Recurso 401/2021
Resolución 538/2021

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

Sevilla, 10 de diciembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CENTRO INTERNACIONAL DE IDIOMAS, S.A." (CIDI),** contra la resolución, de fecha 13 de agosto de 2021, del Director General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, por la que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de acompañantes de transporte escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía mediante procedimiento abierto lote 3 y 7" (Expediente 00204/ISE/2021/SC), convocado por la citada Agencia, adscrita a la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de junio de 2021, se publicó en el D. O. U. E[1]. y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación. El valor estimado del contrato asciende a 65.689. 468, 80 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.

SEGUNDO. La fecha límite de presentación de ofertas inicial fue el día 23 de julio de 2021. Finalizado el plazo de presentación de ofertas, se procede a la apertura, examen y calificación de la documentación presentada a través de la plataforma de contratación SiREC contenida en el sobre electrónico nº 1, es decir, documentación acreditativa de los requisitos previos para la contratación.

TERCERO. Posteriormente, la entidad recurrente es requerida para la justificación de la documentación contenida en el sobre 3, relativa a la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas. Es decir, se identifica a aquéllas que puedan encontrarse en presunción de anormalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, resultando la oferta de la recurrente en los lotes 3 y 7. El acta se publica el 30 de julio de 2021 en el perfil del contratante.

1 Diario Oficial de la Unión Europea

El 2 de agosto de 2021 se efectúa el requerimiento establecido en la cláusula 10.5 del PCAP para que, en un plazo máximo de 3 días hábiles, justifique la viabilidad de su oferta de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP. Consta que la entidad recurrente lee la notificación el mismo día. Procede la misma a atender el requerimiento. El 9 de agosto se lee el informe sobre la justificación de aquellas ofertas en presunción de anormalidad.

CUARTO. La resolución de admisión/rechazo de bajas junto con el informe fue publicada el 13 de agosto de 2021 en el perfil de contratante, así como notificada la exclusión a la entidad recurrente ese mismo día.

QUINTO. El 1 de septiembre de 2021 se interpone recurso especial en materia de contratación por el CENTRO INTERNACIONAL DE IDIOMAS, S.A, contra la resolución de exclusión del Director General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, a propuesta de la mesa de contratación.

Posteriormente la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, a computar desde el día siguiente al citado envío, para formular las alegaciones que consideraran oportunas, habiéndose recibido las de las entidades EULEN S.A. Y ATLAS SERVICIOS EMPRESARIALES S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 y 4 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 3 y 7, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

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 recurso se interpone contra la resolución del órgano de contratación por la que se la excluye del procedimiento de adjudicación, acto de trámite cualificado, dictado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público que tiene la consideración 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.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición del recurso.

En el supuesto la resolución del órgano de contratación de exclusión fue notificada el 13 de agosto de 2021. Tiene entrada el recurso especial el día 1 de septiembre. Por tanto, el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes:

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

1. Alegaciones de la recurrente.

La persona recurrente interpone el presente recurso contra la resolución por la que se la excluye del procedimiento de adjudicación. Establece la recurrente en su recurso, que:

A requerimiento de la Mesa de contratación, con fecha 4 de agosto de 2021, CIDI procede a presentar la *"Justificación de la valoración de la oferta correspondiente al Servicio de Acompañantes de Transporte Escolar en los Centros Docentes Públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía Expediente no: 00204/ISE/2021/SC Lote 3 y 7"*. Sin embargo, con fecha 13 de agosto de 2021 se emite resolución por la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación de rechazo de ofertas, al estimar que la presentada por CIDI, no pueden ser cumplida a satisfacción, como consecuencia de la inclusión de valores anormales.

La resolución que se recurre argumenta el rechazo de la oferta presentada por CIDI, en base al informe técnico de 9 de agosto de 2021, emitido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, que se transcribe, ya que CIDI: "… *justifica un importe inferior al salario base del III Convenio Colectivo Marco Estatal de ocio educativo y animación sociocultural, debido a que en la justificación presentada por la licitadora, se establecen los cálculos salariales, indicando que para el curso escolar 2021/2022, le es de aplicación lo reflejado en la tabla A de las tablas salariales del III Convenio Colectivo Estatal de ocio educativo y animación sociocultural, pero la referencia utilizada para el cálculo del coste hora en materia de personal para el curso 2021/2022 de 7,71 €/hora pareciera corresponderse con lo indicado en la tabla B del Anexo III del Convenio Colectivo Marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural, para el salario anual de monitor de ocio y tiempo libre (13.433,33 €/1,742 horas= 7,71 €/h)".*

La presentación de la justificación de 4 de agosto de 2021, de la valoración de la oferta del salario de los monitores para el curso 2021/2022, Lote 7 (en similares términos para el lote 3) se remite a lo marcado en anexo 3, TABLA A, a que se refiere el artículo 44) del III Convenio Colectivo Marco Estatal del Sector de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, aunque por error, aplica lo marcado en el anexo 3, TABLA B de las tablas salariales, de tal modo que el resultado de este error afecta a las partidas de coordinador, monitor y absentismo, según consta en los documentos 11 y 12 que esta parte adjunta al presente recurso. Las demás partidas presentadas por CIDI, en la "justificación de la valoración de la oferta" de fecha 4 de agosto, del Lote 7 y 3, no se ven alteradas.

En definitiva, el error denominado "involuntario" padecido por CIDI en la justificación de la valoración de la oferta requerida por la mesa de contratación, conlleva un sobrecoste para CIDI sobre la valoración presentada en fecha 4 de agosto de 2021. Por lo que, el margen previsto en el Lote 7, Málaga supone el error que se reduce de 180.085,62 € a 17.749,72 €, siendo el margen de explotación de 0,63% sobre facturación, en lugar del calculado de

6,35%. El margen previsto en el Lote 3, Córdoba se reduce de 138.870,22 € a 5.577,58 €, siendo el margen de explotación de 0,28% sobre facturación, en lugar del calculado de 6,99%.

Por tanto, expuestas así las cosas, y dado que existe un error que esta parte subsana, las cuestiones a analizar, serían, en primer lugar, si la subsanación -voluntaria- del cálculo del salario del monitor para el curso 2021/2022, (Lote 3 y 7) conllevaría la vulneración de los principios de igualdad y concurrencia, a tenor de la Jurisprudencia establecida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y, en segundo, si una vez subsanado por esta parte el error, la oferta presentada por CIDI, se encuentra incursa en oferta "anormalmente baja" de conformidad con el anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Alega la posibilidad de que se pueda subsanar por la licitadora, un error material, formal o de carácter aritmético. Y una vez subsanado se debería abordar la siguiente cuestión, es decir, analizar en el presente recurso si, la oferta presentada por CIDI, se encuentra incursa en oferta "anormalmente baja" de conformidad con el anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares. Señala que la resolución que se recurre basa la exclusión de CIDI en valores anormales, como consecuencia de que la oferta presentada, vulnera las obligaciones de contenido laboral y el convenio colectivo. Estima que la cuestión fundamental se encuentra en que habría que analizar, si se puede seguir considerando "anormalmente baja", por aplicación de anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares en relación con el artículo 149 de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe técnico de las bajas de fecha 9 de agosto de 2021, considera que la oferta de la entidad recurrente no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales. Los motivos son:

"Desglose de partidas:

a) Coste de personal:
- Salario Base y Seguridad Social: El licitador justifica un importe inferior al salario base del III Convenio Colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural.

En la justificación presentada se establecen los cálculos salariales indicando que para el curso escolar 2021/2022 le es de aplicación lo reflejado en la tabla A de las tablas salariales del III Convenio Colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural, pero la referencia utilizada para el cálculo de coste/hora en materia de personal para el curso 2021/22 de 7,71 €/hora pareciera corresponderse con lo indicado en la tabla B del Anexo 3 del III convenio Colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural, para el salario anual del monitor de ocio y tiempo libre (13.433,33 € /1.742 horas= 7,71€/h).

Tal y como establece el artículo 44 del convenio" A partir del día 1 de octubre de 2020 y hasta el 31 de diciembre de 2023, las tablas salariales serán las que figuran en el Anexo 3, Tablas A, B y C del presente Convenio Colectivo. Las tablas recogidas en el Anexo 3 Tabla A), se aplicarán a los salarios de las personas trabajadoras que presten servicios en todos aquellos recursos, programas o servicios de contratación pública, realizada bajo cualquiera de las modalidades previstas en el ordenamiento jurídico vigente (subvención, contrato, concierto, convenio, acuerdo marco u otras fórmulas legales), cuyo inicio del expediente de contratación se haya iniciado con posterioridad a la publicación del convenio en el Boletín Oficial del Estado"

Por tanto, el salario base a considerar en el período 01/10/2021 a 01/10/22 debiera ser de 14.876,44 € anuales (14.440,96+ 435,48). Conforme a la jornada anual de 1.742 horas establecida en el artículo 48 del III convenio se obtiene un precio/hora para esa categoría de personal de 8,54 €/hora frente a los 7,71 €/hora indicados por el licitador.

En la misma circunstancia se encontrarían los costes de personal calculados para la categoría de Coordinadores.

Conclusión del análisis: la oferta presentada con oferta anormal no queda justificada puesto que el importe reconocido de salario base de los monitores/acompañantes es inferior al que establece la normativa laboral actual.

El porcentaje del salario base de los monitores que el licitador ha computado en su oferta económica no puede ser compensado con el posible porcentaje de beneficio industrial de cada Lote, puesto que en caso de existir algún rendimiento no puede ser interpretado por esta Unidad Técnica como que el licitador quisiera destinarlo al concepto de salario base, es decir, no puede desviarse por la Unidad Técnica el porcentaje de rendimiento que el licitador pudiera tener para contrarrestar el déficit existente en la partida principal de la licitación, estos es los gastos en materia salarial.
Al ser esta partida (salario base) la más importante de las que conforman el precio/trayecto, el análisis de los siguientes criterios es innecesario puesto que el cumplimiento de la normativa laboral en materia de salarios de los profesionales es condición necesaria y básica para la prestación del servicio".

AL respecto el órgano de contratación solicita que se tenga en cuenta que en varios puntos de su escrito reconoce la recurrente que incurrió en error al redactar la justificación de oferta económica incursa en anormalidad. Entiende que no puede solicitarse aclaraciones si no es sobre puntos muy concretos de la documentación aportada. Señala que es contrario al principio de igualdad de trato que rige la contratación que, detectado un error significativo en la documentación aportada, se solicite subsanación del mismo por parte de la mesa de contratación.

Señala que el órgano técnico no puede interpretar, ni corregir o deducir los posibles errores que el recurrente pudiera haber cometido en su documentación.

Señala que debió ser diligente para redactar una justificación de baja anormal adecuada y correcta.

Por otro lado, en virtud de lo establecido en el párrafo quinto del apartado cuarto del artículo 149 de la LCSP, se señala 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", por lo que, como indica el informe de las bajas anormales "la oferta presentada con oferta anormal no queda justificada puesto que el importe reconocido de salario base de los monitores/acompañantes es inferior al que establece la normativa laboral actual. El porcentaje del salario base de los monitores que el licitador ha computado en su oferta económica no puede ser compensado con el posible porcentaje de beneficio industrial de cada Lote, puesto que en caso de existir algún rendimiento no puede ser interpretado por esta Unidad Técnica como que el licitador quisiera destinarlo al concepto de salario base, es decir, no puede desviarse por la Unidad Técnica el porcentaje de rendimiento que el licitador pudiera tener para contrarrestar el déficit existente en la partida principal de la licitación, estos es los gastos en materia salarial".*

SEXTO. - Consideraciones del Tribunal.

El artículo 69 de la Directiva 2014/24, dice: *"Ofertas anormalmente bajas. Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate"*.

Aplicando la doctrina de referencia a este caso puede observarse que el órgano de contratación, una vez apreciada la presunción de baja desproporcionada, ha seguido los trámites legales previstos en el artículo 149 LCSP, dando trámite de audiencia a la empresa incursa 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, si es susceptible de cumplimiento en sus propios términos. Debe la licitadora explicar de forma suficientemente razonable la suficiencia de esa partida, sin que sea razonable ni admisible, exigir realizar interpretaciones.

La referencia al error cometido a la hora de calcular los costes sin embargo se realiza con falta de concreción y especificación en el requerimiento de justificación, al no indicar el órgano de contratación cual es el contenido concreto del requerimiento de justificación de la baja anormal, en cuanto que no alude en modo alguno al objeto real de la justificación a pedir. Es decir, no da explicaciones suficientemente razonables del bajo nivel de precios, o de costes, ofertados, o como determina el artículo 149.4 de la LCSP *"…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".* Existe una falta de suficiente explicación de las razones que no justifican de forma razonable y motivada el bajo nivel de precios ofertado.

La Resolución 86/2018, de 27 de marzo, de este Tribunal considera que no se puede apreciar en el presente supuesto que nos encontremos ante un caso de error material ya que su corrección no se puede efectuar sin realizar juicios valorativos, que además están sujetos a diferentes interpretaciones:

"Además de lo anteriormente argumentado, hay que tener en cuenta que el proceder de la mesa de contratación no puede calificarse de formalista y contrario al principio de concurrencia, como denuncia la recurrente. Al respecto, este Tribunal tiene señalado (v.g. Resolución 163/2016, de 6 de julio y 171/2017) que nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa -en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP)- pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica. Así, la resolución citada señala que «(...) respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la Mesa de contratación, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta». En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 532/2016, de 8 de julio.

Y si bien lo anterior no es óbice a que la mesa o el órgano de contratación puedan solicitar puntualmente aclaraciones suplementarias de las ofertas cuando consideren que existe en las mismas error material susceptible de rectificación, tal posibilidad excepcional no se planteará cuando, como en el caso examinado, los términos de la oferta no arrojen datos que permitan evidenciar la existencia de error material, aritmético o de transcripción susceptible de aclaración".

Las mismas prevenciones deben aplicarse a la justificación de una oferta que pudiera estar incursa en valor anormal, de otro modo se estaría otorgando a la licitadora implicada una ampliación del plazo para presentar su oferta dándole asimismo información que le permite ajustarla a las necesidades de la Administración, actuación absolutamente contraria a lo establecido en la LCSP, en particular en lo que se refiere al principio de igualdad de trato.

Para saber si la licitadora está modificando su oferta o si simplemente justifica sus importes haciendo cambios formales, hay que ir al formato o modelo de oferta que se incluye en el PCAP, de este modo observando que en el formato solo se pide precio total podría haber sido posible una variación de las partidas que le han llevado a dicho precio, pero esto no se colige de la justificación presentada. El formato de la justificación de la baja anormal no contempla el desglose en partidas, es decir, no es debida a errores obvios detectables fácilmente (de operaciones aritméticas, por ejemplo), que no supongan una reformulación de la oferta y el total permanezca inalterable.

El último párrafo del art. 149.4 LCSP 2017 indica que: *"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".*

Por lo tanto, dado que el importe total, en cualquier caso, se debe considerar invariable, debe atenderse a lo justificado por el licitador y no presuponer lo que por este no se manifestaba en la justificación de la oferta anormal, y así declarar la oferta no incursa en anormalidad. Debe entenderse que la motivación de solicitar a la licitadora cuya oferta está presuntamente incursa en anormalidad que justifique sus valores es el que la Administración contratante pueda comprobar que la oferta puede ser cumplida en sus propios términos, y de no ser así, debe rechazarse. De esta forma se han pronunciado de forma general los Tribunales de Contratación; como ejemplo se puede citar la Resolución 510/2019, de 18 de junio, de este Tribunal, que manifiesta 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.

"Pues bien, en este apartado el artículo 149 de la nueva LCSP ha introducido, en lo que ahora interesa, tres novedades frente a la redacción del artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La primera es que el requerimiento tiene por objetivo que el licitador justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de 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 segunda es la necesidad de que la petición de información se formule con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta. Y la tercera novedad es que 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, entre otros supuestos, sea incompleta"

De este modo, puede concluirse que las ofertas deben poder cumplirse en sus términos sin modificación alguna, salvo los debidos a errores obvios detectables fácilmente (de operaciones aritméticas, por ejemplo), pero que no supongan una reformulación de la oferta pues de otra forma, la misma debe excluirse por ser incompleta, confusa o basada en prácticas inadecuadas que deben ser excluidas.

Por último, respecto de lo que ahora se alega por la recurrente en el recurso que no se justificó en el trámite concedido, cumple manifestar que la Resolución 119/2020, de 21 de mayo, y 138/2021, de 15 de abril, en las que se cita la 386/2019, de 14 de noviembre, de este Tribunal señala que *«Igualmente hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia".*

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **CENTRO INTERNACIONAL DE IDIOMAS, S.A. (CIDI),** contra la resolución, de fecha 13 de agosto de 2021, del Director General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, por la que se la excluye del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de acompañantes de transporte escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía mediante procedimiento abierto lote 3 y 7", (en el expediente 00204/ISE/2021/SC), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía.

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.

NOTIFÍQUESE 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.