

Recurso 364/2019

Resolución 153/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 1 de junio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L.** contra el acuerdo, de 4 de septiembre de 2019, de la mesa de contratación por el que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de talleres y actividades a impartir en los centros de participación activa de personas mayores adscritos a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en la provincia de Almería” (Expte. CONTR 0000113749), promovido por la Delegación Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de junio de 2019, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.



El valor estimado del contrato asciende a 546.627,20 euros y entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente, según consta en la documentación que obra en el expediente de contratación.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Mediante acuerdo, de 4 de septiembre de 2019, de la mesa de contratación se declara la exclusión de la oferta de la entidad GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L. (en adelante GP) del procedimiento de licitación citado en el encabezamiento.

CUARTO. El 24 de septiembre de 2019 tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la citada entidad GP contra el mencionado acuerdo de exclusión de su proposición.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 25 de septiembre de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que remita el informe al mismo y la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicha documentación tiene entrada en este Tribunal el 2 de octubre de 2019.

SEXTO. Mediante escritos de la Secretaría de este Tribunal de 10 de octubre de 2019, se dio traslado del recurso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo referido.

SÉPTIMO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19,



suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente -GP- para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de la licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es el acuerdo de exclusión de la oferta de la licitación adoptado por la mesa de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción».



En el supuesto analizado, el citado acuerdo de la mesa de contratación de declaración de exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente fue adoptado, el 4 de septiembre de 2019, y publicado en el perfil de contratante el 10 de septiembre de 2019, no constando que el mismo haya sido objeto de notificación individual a la entidad ahora recurrente. No obstante, al haberse presentado el escrito de recurso el 24 de septiembre de 2019 en el registro de este Tribunal, aun computando desde la fecha de publicación en el perfil de contratante, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el citado recurso contra el acuerdo, de 4 de septiembre de 2019, de exclusión de su oferta adoptada por la mesa de contratación, solicitando que, con estimación del mismo, se acepte la documentación aportada para justificar la viabilidad de su oferta.

Con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación el contenido de las actuaciones realizadas por la mesa de contratación por las que se decide excluir la oferta de la entidad ahora recurrente.

Al respecto, el 6 de agosto de 2019, la mesa de contratación adopta, entre otros, el acuerdo de requerir a la entidad GP para que justifique su oferta incurso inicialmente en baja anormal.

Una vez aportada por la citada entidad la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, ésta es analizada por la persona titular de la Jefatura de Servicio de Gestión de Servicios Sociales, que emite informe el 27 de agosto de 2019 sobre la viabilidad de la oferta de la ahora recurrente. Dicho informe concluye lo siguiente para el lote 1, siendo la misma conclusión para el resto de lotes:

«(...) Los costes de personal de Experto en Talleres no se ajustan al Convenio Colectivo del sector de ocio educativo y animación sociocultural, hay que tener muy en cuenta que conforme a lo establecido en el art. 26 del citado Convenio una de las partidas establecidas en los costes salariales (además de salario bruto, seguridad social, y otros), deberá ser la indemnización de finalización de contrato, no quedando detallados los costes de indemnización en la justificación de la oferta presentada por GP Servicios Educativos, S.L.

Por consecuencia no parece justificada la oferta anormalmente baja presentada por GP Servicios Educativos, S.L.».



Posteriormente, la mesa de contratación en la sesión de 4 de septiembre de 2019 para el examen del citado informe de 27 de agosto de 2019, sobre la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta, entre otras, de la entidad GP, con base en el mismo adopta el siguiente acuerdo:

«Excluir de la licitación a la empresa GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L. por no justificar plenamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en el cual haya fundamentado su oferta, en los lotes 1, 2 y 3 del expediente AL-06.SV/2019-31R, consistente en la contratación del servicio para la realización de talleres y actividades a impartir en los centros de participación activa de personas mayores adscritos a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en la provincia de Almería, motivada por:

Los costes de personal de Experto en Talleres no se ajustan al Convenio Colectivo del sector de ocio educativo y animación sociocultural (BOE 168 de 15 de julio de 2015), hay que tener muy en cuenta que conforme a lo establecido en el art. 26 del citado Convenio una de las partidas establecidas en los costes salariales (además de salario bruto, seguridad social, y otros), deberá ser la indemnización de finalización de contrato, no quedando detallados los costes de indemnización en la justificación de la oferta presentada por GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L.».

Así pues, para analizar las alegaciones de las partes, habrá de estarse a lo recogido en el acuerdo de 4 de septiembre de 2019 de la mesa de contratación y en el el citado informe de 27 de agosto de 2019 de viabilidad de la oferta, publicados en el perfil de contratante y transcritos en los párrafos anteriores, dado que no consta como se ha expuesto que la exclusión de la oferta de la ahora recurrente le haya sido notificada de forma individual.

En este sentido, la mesa de contratación, conforme al informe técnico, entiende que GP no justifica la viabilidad de su oferta por no detallar en el perfil de experto en talleres los costes de indemnización por finalización de contrato a incluir dentro de los costes salariales.

Contra dicho acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de su oferta, GP interpone el presente recurso afirmando que la no inclusión de forma expresa de una partida para indemnización por finalización de contrato no justifica el rechazo de la viabilidad de su oferta, ya que aquella es un importe no cierto que podría oscilar según la duración del contrato, el tipo o modalidad de contrato usado (por ejemplo, los contratos fijos discontinuos previstos en el artículo 27 del convenio de aplicación -II Convenio colectivo



marco estatal del sector de ocio educativo y animación sociocultural- no requieren indemnización alguna por fin de contrato), el personal que preste los servicios, etc., pudiendo incluso, este personal, ser parte de la empresa (al no existir personal a subrogar alguno), siendo esta cuestión potestad de la empresa dentro de sus funciones directivas.

Asimismo, la recurrente trae a colación parte del contenido de la Resolución 303/2016, de 23 de noviembre, indicando que este Tribunal, aun cuando en otra categoría profesional del mismo convenio, no consideró dentro del precio en ningún momento costes por indemnización de fin de contrato, por lo que a su oferta, por analogía, no se le puede exigir incluir coste alguno para dicha indemnización.

También manifiesta que, como se puede observar en el documento de justificación de la viabilidad de su oferta, queda margen suficiente para atender las distintas incidencias que se produzcan, entre las que pueden estar indemnizaciones en caso de producirse, las cuales no se incluyen para su justificación por no ser seguras, ni ciertas.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone al mismo afirmando que el anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), denominado “características del contrato”, establece en su apartado 2 “presupuesto base de licitación y precio del contrato”, detalla en relación a los costes salariales que estos incluyen: coste de salario, seguridad social a cargo de la empresa, indemnización por cese, bajas laborales, maternidad y paternidad. En consecuencia, señala que el PCAP exige que las entidades licitadoras en sus ofertas tengan en cuenta las posibles indemnizaciones por cese, debiéndose entender incluidas dentro de las mismas las indemnizaciones por finalización de contrato que el citado convenio colectivo establece en su artículo 26.

SEXO. Vistas las alegaciones de las partes, procede su análisis. Al respecto, el motivo por el que la mesa de contratación, según se infiere del acuerdo adoptado expuesto ut supra, rechaza la justificación de la viabilidad de la oferta de la ahora recurrente es por no detallar en el perfil de experto en talleres los costes de indemnización por finalización de contrato a incluir dentro de los costes salariales

Pues bien, este Tribunal ya ha tenido ocasión de manifestarse sobre la controversia suscitada en la Resolución 151/2020, de 1 de junio, en la que se resolvió un recurso interpuesto por la misma entidad ahora recurrente, esto es GP, contra el mismo motivo de exclusión, en el seno de un expediente de



contratación sustancialmente igual, aunque convocado por la Delegación Territorial de Málaga de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. En dicha Resolución 119/2020, se dispuso en lo que aquí interesa lo siguiente:

«Queda claro, pues, que conforme a lo previsto anteriormente en el PCAP respecto del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, las ofertas de las entidades licitadoras deben incluir dentro de los costes salariales los que se recogen en el apartado 2 de anexo I de citado pliego, entre los que se encuentra la indemnización por cese, a juicio del informe al recurso del órgano de contratación, según lo establecido en el artículo 26 del convenio, circunstancia esta última que no prejuzga este Tribunal.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones de este Tribunal 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 25/2019, de 31 de enero y 51/2020, de 14 de febrero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni el resto de entidades licitadoras impugnaron los pliegos en su día en los extremos cuestionados en el recurso, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes.

Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero, 251/2018, de 13 de septiembre y 259/2018, de 24 de septiembre, entre otras) la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones de los pliegos, que vinculan no solo a las empresas que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.

Sobre el particular, el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que «(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el



ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/ Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80).».

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

En el supuesto examinado, si la mesa de contratación hubiera admitido la justificación de la viabilidad de la oferta de GP, aceptando la no imputación dentro de los costes salariales de la indemnización por cese, como exigían los pliegos, en los términos que se plantearon en la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta y se vuelven a reiterar en el escrito de recurso, no solo se habría apartado de las condiciones que el órgano de contratación había fijado en los pliegos que aprobó, sino que habría vulnerado el principio de igualdad de trato en perjuicio del resto de licitadoras, pues, por ejemplo, la oferta de la actual propuesta como adjudicataria, inicialmente incurso en baja anormal, contempla en su justificación, según consta en el informe técnico de viabilidad, un porcentaje de los costes salariales para la indemnización por cese, tal y como exigían los pliegos.

En definitiva, pudiendo la entidad ahora recurrente conocer las características y limitaciones del PCAP para la presentación de ofertas, hubo de prever tal contingencia. No siendo por tanto posible declarar la viabilidad de su oferta, inicialmente incurso en baja anormal, pues en la justificación que hace de la misma se acredita que incumplió el PCAP en los términos expuestos.».

Al respecto, en el PCAP que regulaba el procedimiento de licitación analizado en la citada Resolución 119/2020, al igual que en el que ahora se examina, se dispone lo siguiente en la cláusula 3:

«3. Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato.

El presupuesto base de licitación es el que figura en el anexo I, en el que se indicará como partida independiente el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración.



El presupuesto base de licitación, que será adecuado a los precios del mercado, se desglosará en el anexo I, indicando los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación (...).

El valor estimado del contrato, calculado conforme al artículo 101 de la LCSP, será el recogido en el anexo I, y ha sido tenido en cuenta para elegir el procedimiento de licitación aplicable a este contrato y la publicidad a la que va a someterse. El método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado se establece en el anexo I, que tendrá en cuenta los precios habituales del mercado (...).

Por su parte, el citado anexo I del PCAP «características del contrato», en su apartado 2, presupuesto base de licitación y precio del contrato, como alega el órgano de contratación en su informe al recurso, establece en cuanto a la indemnización por cese dentro de los costes salariales para todos los lotes, respecto del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato, lo siguiente: «*INCLUYE, COSTE SALARIO, SEGURIDAD SOCIAL A CARGO DE LA EMPRESA, INDEMNIZACIÓN POR CESE, BAJAS LABORALES, MATERNIDAD, Y PATERNIDAD*».

En el supuesto examinado, al igual que se dispuso en la Resolución 119/2020, si la mesa de contratación hubiera admitido la justificación de la viabilidad de la oferta de GP, aceptando la no imputación dentro de los costes salariales de la indemnización por cese, como exigían los pliegos, en los términos que se plantearon en la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta y se vuelven a reiterar en el escrito de recurso, no solo se habría apartado de las condiciones que el órgano de contratación había fijado en los pliegos que aprobó, sino que habría vulnerado el principio de igualdad de trato en perjuicio del resto de licitadoras, pues, por ejemplo, la oferta de la actual propuesta como adjudicataria, inicialmente incurso en baja anormal, contempla en su justificación un porcentaje de los costes salariales para la indemnización por cese, tal y como exigían los pliegos, según consta en la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta a la que ha tenido acceso este Tribunal.

En definitiva, pudiendo la entidad ahora recurrente conocer las características y limitaciones del PCAP para la presentación de ofertas, hubo de prever tal contingencia. No siendo por tanto posible declarar la viabilidad de su oferta, inicialmente incurso en baja anormal, pues en la justificación que hace de la misma se acredita que incumplió el PCAP en los términos expuestos.

Procede, pues, desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GP SERVICIOS EDUCATIVOS, S.L.** contra el acuerdo, de 4 de septiembre de 2019, de la mesa de contratación por el que se declara la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de talleres y actividades a impartir en los centros de participación activa de personas mayores adscritos a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en la provincia de Almería” (Expte. CONTR 0000113749), promovido por Delegación Territorial de Educación, Deporte, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de Almería.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

