



Recurso nº 271/2014 C.A Principado de Asturias 014/2014
Resolución nº 337/2014

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

En Madrid, a 25 de abril de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por C. M.M.R.F., en representación de la empresa CLN INCORPORA, S.L. (en lo sucesivo CLN o la recurrente), contra su exclusión, por oferta desproporcionada, en la licitación del contrato de servicios de *“Portería, control de accesos e información al público en los centros de día para personas mayores dependientes y centros sociales de Cabrales, Grado, Lugones, Lada y Vegadeo”*, (expediente SBS/14/01-001), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias (en adelante, la Consejería o el órgano de contratación) convocó licitación para contratar, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, los servicios de portería, control de accesos e información al público en los centros de día de Cabrales, Grado, Lugones, Lada y Vegadeo. El anuncio se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 17 de enero de 2014. El valor estimado del contrato, para los cinco lotes en que se divide, se cifra en 1.029.072 euros. La empresa recurrente presentó oferta a los cinco lotes.

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

Tercero. La cláusula 2.3.1, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece la oferta económica como único criterio de valoración de las proposiciones. Por tanto, para la consideración de ofertas como desproporcionadas o temerarias la cláusula 2.2.10 aplica los criterios establecidos en el artículo 85 del RGLCAP. En particular, como es el caso, cuando concurren cuatro o más licitadores, se consideran desproporcionadas, en principio, las ofertas que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, sin tener en cuenta las que superan en un 10% la media inicial.

Cuarto. En las sesiones de la Mesa de contratación de 17 y 21 de febrero de 2014, se procedió en acto público a la apertura de los sobres y lectura de las ofertas económicas. En los cinco lotes, la oferta de CLN quedó por debajo del umbral del 10% de presunción de oferta desproporcionada.

De acuerdo con lo establecido en el PCAP, se requirió a CLN para que justificara su oferta. Así lo hizo en el plazo habilitado. Acompaña el estudio de costes pertinente y pone de relieve que los salarios del personal son iguales o superiores al salario mínimo y que ha tenido en cuenta los ahorros de costes en concepto de bonificaciones de cuotas de seguridad social de todos los trabajadores, dada su condición de «*Centro Especial de Empleo*». En el estudio de costes, los de personal directo y sustituciones suponen el 73% % del total. El resto (un 27%) se considera como beneficio.

Quinto. Tras analizar la justificación de CLN, el servicio técnico correspondiente informa desfavorablemente la oferta. Manifiesta que la empresa es un centro especial de empleo por lo que, si contrata trabajadores con discapacidad tendría derecho a las bonificaciones establecidas, pero que con ello no se justifica que la oferta pueda ser cumplida, dado que el ahorro en el coste se justifica en el salario que se va a ofertar a los trabajadores, pero *“no presenta ninguna documentación (precontrato-oferta de contrato aceptada)”*. Además, se propone *“contratar en las condiciones menos favorables que son las fijadas por el Gobierno con el carácter de mínimo necesario, cuando por el presupuesto se puede considerar el salario a percibir, según los convenios colectivos en vigor,... de 1.020,12 euros al mes...”*. Añade por último que *“se pretende obtener un beneficio industrial del 37 %, muy por encima de lo permitido por la legalidad vigente”*.

Por todo ello, en la reunión de la Mesa de contratación del 21 de marzo se acuerda por unanimidad no admitir la justificación aportada por la empresa CLN y elevar propuesta de adjudicación a favor de OMBUDS SERVICIOS S.L. que había presentado la siguiente oferta más baja en todos los lotes y que a su vez se halla igualmente incurso en desproporción o anomalía en casi todos ellos, por lo que se le requiere la oportuna justificación. El acuerdo se publica el mismo día en el perfil de contratante.

Sexto. El 1 de abril de 2014, previo anuncio al órgano de contratación, CLN interpone recurso contra el indicado acuerdo, mediante escrito presentado a la Consejería. Manifiesta que en el coste de las jornadas de trabajo, *“ha tenido en cuenta, en su condición de centro especial de empleo, los ahorros de costes en concepto de bonificaciones de cuotas de seguridad social de todos los trabajadores por su condición de trabajadores discapacitados en grado igual o superior al 33%,... al tiempo que reflejaba también el beneficio empresarial, en cuantías que permiten tener en cuenta, a mayores, las retribuciones correspondientes a turnicidad y trabajo en domingos y festivos..., además de otras eventualidades de carácter desconocido que puedan presentarse durante la ejecución del contrato”*.

En cuanto a la falta de presentación de precontratos u ofertas de contrato aceptadas de trabajadores con discapacidad, entiende que por la propia definición de *centro especial de empleo* toda la plantilla debe estar constituida por trabajadores minusválidos; además los pliegos *“no exigen ni disponer con carácter previo del personal ni los nombres y cualificación profesional de dicho personal”*.

Sobre la retribución exigida por los *“convenios colectivos en vigor”*, según el informe en que se fundamenta la exclusión, la recurrente llama la atención sobre el hecho de que los pliegos no hacen referencia alguna a tal exigencia, ni el informe precisa siquiera a qué convenios se refiere. La retribución mínima que se establece en el informe se configura como *“un requisito nuevo, que sólo ahora se viene a exigir”*.

Por último, la referencia del informe y del acuerdo de exclusión a que la empresa pretende obtener un beneficio industrial del 37%, *“muy por encima de lo permitido por la legalidad vigente”*, tampoco está motivada pues no conoce norma alguna que limite los beneficios empresariales ni se indica en el acuerdo impugnado a qué normas se refiere.

Séptimo. El 8 de abril de 2014 se recibió en el Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación que se limita a dar cuenta de las actuaciones realizadas.

Octavo. El 15 de abril de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido. El 10 de abril, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna la exclusión del procedimiento de licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 207.000 euros, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 41.3 del mismo texto legal y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el BOE del día 28 de octubre de 2013.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a una licitación de la que fue excluida.

Tercero. No es objeto de controversia que las ofertas económicas de CLN en los cinco lotes se encuentran en presunción de temeridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 del RGLCAP y en la cláusula 2.2.10 del PCAP a que se hizo referencia en el antecedente tercero. Por tanto, la cuestión de fondo a dilucidar es si está fundada la conclusión de la Mesa de declarar que la oferta de la recurrente no puede ser cumplida por incluir valores anormales, con la consiguiente exclusión de la licitación.

Cuarto. En cuanto al procedimiento seguido, el artículo 152 del TRLCSP en los apartados 3 y 4 establece que:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnica adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...”

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas...”

Como hemos señalado en diversas resoluciones (entre las más recientes, en la Resolución 273/2014, de 28 de marzo, también referida a un contrato de la misma Consejería), para conjugar el interés general en la contratación pública con la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar antes su viabilidad. Y ello exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones aducidas por el licitador.

De acuerdo con ello, la cuestión de fondo es si la justificación de CLN era o no suficiente, y si los argumentos del informe técnico, que hizo suyos la Mesa de contratación, bastan para desechar la estimación de costes de la oferta y evidenciar la conveniencia de un interés público que justifica su exclusión.

La oferta de la recurrente, tomando como referencia las presentadas en el lote 3, es un 19,6% inferior respecto a la media de las presentadas (una vez excluidas del cómputo las que superan en un 10 % la media inicial) y un 12,2% más baja que la propuesta como adjudicataria.

Las manifestaciones de CLN para justificar su oferta se han resumido en el antecedente cuarto. Las más relevantes se refieren a que tiene la condición de «*Centro Especial de Empleo*», lo que se traduce en bonificaciones en las cuotas de seguridad social que suponen una reducción muy significativa en el coste de un operario con minusvalía.

Frente a estas manifestaciones, el informe técnico resalta que en la justificación no se especifican los contratos o precontratos con trabajadores con discapacidad, el salario a percibir por los trabajadores es el mínimo y el beneficio que resulta (un 37% de los costes de personal) está por encima de lo permitido.

La exclusión viene determinada, no porque se dude de que la oferta pueda ser cumplida, sino porque no se han detallado los contratos o precontratos con los trabajadores que prestarían el servicio, y porque las condiciones en que se prevé la prestación no son adecuadas (salario mínimo) o no están permitidas (beneficio desmesurado).

Pero, como hemos manifestado en otras resoluciones, la justificación de una baja presuntamente anormal o desproporcionada debe entenderse encaminada a explicar que se puede cumplir la proposición. 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; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta

En este caso, la justificación se ha fundamentado en las *condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador* por tener la condición de Centro Especial de Empleo. El informe técnico en que se funda el acuerdo de exclusión, no contradice las justificaciones de la recurrente, sino que se limita a indicar que no son suficientes porque: i).- no se han detallado los trabajadores a contratar con la condición de minusválidos; ii).- el salario propuesto es el mínimo; iii).- el beneficio resultante es excesivo y aun ilegal.

Pero en los pliegos no se exige que se disponga con carácter previo del personal que va a efectuar la prestación. Y además, como argumenta la recurrente, la plantilla de CLN, como centro especial de empleo, debe estar constituida por trabajadores con discapacidad.

En cuanto al salario, el informe no pone en duda que el salario mínimo computado por CLN en su justificación incumpla las normas vigentes. En el mismo informe se indica que

no se ha aprobado convenio colectivo en ese sector de actividad, aunque para el cálculo del presupuesto de licitación se tomara como referencia el convenio del sector de Oficinas y Despachos. Tampoco en los pliegos se ha exigido que el personal deba estar acogido a un determinado convenio. En fin, es contradictorio con los propios objetivos perseguidos por la justificación de una oferta desproporcionada, que se rechace ésta porque el salario es el mínimo obligatorio.

En los cálculos de coste presentados en la justificación de CLN, la rúbrica de beneficio debe incluir todos los costes distintos de los que aparecen diferenciados (costes directos de personal y sustituciones y los pequeños gastos de uniformes), es decir los costes indirectos (administración y gestión) y el propio beneficio. Aun cuando con este matiz el beneficio siga resultando muy elevado, tampoco es motivo para rechazar la justificación de CLN. Más bien, por el contrario, el elevado margen de beneficio le permitiría cubrir sin riesgos las incidencias que pueda haber en el contrato: trabajadores con un grado de minusvalía inferior al 33%, que dan derecho a una menor bonificación de las cuotas de seguridad social; retribución por encima del salario mínimo; cobertura de las bajas por enfermedad, etc. Por tanto, resulta también contradictorio que se rechace la oferta porque el beneficio deducido en la justificación es muy alto.

Antes de adoptar el acuerdo de exclusión, se han cumplido los requisitos formales exigidos legalmente, en cuanto a petición de justificación a la empresa e informe técnico sobre la misma. Pero, habida cuenta de la desproporción de las bajas y de las justificaciones de la recurrente, este Tribunal entiende que los argumentos expresados en el informe técnico y en el acuerdo de exclusión no contradicen esas justificaciones ni evidencian que la proposición presentada por CLN no pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración. Por tanto hay que concluir que no está fundamentada su exclusión del procedimiento de licitación.

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 C. M.M.R.F., en representación de la empresa CLN INCORPORA, S.L., contra su exclusión en la licitación del contrato de servicios de *“Portería, control de accesos e información al público en los centros de día para personas mayores dependientes y centros sociales de Cabrales, Grado, Lugones, Lada y Vegadeo”*, anular el acuerdo impugnado y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de clasificación de las ofertas, que debe incluir también la de la recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia 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 del Principado de Asturias, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.