adjudicación, no puede este Tribunal examinar y determinar, con un resultado lesivo para el recurrente, si se ha interpuesto o no en plazo el recurso especial.

Quinto. Entrando a examinar el fondo del recurso, impugna el recurrente el acuerdo de adjudicación y exclusión de su oferta, interesando su revocación y la admisión de la oferta presentada al no incluir valores anormales o desproporcionados en el punto T.3 del PCAP, por entender que los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes son superiores a la oferta presentada.

En su escrito de 3 de febrero, no incorporado al expediente remitido a este Tribunal y según lo recogido de manera literal en el recurso, se explicaba con detalle el cumplimiento de la normativa laboral en su oferta incluyendo incluso un desglose trabajador a trabajador del coste unitario personal, del mismo modo se hacía constar:

. “La “Valoración económica según Convenio” se basa en el personal con derecho efectivo a subrogación en el momento de la licitación según listado adjunto como ANEXO VIII al Pliego de Prescripciones Técnicas.

. El Plus transporte, de acuerdo según artículo 32 del Convenio Colectivo. - COMPLEMENTOS PERSONALES, PLUS TRANSPORTE, se encuentra integrado desde el año 2018 en el Plus Convenio que se ha computado a la hora de determinar el coste unitario por categoría del que emana la “Valoración económica según Convenio”.

. La revisión salarial para los años 2022 y 2023 que no está contemplada en el convenio se ha cuantificado en un 0,5% para todos los conceptos salariales.

. La cuantificación del coste de antigüedad es el importe promedio del contrato teniendo en cuenta lo que implica proyectar la misma a los cuatro años de duración del mismo con lo que esto implica de incremento en el número de trienios devengados por la plantilla en su conjunto

. El pago delegado se ha desgajado del coste efectivo que representan las cargas sociales y en función del porcentaje de absentismo real estimado (2%) se ha cuantificado como partida independiente.

. El porcentaje de cargas sociales aplicado sobre el salario bruto (incluidos todos los conceptos) para obtener el “coste empresa” de la masa salarial responde al siguiente desglose

Régimen general:23,60%.

Desempleo:5,50%.

Formación profesional:.....0,60%.

Fondo de Garantía:.....0,20%.

Accidentes de Trabajo:...3,60%

. Los costes salariales del personal en turno de noche tienen en cuenta el plus de nocturnidad de aplicación al igual que las horas presupuestadas en domingos y festivos se han computado teniendo en cuenta el plus festivo”.

Poniéndose de manifiesto que la oferta de la recurrente *“no deja constancia expresa de ningún coste salarial del que pueda inferir incumplimiento alguno de los costes salariales mínimos por categoría profesional según convenio laboral vigente: “Convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Toledo 2017/18/19/20/21” publicado en el núm. 53 del Boletín oficial de la Provincia de Toledo con fecha viernes 16 de marzo de 2018.”*.

Señala el recurso que, de acuerdo con el informe de respuesta al escrito de justificación emitido el día 3 de marzo, se evidencia la existencia de errores en la memoria económica acompañada al Pliego, y que no se ajustan los cálculos facilitados por la mesa de contratación a lo establecido en la normativa laboral vigente. En concreto lo referido al plus de transporte, ya que se contempla un importe que solo estuvo en vigor en el año 2017, el cálculo de la cuota patronal, que por error se fija en 30,77% y que actualmente se eleva a 33,50%, y el coste del absentismo, siendo correcto y el usual el coste del 2% y no el del 3%, que además no tiene carácter vinculante.

Señala el recurso que tanto la comunicación de 3 de marzo como la propuesta de adjudicación, y por ende la propia resolución de adjudicación, carecen de motivación al entender incumplido el punto T.3 del Anexo I del PCAP, no razonando qué lleva a tal conclusión, y no constando el correspondiente asesoramiento técnico exigido por el artículo 149 LCSP.

Por ello se defiende que la propuesta de exclusión carece de fundamento, es contraria a los Pliegos, debiendo respetarse el principio de proporcionalidad y buena administración.

Sexto. Por su parte, el órgano de contratación defiende en el informe remitido la legalidad del acuerdo de adjudicación, señalando que según el punto T.3 del Anexo I, se apreciará que la proposición incurso en baja temeraria no puede ser cumplida cuando la oferta sea inferior a los costes salariales mínimos por categoría profesional, según el convenio laboral de aplicación.

Se dice que la empresa recurrente disponía de la información de los costes salariales del personal a subrogar en el apartado C y D del Anexo I relativo al valor estimado del contrato. Se indica también en la memoria económica a la que se accede en la Plataforma de Contratación. También en el Anexo VIII del PPT, donde se relaciona todo el personal adscrito al contrato.

El informe reproduce la respuesta dada a la empresa el día 3 de marzo, en la que se critica que la masa salarial, que se compone de salario base más plus de convenio, asciende a 1.841.543,32 euros en lugar de 1.730.208,80 que señala la empresa. Que el 85 por cien del personal obtiene un plus de convenio de lunes-sábado (134,92) variable, por lo que se obtiene un valor de 131,88 euros en lugar de los 125,51 euros establecidos por ASCAN. Se dice también que el salario base diario del peón especializado, categoría de los limpiadores, es de 32,51 euros y no de 32,15 euros.

También se critica el cálculo de los trienios, que para la recurrente asciende a 291.607,22 euros, mientras que para el órgano de contratación es de 297.438,31 euros, y el coste del absentismo, que según el PPT y/o Anexo I del PCAP debe de ser del 3% sobre la valoración económica según convenio. Según el cálculo realizado por ASCAN el importe es de 34.608,18 euros y debería ser de 51.466,26 euros. También es objeto de estudio el pago delegado y el cálculo de las cuotas de la seguridad social. Por todo ello se estima que el total del gasto de costes laborales señalado por ASCAN para 2020 es de 2.646.662,99 euros, muy inferior al establecido en la memoria para dicho ejercicio, de 2.818.797,38 euros. Finalmente se señala que el porcentaje de actualización para los ejercicios 2022 y 2023 es de un 2% según los Pliegos, porcentaje que se adopta según el incremento progresivo recogido en el Convenio de los años anteriores, por lo que no parece realista la estimación del 0,5% que efectúa ASCAN para dichos ejercicios. Se añade que la diferencia entre gastos generales, recursos materiales y beneficio industrial no podrían ser cubiertos con la oferta económica presentada por la recurrente, lo que hace inviable la correcta ejecución del contrato.

Séptimo. Pasando a examinar el fondo del recurso se observa que la crítica del acuerdo de exclusión se sintetiza en los errores existentes en la memoria económica de los Pliegos y en la falta de motivación del informe o respuesta del día 3 de marzo, y por extensión la decisión del acuerdo de exclusión.

En primer lugar, en cuanto a los errores existentes en la memoria económica, debemos indicar que dichos importes han sido tomados en consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato, así como el presupuesto base de licitación. Importes que son detallados en los apartados C y D del Cuadro de Características que obra en el Anexo I del PCAP. Por consiguiente, una vez presentada su oferta por la licitadora recurrente

debe inadmitirse cualquier alegación que suponga una discrepancia respecto de los mismos, pues el importe de los gastos salariales se entiende aceptado de manera incondicional por la licitadora al presentar su oferta.

Señala el artículo 139.1 LCSP, inciso primero: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”*

En este punto, no es ocioso recordar la reiterada doctrina seguida por este Tribunal respecto de la vinculación de los licitadores a las cláusulas de los Pliegos, que constituyen la ley del contrato (resoluciones 303/2012, 17/2013, 25/2013, 30/2013 y 167/2014 y sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009).

Es más, la recurrente no impugnó la redacción de las cláusulas de los Pliegos, invocando el error en los importes fijados para el cálculo del valor estimado y del presupuesto base de licitación, por lo que no cabe ahora pretender revisar el clausulado referido a los mismos. En efecto, como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en su resolución de 30 de abril de 2015, recurso número 334/2015:

“Dado que los pliegos son la ley del contrato y que las mencionadas circunstancias no han sido invocadas oportunamente por la recurrente a través del correspondiente recurso, dichas alegaciones, completamente extemporáneas, no pueden ser ahora examinadas ni consideradas por el Tribunal.

Efectivamente, el Tribunal viene aplicando la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, la aceptación incondicional de los Pliegos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación: “Respecto al cuestionamiento del contenido de los pliegos por parte de la recurrente este Tribunal coincide con el órgano de contratación en que dicha fundamentación resulta absolutamente extemporánea, habiendo reiterado en Resoluciones anteriores la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. Conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, ‘las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del

contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna” (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, ó 19/2014, de 17 de enero, 931/2014, de 18 de diciembre, entre otras muchas). De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos: “los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho” (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras). Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho (con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto), no cabe argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los Pliegos cuando éstos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, Resolución 502/2013, de 14 de noviembre)”.

En segundo lugar, en relación con la falta de motivación en el acuerdo de adjudicación y exclusión, se observa que la página 17 del Cuadro de Características establece lo siguiente:

“T3. Parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja.

Se consideran a tal efecto las ofertas que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.

Se considera que el cálculo de la media aritmética se hace sobre las ofertas en valores absolutos y no en porcentajes, y que dicha media se le habrá de restar su 10%, según lo previsto en este punto.

Se apreciará que en la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados cuando las ofertas presentadas sean inferiores a los costes salariales mínimos por categoría profesional, según el convenio laboral de aplicación”.

De acuerdo con lo anterior, la regulación del pliego, relativa a la verificación de los costes salariales en relación con la temeridad, exige que la empresa se halle incurso en presunción de anormalidad, es decir, que la oferta sea inferior en más de un 10 % a la media de las ofertas presentadas. A raíz de lo anterior se debe señalar que la oferta de la empresa ASCAN es superior a la cifra resultante de aplicar un 10 % de baja a la media de las ofertas, luego no se halla en presunción de anormalidad. En efecto:

- Oferta de ASCAN: 11.031.595,72
- Media de las ofertas presentadas: 11.903.237,16
- Umbral de temeridad (10%): 10.712.913,44

Por otro lado, examinado el expediente, no queda acreditado se haya seguido el procedimiento del artículo 149 LCSP, ya que, no se ha solicitado el asesoramiento de los técnicos, siendo el Presidente de la mesa de contratación quien, mediante escrito de 3 de marzo, valora la suficiencia de la documentación presentada.

Señala el artículo 149.1 LCSP: *“En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo”*. Y, en el 149.4 se dice: *“En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*.

Además, en el Anexo VIII del PPTP está relacionado el personal a subrogar, con sus salarios brutos. El PPTP no suma todas las retribuciones, ahora bien, sumadas por el Tribunal, se observa que arroja un resultado anual de 775.266,95 euros. Si a esta cantidad le sumamos un 33.5 % de Seguridad Social (259.714,11), la cantidad total de costes salariales anuales es de 1.034.981,06 €, y la empresa ASCAN presentó, a requerimiento del Órgano de Contratación, un desglose de sus costes salariales, indicando para el año 2020 una cantidad de 1.730.208,80 € (se adjunta el documento al recurso, que no figuraba en el expediente), claramente superior a la resultante del PPTP.

A la vista de todo lo expuesto el recurso debe de ser estimado y anulado el acto impugnado, con el fin de que se retrotraiga el expediente de contratación, se admita la oferta presentada por la empresa recurrente con el fin de proceder a su valoración al igual que las ofertas presentadas por los otros licitadores.

En cuanto a la petición consignada en el suplico del recurso especial en materia de contratación, dirigida al Tribunal para que se inste la adjudicación a favor de la recurrente, debe esta ser inadmitida, debido a que, según hemos reiterado en numerosos pronunciamientos (recientemente Resolución 637/2020, de 28 de mayo, además de las Resoluciones 191/2012 y 342/2014 antes citadas), existe un límite a nuestra competencia, pues este órgano tiene exclusivamente una función revisora de los actos impugnados pudiendo, si los encuentra viciados de nulidad o anulabilidad, declararlo así y, en su caso, retrotraer las actuaciones al momento en que el vicio se produjo. Lo que no podemos hacer, en ningún caso, es sustituir al Órgano de Contratación en el ejercicio de sus competencias.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. S. D. Z., en nombre y representación de la empresa ASCAN SERVICIOS URBANOS, SL, contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios de *“limpieza, desratización y desinfección (DDD) de centros sanitarios adscritos a la Gerencia de Atención Integrada (GAI) de Talavera de la Reina y el servicio de lavado, planchado, higienización, reparación, costura y transporte de lencería de los C. de Salud y consultorios locales determinados por la Gerencia de Atención Integrada de la Talavera de la Reina”*, convocado por la Gerencia de Atención Integrada de Talavera de la Reina, Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Segundo. Levantar la suspensión del acuerdo impugnado, de conformidad con el artículo 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 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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 10.1.l) y 46.1 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.