

**Recurso 79/2021**

**Resolución 323/2021**

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

Sevilla, 10 de septiembre de 2021.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **D'ALEPH INICIATIVAS Y ORGANIZACIÓN, S.A.** contra la resolución, de 29 de enero de 2021, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicios de asistencia técnica para la unidad de gestión y áreas ejecutoras de la estrategia de desarrollo urbano sostenible integrado (EDUSI) “Fuengirola Más Ciudad” cofinanciado en un 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del programa operativo pluriregional de España 2014-2020» (Expediente 038/2020-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 24 agosto de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 177.193,48 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 29 de enero de 2021, del órgano de contratación se adjudica el contrato citado en el encabezamiento a las entidades EVERIS INGENIERÍA S.L.U. y SERVICIOS INTEGRALES DE CONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN DOMINUS S.L., que licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas (en adelante UTE EVERIS-DOMINUS).

**SEGUNDO.** El 22 de febrero de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad D'ALEPH INICIATIVAS Y ORGANIZACIÓN, S.A. (en adelante D'ALEPH) contra el citado acuerdo de 29 de enero de 2021 del órgano de contratación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 23 de febrero de 2021, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano previa reiteración el 5 de marzo de 2021.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la UTE EVERIS-DOMINUS.

Mediante Resolución de 8 de abril de 2021, por este Tribunal se acuerda mantener la suspensión del procedimiento de licitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.



En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

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

**TERCERO.** En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, no consta que la resolución de 29 de enero de 2021 de adjudicación del contrato le fuese efectivamente notificada a la entidad ahora recurrente. No obstante, aún computando desde la fecha de su dictado, el recurso presentado el 22 de febrero de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**QUINTO.** Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 29 de enero de 2021, por la que se adjudica el contrato, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se *«anule la Resolución de*



*adjudicación, con retroacción de las actuaciones para proceder a la exclusión de la oferta de la UTE y la adjudicación del contrato a D'ALEPH como segunda clasificada.».*

A juicio de la recurrente, la oferta de la UTE EVERIS-DOMINUS inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada debe ser excluida de la licitación, dado que la misma incluye en la documentación justificativa de la viabilidad de su proposición unos costes laborales que vulneran el convenio colectivo de aplicación. En este sentido, señala que en la citada documentación justificativa uno de los ahorros que esgrime la citada UTE es en los medios personales, que se integran en el Grupo Profesional, Área 1 - Soporte técnico y/o administrativo del Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (en adelante Convenio colectivo de aplicación), y no en el Grupo Profesional, Área 3 - Consultoría, desarrollo y sistemas, que es lo que dispone el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), pues las diferencias salariales son evidentes entre las áreas 1 y 3 en la tabla de salarios del referido Convenio colectivo.

Al efecto, indica el recurso que no es posible llevar a cabo el cambio de grupo profesional que pretende la UTE adjudicataria por las siguientes razones: en primer lugar, porque el propio PCAP es claro a la hora de señalar que el grupo profesional, área 3, es el que se aplica al personal a adscribir a la ejecución del contrato. Para ello, el órgano de contratación ha procedido a comparar las tareas objeto del contrato, así como los perfiles profesionales requeridos, con las funciones de los distintos grupos contemplados en el Convenio colectivo de aplicación, quedando establecido que los perfiles requeridos corresponden a los del área 3 del mismo, y con base en ello se han calculado los costes laborales.

En segundo lugar, afirma que al contrario de lo que argumenta la UTE adjudicataria en la documentación justificativa de su oferta, no es cierto que las tareas a realizar en el marco del contrato se ajusten más a las del grupo profesional, área 1. En este sentido, la recurrente tras reproducir los perfiles de las áreas 1 y 3 recogidas en el artículo 15 del Convenio colectivo de aplicación, las tareas más significativas de las prestaciones objeto del contrato que constan en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), y manifestar que el coordinador, el consultor del equipo de asistencia a la unidad de gestión y el consultor del equipo de asistencia a la unidad de ejecutora conforme al PPT han de tener titulación universitaria o equivalente y acreditada experiencia, afirma que *«las tareas objeto del contrato (y perfil profesional) no encajan en absoluto con el Grupo Profesional – Área 1, puesto que las mismas van más allá de un mero soporte*



*técnico administrativo, y de hecho comportan un completo y complejo servicio de consultoría, propio del Grupo Profesional – Área 3 que, como hemos visto, no se ciñe a servicios TIC (tecnologías de la información y la comunicación) como torticeramente señala la UTE.».*

Y, en tercer lugar, indica que la estrategia de la UTE adjudicataria de aplicar los costes laborales del grupo 1 a profesionales que desarrollan tareas del grupo 3 supone una palmaria conculcación de los derechos laborales de las personas trabajadoras, lo que encaja mal con la voluntad de la LCSP de promover una contratación pública socialmente responsable.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que *«en la descripción del personal técnico de obligada adscripción al servicio que se establece en el Anexo I del Pliego, no se define el área específica profesional al que deba corresponder dicho personal de las establecidas en el convenio colectivo, siendo así que por el objeto del contrato y las funciones y actividades a desarrollar, el perfil profesional podía perfectamente corresponder al encuadrado en el Área 1 de la clasificación contenida en dicho convenio, teniendo el Presupuesto máximo de licitación la finalidad de establecer estimativamente el gasto máximo sobre la base de un calculo orientativo de los costes, pero no la de determinar el perfil profesional de dicho personal técnico, razón por la cual se estimó adecuada la justificación ofrecida por la UTE a la hora de definir el equipo de trabajo y calcular el coste de personal conforme a las retribuciones que corresponden al Área 1, Grupo A y B, bajo la consideración de que ello no compromete la adecuada ejecución del servicio.».*

En este sentido, en el informe al recurso se indica que *«Después de analizar la información proporcionada por la UTE en su informe justificativo de 12 de noviembre de 2020, sobre la propuesta económica presentada y analizado con detalle a su vez el contenido del artículo 15 del Convenio que recoge los “Grupos Profesionales”, bajo el leal saber y entender de las técnicas que suscribimos el informe en el que se analizó la documentación presentada por la UTE, se estimó que los trabajos objeto del contrato, también podían estar recogidos entre las funciones que establece el área 1 del convenio colectivo de referencia, sin quedar comprometido por ello la correcta ejecución del servicio licitado.».*

Por último, la UTE adjudicataria en sus alegaciones al recurso en síntesis se pronuncia en términos similares al órgano de contratación.



**SEXTO.** Como se ha expuesto, en el recurso la recurrente denuncia que la oferta de la UTE EVERIS-DOMINUS inicialmente incura en baja anormal o desproporcionada debe ser excluida de la licitación, dado que la misma incluye en la documentación justificativa de la viabilidad de su proposición unos costes laborales que vulneran el convenio colectivo de aplicación.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, por todas Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales en la determinación de si una oferta, incura inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad rige el principio de discrecionalidad técnica, según la cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Dicha Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento quinto lo siguiente:

*«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.*

*En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.*

*(...)*



*En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.».*

En el supuesto que se examina, la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de la UTE adjudicataria, ni que el informe de viabilidad de dicha oferta adolezca de falta de motivación o arbitrariedad, ni que se haya cometido desviación de poder, únicamente afirma que la UTE EVERIS-DOMINUS al justificar la viabilidad de su oferta vulnera por una serie de razones expuestas ut supra el convenio colectivo de aplicación, pues las tareas a realizar en el marco del contrato se ajustan más a las del grupo profesional, área 1, y no a las del área 3 como ha hecho la citada UTE. En este sentido, entiende que el informe de viabilidad de la oferta ha cometido un error al admitir que el personal que ha de ejecutar el contrato forme parte del área 3.

Así las cosas, dado que la controversia se suscita en torno a la apreciación técnica relativa al grupo profesional del convenio colectivo de aplicación en el que deben integrarse las tareas que constituyen el objeto del contrato, procede invocar como se ha expuesto la doctrina de la discrecionalidad técnica, según la cual (v.g., entre otras muchas, Resolución 105/2020, de 1 de junio, de este Tribunal) los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y que solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

En el supuesto examinado, a la vista de los argumentos expuestos por las partes, la justificación de la anormalidad de la oferta de la UTE adjudicataria, el informe técnico de viabilidad de la misma emitido por el servicio correspondiente del órgano de contratación y lo analizado a lo largo de la presente resolución, a juicio de este Tribunal, las alegaciones de la recurrente en contra de la viabilidad de la oferta de la citada UTE constituyen una valoración paralela y alternativa a la realizada por el órgano evaluador que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de libre apreciación, pero que, como se ha señalado, no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica



de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que no concurren en el presente supuesto.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que en el supuesto examinado, en función de lo alegado por la recurrente, cobra especial relevancia el penúltimo párrafo del artículo 149.4 de la LCSP que dispone que «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.» (el subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 201 de la LCSP, referido a las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, indica en lo que aquí interesa lo siguiente: «(...) *El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192.*».

Así las cosas, el citado penúltimo párrafo del artículo 149.4 de la LCSP alude al “*incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201*”. No así, el citado artículo 201 de la LCSP, que lo que hace es garantizar que el contratista, en la ejecución del contrato, ha de cumplir con las obligaciones establecidas en los “*convenios colectivos*”, esto es en los que resulten de aplicación.

En definitiva, si bien resulta procedente que, para calcular el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, en los pliegos se consideren como costes salariales los establecidos en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación, por ser el referente ordinario en el sector, ex artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, la obligación que se exige a la persona contratista es la de cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo que resulte de aplicación, ex artículos 201 y 35.1.n) de la LCSP.

En este sentido, si bien es cierto que el artículo 122.2 de la LCSP, relativo al pliego de cláusulas administrativas particulares, dispone que en dicho pliego se incluirán, entre otras, la obligación de la



persona adjudicataria de cumplir las condiciones salariales del personal conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación, dicha exigencia no debe interpretarse de forma literal pues ello supondría que si el futuro contratista se rigiese por un convenio distinto del sectorial, la celebración del contrato supondría una alteración de las condiciones salariales de las personas trabajadoras, dando lugar a una inaplicación parcial, sólo respecto de las afectas a la ejecución del contrato, y temporal, sólo durante la ejecución del contrato, del convenio colectivo sectorial que resulta de aplicación.

Al respecto, de una forma adecuada con la realidad, el artículo 35 de la LCSP «Contenido mínimo del contrato», establece que en los documentos de formalización de los contratos figurará: *«n) La obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación.»*

La interpretación conjunta de los preceptos expuestos conduce a que la obligación que haya de figurar en los pliegos sea la de respetar las obligaciones salariales que resulten del convenio colectivo que se encuentre en vigor, que normalmente será el convenio colectivo sectorial, pero en los casos en que resulte de aplicación un convenio colectivo distinto, habrá de estarse a las obligaciones salariales establecidas en éste.

En este mismo sentido se ha expresado este Tribunal en su Resolución 270/2021, de 8 de julio y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1464/2019, de 19 de diciembre.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos 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 **D'ALEPH INICIATIVAS Y ORGANIZACIÓN, S.A.** contra la resolución, de 29 de enero de 2021, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicios de asistencia técnica para la unidad de gestión y áreas ejecutoras de la estrategia de desarrollo urbano sostenible integrado (EDUSI)



“Fuengirola Más Ciudad” cofinanciado en un 80% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del programa operativo pluriregional de España 2014-2020» (Expediente 038/2020-CONTR), convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga).

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal el 8 de abril de 2021.

**TERCERO.** 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

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las personas 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.

