



Recurso nº 1337/2020

Resolución nº 153/2021

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

En Madrid, a 19 de febrero de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. C. , en representación de la empresa SERVICIOS POLIFUNCIONALES IBERIA, S.L. (SPIBERIA), contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “*Servicio de Hostelería y Vigilancia de Comedores en el Colegio Menor Nuestra Señora de Loreto*”, con expediente n.º 4150020064000, convocado por la Jefatura de la Sección Económico Administrativa 15 Agrupación del Cuartel General del Ejército del Aire, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 4 de septiembre de 2020 se publicó el anuncio de licitación que dio lugar al procedimiento de licitación pública para la adjudicación del contrato de Servicio de Hostelería y Vigilancia de Comedores en el Colegio Menor Nuestra Señora de Loreto siendo el plazo de presentación de ofertas hasta el 18 de septiembre a las 11.00 horas.

Segundo. El contrato se licitó por un valor estimado de 576.245, 46 euros, y con un presupuesto base de licitación de 203.906,89 euros.

Tercero. El contrato de servicios no está sujeto a regulación armonizada y el procedimiento de licitación se hará mediante el procedimiento de adjudicación abierto.

El objeto del contrato es la contratación del Servicio de Comedor y Vigilancia, en las condiciones descritas en el pliego de prescripciones técnicas, para el Colegio Menor N^º. S^ª. de Loreto, sin división en lotes.



Cuarto. Finalizado el plazo de presentación de proposiciones, las empresas licitadoras son las siguientes:

- AUSOLAN RCS, S.L.
- CATERING AVILA S.L.
- INGENIERÍA, ESTUDIOS Y PROYECTOS EUROPEOS S.L.
- GRUPO DLR FACILITY SERVICES, S.L.
- FANTASÍA EXTRAESCOLARES
- SERVICIOS POLIFUNCIONALES IBERIA, S.L.
- CATERING LA HACIENDA, S.L.
- OSVENTOS INNOVACIÓN EN SERVICIOS, S.L.
- JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L.

Quinto. Reunida la mesa de contratación el 22 de septiembre de 2020, se procede a calificar los documentos presentados por los licitadores en sus proposiciones, dentro del sobre A.

Abierto cada sobre, la Mesa de Contratación acuerda solicitar la subsanación de la documentación presentada por AUSOLAN RCS, S.L. CATERING LA HACIENDA, S.L. y GRUPO DLR FACILITY SERVICES, S.L. y, tras otorgarles el debido plazo de tres días, se admite las subsanaciones y la mesa acuerda admitir las ofertas presentadas por los nueve licitadores que han presentado su oferta.

Sexto. Reunida, la mesa el 24 de septiembre, se procede a abrir la documentación relativa a los criterios evaluables automáticamente y la Mesa comprueba que las empresas admitidas a licitación han presentado las proposiciones económicas de acuerdo con lo establecido en el PCAP en cuanto a su forma y contenido.

La documentación por ellos presentada, se remite al asesor técnico para la realización del informe técnico de valoración de ofertas.



Séptimo. La Mesa, en la sesión de 20 de octubre valora las proposiciones económicas de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos en la cláusula 20 del PCAP obteniendo los licitadores la puntuación que obra en el expediente.

Así mismo, la Mesa identifica las ofertas de los licitadores SERVICIOS POLIFUNCIONALES IBERIA, S.L. y CATERING AVILA, S.L. en presunción de baja anormal en el criterio precio de acuerdo con lo establecido en la cláusula 20 del PCAP. Por ello, la Mesa acuerda solicitar a los citados licitadores la información y documentos justificativos de la oferta realizada de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, otorgando un plazo de 5 días hábiles para su presentación.

Una vez finalizado dicho plazo, tras su evaluación por parte del asesor técnico, se emite informe:

- «CATERING AVILA, S.L.: ACEPTACIÓN de la justificación.
- SERVICIOS POLIFUNCIONALES IBERIA, S.L.: se RECHAZA la justificación en virtud del apartado 4 del artículo 149: “Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico” pues en el apartado 2.2.2. Costes de medios humanos del informe presentado por el licitador, señala que “sin embargo, si se hace una pequeña reestructuración de la plantilla actual se podrían reducir los costes de manera significativa sin rebajar en ningún caso los medios humanos a disposición del contrato”; además, continúa su informe indicando que “Tras un cálculo exhaustivo, contando con las preceptivas indemnizaciones por despido, así como las ayudas a la contratación dispuestas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, así como ayudas a la contratación emitidas por la Comunidad de Madrid y dispuestas en la ORDEN de 24 de julio de 2020, del Consejero de Economía, Empleo y Competitividad, que modifica la Orden de 5 de septiembre de 2018, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se establece el procedimiento de concesión directa de subvenciones destinadas al fomento de la integración laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, se ha obtenido las



siguientes conclusiones respecto al coste en medios humanos”, es decir, basan su análisis de costes en una reestructuración (indemnizaciones por despido y percepción de ayudas a la contratación) que no se ha producido».

Los informes técnicos de valoración de las ofertas y de justificación de oferta anormalmente baja, se incorporan al expediente para su constancia.

Octavo. Reunida la mesa y, de acuerdo con la evaluación de las propuestas aportadas por los licitadores, la Mesa concluye la siguiente lista, ordenada de manera decreciente, de acuerdo a las puntuaciones obtenidas por los licitadores:

- CÁTERING ÁVILA, S.L. Propuesto para la adjudicación Total Puntuación: 95.54
- FANTASÍA EXTRAESCOLARES, S.L. Total Puntuación: 86.57
- JUBEL SERVICIOS DE CONTROL Y MANTENIMIENTO, S.L. Total Puntuación: 85.80
- INGENIERÍA, ESTUDIOS Y PROYECTOS EUROPEOS, S.L. Total Puntuación: 84.32
- AUSOLAN RCS, S.L. Total Puntuación: 83.14
- CÁTERING LA HACIENDA, S.L. Total Puntuación: 82.57
- OSVENTOS INNOVACIÓN EN SERVICIOS, S.L. 85.91
- GRUPO DLR FACILITY SERVICES, S.L Total Puntuación: 81.41

Con fecha 19 de noviembre de 2020, consta en el expediente, el anuncio de adjudicación a favor de la empresa CÁTERING ÁVILA, S.L.

Noveno. Con fecha 1 de diciembre de 2020 se ha presentado recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión de la recurrente, solicitando se anule su exclusión. En concreto, el recurrente solicita textualmente:

«Que se vuelva a iniciar desde el principio el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de Servicio de Hostelería y Vigilancia de Comedores desde el



día 09/10/2020 al 31/03/2021 en el Colegio Menor Nuestra Señora de Loreto referenciado con el número de expediente 4150020064000, retrotrayéndose las actuaciones hasta aquel momento de presentación de las ofertas otorgando un plazo para la presentación de las mismas y en caso de que no pueda realizarse, solicita una compensación de 6.000 euros daños y perjuicios sufridos por el actuar de la Administración Pública en el presente procedimiento de licitación.

Décimo. Dispone la cláusula 20º del PCAP:

«Cuando la mesa de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, y según el artículo 149 de la LCSP, la mesa de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*



d) *El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.*

e) *O la posible obtención de una ayuda de Estado.*

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

En los casos en que se compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas.

La mesa de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro del artículo 149 de la LCSP, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes



propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150.

En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica».

Undécimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas que han concurrido a la licitación, confiriéndolas un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones si así lo estimaban oportuno, sin que se haya hecho uso de este derecho.

Duodécimo. Ha hecho uso de la facultad de emitir informe en relación con el recurso especial presentado el órgano de contratación, quién solicita la desestimación del recurso, ya que la justificación presentada por la empresa que ha sido propuesta como adjudicataria, no justifica la baja anormal ofertada tal y como consta en el informe de los técnicos. Además añade que, la recurrente funda sus alegaciones en errores, ya que al contrario de lo que afirma la empresa adjudicataria no basa su justificación en hipótesis sino en unos posibles mayores costes de ejecución derivados de la situación de crisis sanitaria actual.

Decimotercero. Con fecha de 21 de diciembre de 2020, la Secretaria del Tribunal –por delegación de éste– ha dictado resolución acordando la suspensión de este procedimiento de contratación, de conformidad con los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 45 de la Ley 9/2017.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones de plazo, lugar y forma de presentación del recurso especial previstas en los artículos 50 y 51 del LCSP.

Tercero. Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 €, el contrato recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo 44, apartado 1 a).

Cuarto. Es objeto del recurso el acto de exclusión de fecha 20 de octubre de 2020, notificado el 19 de noviembre, por el el coronel jefe de la sea 015 en el contrato de “*Servicio de Hostelería y Vigilancia de Comedores en el Colegio Menor Nuestra Señora de Loreto*”, fundándolo en las siguientes alegaciones:

1. Se aducía una presunta merma en la operatividad del servicio, exponiendo que no se tiene en cuenta la experiencia y la capacidad física de dicho personal. Asimismo, se hace constar que en su justificación se trataba de realizar la reestructuración de la plantilla desde el 31 de octubre de 2020 y dar de alta el día 1 de diciembre de 2020, sin embargo, dice, el informe técnico *«se basa en una intuición subjetiva puesto que no puede conocer la experiencia y capacidad física de las personas que sustituirán a aquellas que serán reemplazadas»*.
2. El segundo de sus motivos, establecía la imposibilidad de depender de ayudas y bonificaciones en cuotas que no estuvieran contempladas en los pliegos. Este argumento, a su juicio, no tiene razón de ser cuando el propio artículo 149.4.e) de la LCSP exige que se haga mención a las posibles ayudas que se puedan recibir por la Administración.
3. El informe que rechaza su justificación hace mención al hecho de que al no tener las ayudas todavía, su empresa no contaba con la financiación necesaria para llevar a cabo el servicio. Así, el recurrente considera que dejando a un lado el desconocimiento



que pueda tener la Administración sobre la financiación de esta parte, *«el citado artículo 149.4. e) hace referencia a la posibilidad de obtención de una ayuda y no a la obtención de la misma»*. Por lo que este no puede ser un argumento de peso para el rechazo de una justificación de una oferta.

4. El punto cuarto del informe hace referencia a que en caso de aceptar su oferta, existiría un balance negativo, y no existe ningún balance negativo en costes humanos, ni técnicos ni económicos.

5. Añade así mismo, que el informe es erróneo por considerar que los despidos no puedan ser una ventaja económica cuando entran dentro de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución y, que yerra el informe al considerar que la sustitución de personal no conlleva beneficio económico alguno pues es precisamente esa sustitución lo que lleva al ahorro entre ambas ofertas (la de la adjudicataria y la de la recurrente).

6. Considera que la información que aporta el informe técnico respecto del Expediente de Regulación de Empleo en el que se han visto inmersos los trabajadores y que impediría por la aplicación de la normativa vigente, despedir a trabajadores , incumple lo dispuesto en la LCSP respecto de la información a suministrar a los licitadores, de modo que otorga una ventaja competitiva a quien ahora es adjudicatario al conocer solo en los verdaderos costes de personal, impidiendo a los demás licitadores disponer de la información suficiente para elaborar ofertas viables. En definitiva, esa falta de información relevante para realizar la oferta, supone una vulneración tanto de los artículos que determinan la obligación de subrogación de los trabajadores, como el principio de igualdad de trato inherente a la contratación pública.

Quinto. La primera cuestión que este Tribunal debe dejar claro a efectos de solucionar el presente recurso es que el recurrente considera que ha sido excluido porque la falta de información respecto a los trabajadores que se encontraban en ERTE y que impide que puedan ser despedidos, hace que su oferta no sea viable. Por ello, considera en un sesgo de la justificación que da la comisión técnica para rechazar la justificación de la anormalidad de su oferta, proceder a impugnar su exclusión por la falta de información respecto de las condiciones de los trabajadores a subrogar, ya que el hecho de que estén



en situación de expediente de regulación de empleo le ha impedido formular una oferta real y viable respecto de los costes de personal a evaluar.

A este respecto, debe destacarse que el informe técnico sobre justificación de la baja temeraria dispone como causas para no admitir la justificación las siguientes:

«Según el informe se despediría a 4 personas de las que componen el servicio, creando además la consiguiente merma en la operatividad del mismo, puesto que no se tiene en cuenta la experiencia, la capacidad física de dicho personal a sustituir ni las características técnicas de los trabajos que desempeñan cada uno de ellos. Asimismo y si nos fijamos en el cuadro que adjuntan en la página 8 del informe, se indica que el personal se daría de alta el día 01/12/2020 y en el anexo I cuando se refiere al personal que va a despedir establece el día 31/10/2020 como fecha fin de contrato, entendiéndose un desajuste de personal que podría afectar al correcto desarrollo del mismo el mes de noviembre.

No deberían aplicarse subvenciones para mejorar una oferta económica, ya que no dependen de los recursos propios de la empresa. Solicitar las ayudas al empleo de la Comunidad de Madrid y/o bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social no son recursos propios de la misma, no pudiéndose supeditar a la viabilidad del servicio tales propuestas.

En la página 9 se especifica que “sustituyendo a cuatro personas remarcadas en rojo por otras cuatro personas marcadas en verde que reúnan las características necesarias para solicitar las ayudas al empleo de la Comunidad de Madrid y/o beneficiarse en las cuotas de la Seguridad Social obtendríamos un balance positivo en la cuenta de medios humanos”. Se deduce que todavía no tiene concedida la ayuda ya que deben contratar a personas que reúnan las características necesarias para solicitar la misma. La baja temeraria se basa en una ayuda todavía no concedida, sin concretar el importe y duración de la misma, lo cual quiere decir que no dispondrían de la financiación necesaria.



No se entiende el interés que refiere la empresa en despedir parte de la actual plantilla y sustituirla por personas con diversidad funcional, en riesgo de exclusión social y parada de larga duración, igualando así la condición de los actuales trabajadores (propuestos a despedir) con los que se sugiere contratar. Como ventaja o viabilidad económica, entendiéndose únicamente para la empresa, se hace alusión a las ayudas a la contratación emitidas por la Comunidad de Madrid y dispuestas en una ORDEN de 24 de julio de 2020, del Consejero de Economía, Empleo y Competitividad, que modifica la Orden de 5 de septiembre de 2018, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, no vislumbrándose con esto beneficio alguno a favor del desempeño del adecuado servicio que se desarrolla en este sentido.

Estas medidas, a nuestro entender, atentan contra el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, sumado además al Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, y demás Leyes y Reglamentos que lo regulan, al ser trabajadores, en su mayor parte y más en concreto en los que se basa el informe para su despido, que se acaban de incorporar a su puesto después de un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) con motivo de la crisis ocasionada por la COVID-19, al haber quedado en suspenso el expediente que regula dicho servicio.

Con la documentación aportada por la empresa no se justifica la viabilidad de la oferta presentada en las condiciones establecidas en el pliego».

Sexto. Sobre la consideración de la oferta de la recurrente como incurso en baja temeraria, debemos partir del Art. 149 LCSP, que dispone que:

«1. 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.

2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán

permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios: a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente. b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

3. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en unión temporal.

4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos. La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta. Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma



y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores: a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción. b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras. d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201. e) O la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente. En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201. Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico».

Hemos de comenzar recordando el más que consolidado criterio de este Tribunal que según la LCSP (y antes el TRLCSP) establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormalmente bajos o desproporcionados. Más en concreto hemos afirmado que, el régimen legal de ofertas anormalmente bajas tiene por objeto ofrecer al licitador incurso en anormalidad de su oferta la posibilidad de que explique de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y que, por tanto, la oferta es susceptible de normal cumplimiento en sus propios términos a juicio del órgano de contratación.

El órgano de contratación, una vez apreciada la presunción de baja desproporcionada, debe seguir los trámites legales previstos en el artículo 149 LCSP, dando trámite de audiencia a la empresa incurso en temeridad y siendo sus alegaciones evaluadas por los



técnicos con el fin de comprobar si justifica o no de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuesto y que, por ello, es susceptible de cumplimiento en sus propios términos.

En definitiva, de acuerdo con el artículo 149 de la LCSP es obligación del licitador explicar de forma suficientemente satisfactoria ese bajo nivel de precios ofertado, porque de no hacerlo así el órgano de contratación rechazará su oferta, pero el hecho de que alguno de los licitadores esté incurso en presunción de anormalidad no supone su exclusión automática sino que corresponde al órgano de contratación, valorar tras el requerimiento de justificación efectuado al amparo del artículo 149.4, si la justificación es aceptada y ponderar si tras la misma, resulta o no viable la ejecución del contrato en los términos que más interesen al interés público que postula el órgano de contratación.

En esa ponderación resulta de vital importancia las valoraciones de los informes técnicos, valoraciones e informes, que están amparadas por la discrecionalidad administrativa siempre y cuando se advierta una correcta y debida motivación de los mismos, pues ante una escasa o insuficiente justificación aquélla se transforma en pura y simple arbitrariedad, y ahí reside la función de este Tribunal, con la recta finalidad de enjuiciar si dichos informes se encauzan debidamente, y si satisfacen las exigencias de motivación previstas en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Así mismo, se ha dicho en numerosas ocasiones que este Tribunal ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias en los informes técnicos efectuados por la Administración con ocasión de las valoraciones a la aceptación o no de la justificación de la presunción de anormalidad en que puede incurrir una oferta.

A todo esto, debemos añadir, que es también doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser



cumplida como consecuencia de ello, y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiere presentado.

De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática. Por lo demás, «la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación, que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos» (Resoluciones 24/2011, de 9 de febrero, 72/2012, de 21 de marzo, o 121/2012, de 23 de mayo).

En resumen, la finalidad de la legislación de contratos con el procedimiento contradictorio que se abre para ofrecer a quien presenta una oferta incurso en presunción de anormalidad, es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

Esta doctrina exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales que se propone asumir, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato.



Pues bien, en aplicación la anterior doctrina debemos analizar las causas por las que la Mesa acogiendo el informe de los técnicos obrante en el expediente administrativo llega a la conclusión de que la oferta no es viable ni puede ser aceptada la justificación ofrecida por el licitador. A este respecto, ya hemos señalado en el Fundamento quinto que los técnicos consideran que no puede cumplirse la oferta ya que según el informe se despediría a 4 personas de las que componen el servicio, creando además la consiguiente merma en la operatividad del mismo; Asimismo y si nos fijamos en el cuadro que adjuntan en la página 8 del informe, dicen los técnicos, se indica que el personal se daría de alta el día 01/12/2020 y en el anexo I cuando se refiere al personal que va a despedir establece el día 31/10/2020 como fecha fin de contrato, entendiéndose un desajuste de personal que podría afectar al correcto desarrollo del mismo el mes de noviembre; considera también que, no deberían aplicarse subvenciones para mejorar una oferta económica, ya que no dependen de los recursos propios de la empresa. Solicitar las ayudas al empleo de la Comunidad de Madrid y/o bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social no son recursos propios de la misma, y considera que no pueden entenderse como ayudas económicas en el momento de la justificación pues no son ingresos actuales para la empresa al no haberse concedido sino posibles ingresos y por ende, son hipotéticos ingresos no pudiéndose supeditar a la viabilidad del servicio tales propuestas. Añade, así mismo, que *«no se entiende el interés que refiere la empresa en despedir parte de la actual plantilla y sustituirla por personas con diversidad funcional, en riesgo de exclusión social y parada de larga duración, igualando así la condición de los actuales trabajadores (propuestos a despedir) con los que se sugiere contratar. Como ventaja o viabilidad económica, entendiéndose únicamente para la empresa, se hace alusión a las ayudas a la contratación emitidas por la Comunidad de Madrid y dispuestas en una ORDEN de 24 de julio de 2020, del Consejero de Economía, Empleo y Competitividad, que modifica la Orden de 5 de septiembre de 2018, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, no vislumbrándose con esto beneficio alguno a favor del desempeño del adecuado servicio que se desarrolla en este sentido y considera que, estas medidas, a nuestro entender, atentan contra el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, sumado además al Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, y demás Leyes y Reglamentos que lo regulan, al ser trabajadores, en su mayor parte y más en concreto en los que se basa el informe para su*



despido, que se acaban de incorporar a su puesto después de un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) con motivo de la crisis ocasionada por la COVID-19, al haber quedado en suspenso el expediente que regula dicho servicio».

En definitiva, el órgano considera que con la documentación aportada por la empresa no se justifica la viabilidad de la oferta presentada en las condiciones establecidas en el pliego y por ello, rechaza la justificación.

Este informe, se considera que es motivado sin que los errores que denuncia el recurrente en su recurso desvirtúen lo establecido en el mismo, por las siguientes consideraciones:

En cuanto a los costes de personal que se ahorrarían de despedir a cuatro trabajadores de los que la empresa estaría obligada a subrogarse debemos destacar, que la empresa justifica en su informe que para calcular el salario bruto anual se han tenido en cuenta diez meses de trabajo anuales para aquellas personas con contrato de fijo discontinuo y doce para el resto de trabajadores, así como las tablas salariales del convenio vigente y todos los pluses correspondientes que vienen recibiendo de la empresa actual. En relación al cálculo del coste empresa total se han utilizado los salarios brutos anuales, el correspondiente gasto en seguridad social y el coste de sustituir a los trabajadores en su período de vacaciones. Sin embargo, añade que si se hace una pequeña reestructuración de la plantilla actual se podrían reducir los costes de manera significativa sin rebajar en ningún caso los medios humanos a disposición del contrato. Añade que, tras un cálculo exhaustivo, contando con las preceptivas indemnizaciones por despido, así como las ayudas a la contratación dispuestas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, así como ayudas a la contratación emitidas por la Comunidad de Madrid y dispuestas en la ORDEN de 24 de julio de 2020, del Consejero de Economía, Empleo y Competitividad, que modifica la Orden de 5 de septiembre de 2018, de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se establece el procedimiento de concesión directa de subvenciones destinadas al fomento de la integración laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, obtiene unas conclusiones respecto al coste en medios humanos que plasma en la tabla salarial que adjunta en su informe. En este punto, asiste razón al órgano de contratación

y, en concreto al informe de la comisión técnica cuando añade que la empresa justifica su baja temeraria en unos costes más bajos que obtendría de la reestructuración de personal y de una concesión de ayudas directas por la comunidad de Madrid de las que no justifica y que no permiten al órgano de contratación comprender que se den esos ahorros en costes que justifican la baja de su oferta. A mayor abundamiento, asiste razón al órgano de contratación cuando dice que existe un desfase ya que en el en el cuadro que figura en el informe aportado por la empresa, se indica que el personal se daría de alta el día 1 de diciembre de 2020 y en el anexo I cuando se refiere al personal que va a despedir establece el día 31 de octubre 2020 como fecha fin de contrato, entendiéndose un desajuste de personal que podría afectar al correcto desarrollo del mismo el mes de noviembre, lo que sin duda comprometería la buena ejecución del contrato durante un mes, siendo causa suficiente para considerar que el contrato no se vaya a ejecutar por la empresa recurrente en los términos establecidos en los pliegos que rigen la contratación.

Es por ello, que en este punto asiste razón al órgano de contratación.

En segundo lugar, en cuanto a la aplicación de subvenciones para mejorar una oferta económica, en su informe establece el recurrente que, sustituyendo a cuatro personas remarcadas en rojo por otras cuatro personas marcadas en verde que reúnan las características necesarias para solicitar las ayudas al empleo de la Comunidad de Madrid y/o bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social, obtendrían un balance positivo en la cuenta de medios humanos. Por tanto, después de la reestructuración de personal los costes totales anuales de medios humanos son los que se exponen en su oferta y que ascienden a un total de 245.634, 03 euros. Pues bien, en este punto debe recordarse lo que dijo este Tribunal en la resolución 884/2018, en la que para acudir a la obtención de ayudas o subvenciones con objeto de justificar una baja temeraria, es suficiente justificación acreditar que conforme a la legislación vigente se tiene derecho a una subvención aunque no esté garantizado que no vaya a perderse durante la ejecución del contrato por razón de un cambio normativo, pues ello cae dentro del riesgo empresarial que en su caso afectará al beneficio que obtenga la empresa adjudicataria con la prestación del servicio. En todos aquellos casos, se trataba de centros especiales de empleo que tenían una justificación de obtener dichas ayudas, lo cual es diametralmente

diferente a lo que ocurre en el presente caso, pues en este caso se trata de sustituir a un número de personas trabajadoras por otras que prestan el servicio, estando ante una expectativa de obtener una subvención de la que no hay una justificación razonable de ser beneficiaria a la vista de las circunstancias concurrentes al tiempo de justificar la baja ofertada. Es por ello, que en este punto asiste razón también al órgano de contratación.

Por último, consideramos de especial importancia la falta de cumplimiento por parte del órgano de contratación de la obligación de información que le impone el artículo 130 de la LCSP, al no haber informado de los trabajadores que se encuentran en situación de expediente de regulación de empleo temporal, lo cual por su importancia será estudiado en fundamento a parte y siguiente.

Séptimo. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha establecido en su resolución número 1155/2020, respecto de las obligaciones que en esta materia pudieran corresponder a los órganos de contratación, lo siguiente:

«El artículo 130.1 de la LCSP solo impone al poder adjudicador una obligación de información a los licitadores sobre los trabajadores que deban ser subrogados porque “una imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales”, al tiempo que establece la obligación del contratista que está prestando el servicio de suministrar dicha información al órgano de contratación, e impone a aquel en caso de incumplimiento de aquella obligación o cumplimiento defectuoso determinadas consecuencias jurídicas desfavorables para él que, en ningún caso, alcanzan a la Administración contratante (apartados 4 y 5 del citado artículo 130 LCSP). Por tanto, el hecho de que el nuevo contratista haya o no de subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores que prestaban el servicio para el anterior contratista es por completo ajeno al contrato administrativo, pues deviene de la normativa laboral (legal o convencional) aplicable precisamente al contratista como empleador y a los trabajadores que prestan el servicio bajo su dirección, siendo además que la obligación de información a los licitadores, que es la única que respecto de dichas relaciones laborales pesa sobre el órgano de contratación, solo surge si la norma laboral impone al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en dichas relaciones laborales, no habiendo obligación si no hay subrogación, pues la LCSP atribuye al órgano

de contratación el deber de informar en el pliego sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, que resulten necesarias para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, a fin de que los licitadores puedan formular correctamente su oferta, lo que no sucede si tal obligación laboral no existe».

Dicha resolución, deja claro en lo que aquí interesa, que el órgano de contratación tiene una obligación de información de los trabajadores que se van a subrogar cuando la obligación de subrogación viene impuesta por una norma laboral, ya sea esta legal o convencional. Además, esta resolución deja claro que para el órgano de contratación sólo existe esa obligación de información independientemente de las relaciones laborales que puedan ser objeto de subrogación.

Debe recordarse que, el artículo 130 de la LCSP establece:

«Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

1. Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor



aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista».

Debe recordarse que, del mismo modo, al órgano de contratación, de conformidad con el artículo 130 de la LCSP, le incumbe requerir la información y una vez remitida por el órgano de contratación, únicamente deberá verificar si los datos remitidos, en términos formales, son los exigidos por la Ley, es decir, que la información suministrada tiene las menciones mínimas recogidas en el artículo 130.5 de la LCSP. Así se pronuncia el Informe de la Junta Consultiva de Contratación número 61/2019 cuando señala que:

«Es importante destacar en este punto que la obligación de concretar qué información es necesaria a estos efectos recae sobre el contratista saliente puesto que, por un lado, es el único que verdaderamente conoce la situación de sus trabajadores y de su empresa, así como las eventuales circunstancias que pudieran influir en la determinación del coste salarial para el caso de una eventual subrogación, y, por otro, es a dicho contratista al que la LCSP obliga a asumir las consecuencias en el caso de que, una vez producida la subrogación, los costes laborales fueren superiores a los que se desprendieren de la información facilitada por el antiguo contratista. El órgano de contratación se puede limitar a requerir al contratista para que le remita la información necesaria, comprobando que se ha remitido con los datos legalmente establecidos que constituyen el mínimo de información exigible, o con los incluidos en el pliego».

Este precepto, lo que trata es de informar a todos los posibles licitadores de los costes salariales del personal en caso de que haya subrogación, a fin de que puedan conocer el total de los costes salariales para decidir si desean o no formular ofertas. En este sentido, lo que el licitador está denunciando es precisamente que no se informó de la imposibilidad de despedir a trabajadores en los que debía subrogarse por estar incursos en expedientes de regulación de empleo temporal, de modo que, el no pudo conocer que esos trabajadores podían ser despedidos para efectuar sus planes de reestructuración de recursos humanos.



Sin embargo, en todo la información que debe suministrar el órgano de contratación y que consta en el artículo 130.5 de la LCSP, no se establece aquella que demanda el actual recurrente y, que en caso de efectuarse no supondría un coste total superior salarial al previsto en los Pliegos, sino que entra dentro del marco de la futura ejecución del contrato y no de los costes salariales actuales que existen en el momento de efectuar las ofertas y que son necesarias para conocer y elaborar con exactitud sus ofertas a fin de conocer los costes salariales totales o aproximados. De hecho, si se atiende a la naturaleza de los expedientes de regulación de empleo temporal, estos afectan a los trabajadores que se encuentran temporalmente afectados por una medida laboral por la que se suspende el contrato de forma temporal o se hace una reducción de jornada durante un periodo determinado. El comúnmente denominado ERTE es, por tanto, una autorización temporal para la empresa que le permite suspender uno o varios contratos de trabajo durante un tiempo determinado, quedando exenta de pagar a los trabajadores afectados pese a que continúan vinculados a la empresa, por lo que siguen siendo trabajadores con una relación vigente y a los que la información a suministrar por virtud del artículo 130 de la LCSP, en cuanto a la posible subrogación en sus relaciones laborales, les afecta, teniendo el órgano de contratación que aportar la información que demanda el artículo 130 de la LCSP en cuanto a sus condiciones laborales, pues estas afectarán de forma inmediata, cuando decaiga la medida de regulación de empleo de temporal en los costes salariales que las empresas que ejecuten el contrato tendrán que soportar en la ejecución del mismo.

La información que pretende el recurrente se le suministre, afecta al modo en que esté prevé ejecutar su propio contrato si resultare adjudicatario, pero no en cuanto al cálculo de los costes salariales totales que debe soportar el futuro adjudicatario en cuanto a los posibles trabajadores que serán afectados por la subrogación laboral en su caso.

Es más, el órgano de contratación establece la condiciones de la subrogación en la cláusula 37 del PCAP y, en el anexo IV del contrato contiene una hoja con la información a suministrar por los trabajadores a los que afecte la subrogación, adjuntando un cuadro Excel al Pliego donde informa de los trabajadores actuales, antigüedad, tipo de contrato, número de horas contratados y costes salariales siendo esta información la que exige el



artículo 130 de la LCSP, por lo que no se observa incumplimiento por parte del órgano de contratación, respecto de la aplicación del artículo 130 de la LCSP.

Octavo. A la vista del informe de la comisión técnica que es acogido íntegramente por el órgano de contratación a la hora de excluir al licitador, se considera que el mismo resulta absolutamente motivado, al considerar tomando la justificación ofertada por el licitador, que esta no es suficiente a los efectos de asegurar la viabilidad de la oferta presentada por el mismo, y la correcta ejecución del contrato que nos ocupa.

En definitiva, el órgano de contratación ha seguido, una vez apreciada la presunción de baja desproporcionada, los trámites legales previstos en el artículo 149 LCSP, dando trámite de audiencia a la empresa incurso en temeridad y siendo sus alegaciones evaluadas por los técnicos con el fin de comprobar si justifica o no de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios o de costes propuesto y, ha llegado a la conclusión de que la empresa incurso en presunción de anormalidad no justifica la baja temeraria no pudiendo adjudicarse el contrato a su favor, por entender que el contrato no podrá ser ejecutado en los términos dispuestos en los pliegos.

Por lo expuesto, procede la desestimación del 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. J. M. C. , en representación de la empresa SERVICIOS POLIFUNCIONALES IBERIA, S.L. (SPIBERIA), contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de "*Servicio de Hostelería y Vigilancia de Comedores en el Colegio Menor Nuestra Señora de Loreto*", con expediente n.º 4150020064000, convocado por la Jefatura de la Sección Económico Administrativa 15 Agrupación del Cuartel General del Ejército del Aire.



Segundo. Mantener la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución del recurso vinculado 1325/2020, relativo al mismo procedimiento de contratación.

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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.