Recurso 473/2021

Resolución 62/2022

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

Sevilla, 28 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SEARO SERVICIOS GENERALES, S.L.** contra la resolución de adjudicación del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de limpieza de Colegios Públicos y Guardería Municipal del Ayuntamiento de Brenes (Sevilla)" (Expte. 1020/2021), promovido por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 julio de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 23 de julio de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOUE) el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado es de 865.254,31 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 30 de septiembre de 2021, por el órgano de contratación se adjudica el contrato citado a la entidad HERCULES SERVICIOS GENERALES DE INTEGRACION S.L. (en adelante HERCULES)

SEGUNDO. El 18 de octubre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la citada resolución de adjudicación, por la entidad SEARO SERVICIOS GENERALES, S.L. (en adelante SEARO).

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el mismo día de su recepción, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Asimismo, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por HERCULES en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Brenes (Sevilla) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente 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. Acto recurrible.

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. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la notificación electrónica del acuerdo recurrido fue cursada el 30 de septiembre de 2021 y publicada en el perfil de contratante el mismo día, por lo que aun computando desde esa fecha el recurso presentado el 18 de octubre 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. Fondo del asunto: argumentos de las partes.

1. Argumentos de la recurrente.

La recurrente, cuya proposición ha conseguido el segundo lugar en el orden de clasificación de las ofertas, interpone el presente recurso contra la resolución del órgano de contratación, por la que se adjudica el contrato, solicitando a este Tribunal que acuerde *"Excluir a la entidad HERCULES SERVICIOS GENERALES DE INTEGRACION S.L., por no justificar debidamente la baja desproporcionada de la oferta presentada, y recalificar las ofertas en el orden correspondiente."*.

La recurrente alega que, tras el requerimiento a la adjudicataria para que justifique la viabilidad de su oferta, y tras presentar sus correspondientes alegaciones, el acta solo indica que, tras el examen de las mismas ofrecida por la empresa, se acordó aceptar aquélla y admitir definitivamente a la empresa HERCULES SERVICIOS GENERALES DE INTEGRACIÓN S.L sin emitir ningún informe técnico, preceptivo, a juicio de la recurrente, ni siquiera mencionar en el acta la razón por la que se admitió la justificación de la oferta.

Por otra parte, entiende que la justificación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria no debió admitirse, por las razones que analiza a lo largo de su escrito de recurso , en el que, en resumen y a modo de conclusión, afirma que *"el acto de adjudicación a la entidad HERCULES, adolece claramente de un ERROR MATERIAL, ya que, dicho acta no aclara en ningún momento como dicha entidad justifica su baja desproporcionada. Incluso, suponiendo que aceptará las subvenciones destinadas a los CEE como parte integrante de los ingresos, no podría justificar la baja desproporcionada, y obviamente, como hemos demostrado en este recurso y en los documentos expuestos, dichas subvenciones o ayudas no pueden constituir ingresos actuales para admitirlos como justificación en la viabilidad de un proyecto, ya que, de no recibirlos comprometería seriamente el pago de los salarios de los trabajadores afectados, generando una situación de clara inviabilidad de la oferta presentada, en este caso por la entidad HERCULES."*

2. Argumentos del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso hace referencia a los aspectos formales del procedimiento de adjudicación, sin entrar a analizar el fondo de las alegaciones formuladas por la recurrente, entiende que el expediente de contratación administrativa 1020/2021 ha sido tramitado conforme a Derecho, privando así a este Tribunal de los argumentos de oposición al acto impugnado.

3. Argumentos de la entidad interesada.

La adjudicataria formula escrito de alegaciones en el que expone que ha justificado su oferta debidamente, con el oportuno desglose de los costes salariales, y solicita la desestimación del recurso, si bien advierte de que *"Para el caso de que se estimara el recurso (quod non), la consecuencia no podría ser bajo ningún concepto la exclusión de mi representada, debiéndose únicamente ordenar la retroacción de las actuaciones al momento de la presentación de la correspondiente justificación por parte de mi representada, al objeto de que, por los técnicos correspondientes, se emitan los oportunos informes relativos a la viabilidad de nuestra proposición, para lo cual se deberán tener en cuenta, de forma necesaria, los argumentos formulados por esta parte, pudiendo, asimismo, solicitarse cuantas aclaraciones sean necesarias.".*

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las argumentaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen.

Pues bien, como afirma la recurrente, en el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 9 de septiembre de 2021 en la que se admite la justificación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, esta se limita a afirmar que se ha revisado la documentación presentada a efectos de justificación de la oferta, sin concretar quién la ha realizado, ni de qué documentación se trata.

Sin embargo, en la documentación remitida a este Tribunal por el órgano de contratación consta en las páginas 283 a 286 el informe del Servicio de Contratación y Bienes. La no mención del mismo en la citada acta, no puede entenderse como un defecto invalidante, se trata de una cuestión formal. De hecho, cuando el 13 de octubre, la

recurrente solicitó al órgano de contratación el acceso a la *"Justificación de baja anormal o desproporcionada, presentada por la entidad Hércules Servicios Generales de Integración, S.L. (B51025591)",* también pudo solicitar el acceso al informe técnico elaborado por el servicio competente.

Toda vez que la existencia del informe técnico implica el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP: *"En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente",* ha de desestimarse la alegación de la recurrente referente al mismo.

Por otra parte, la recurrente cuestiona la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, calculando los costes salariales en 153.961,36 euros y afirmando que *"Como podemos ver, el solo coste salarial (153.961,36 €), supera ya con creces la oferta presentada por HERCULES (128.503,12 €)."*

Sin embargo, la adjudicataria, en el informe de justificación de la viabilidad de su oferta indica :

"Mi mercantil HERCULES SERVICIOS GENERALES DE INTEGRACIÓN S.L. está constituida como CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO desde el año 2.010. La plantilla actual está constituida en un 100% por trabajadores con un grado de discapacidad mayor del 33%.
Esta característica tiene como mejoras y ayudas , tenidas en cuenta a la hora del cálculo del coste directo, la bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, así como la subvención del 50% del salario mínimo interprofesional todas ellas por Ley Apoyo al mantenimiento de puestos de trabajo en CEE (Orden Ministerial de 16 de octubre de 1998).".

Así, la adjudicataria en su informe, aplicando dichos beneficios, calcula el coste de personal actualizado a 2022 en 95.879,90 euros, lo que es analizado en el informe técnico con las siguientes observaciones:

"SEGUNDO.- La justificación aportada por HERCULES SERVICIOS GENERALES DE INTEGRACION SL hace referencia a las siguiente sjustificaciones:
1. Coste personal.
- Desglose general del concepto.
- Los factores que afectan a los distintos elementos se desarrollan a posteriori.
1.1 Convenio colectivo de aplicación.
- "XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad".
1.2 Número de horas a cubrir por el servicio.
- Desglose de un listado de trabajadores con las horas a la semana contratadas.
- La empresa dará de alta a sus trabajadores como FIJOS CONTINUOS (365 días de cotización), cumpliendo con ello los requisitos del PCAP.
1.3 Sustituciones en periodos vacacionales.
- Cada trabajador devengará 31 días naturales que la empresa estará obligada a su disfrute y retribución.
1.4 Porcentaje adicional de coste por sustitución de bajas por absentismo y vigilancia de la salud.
- El grado de sobrecoste en previsión a la cobertura por Absentismo y por la vigilancia de la salud de los trabajadores , serán de un 3,5% y 1,5% sobre coste total de la masa salarial del trabajador.
1.5 Coste por uniformes, EPIS y materiales.
- Estimación uniforme más EPIs: 7.215,05 € por anualidad del contrato.
- Estimación materiales de limpieza exigidos en el PCAP: porcentaje sobre la masa salarial de un 7,50%, estando incluídos cualquier producto adicional especial frente al COVID.
1.6 Porcentajes correspondientes de Seguridad Social asociados a un Centro Especial de Empleo.

- HERCULES SERVICIOS GENERALES DE INTEGRACIÓN S.L. está constituida como CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO desde el año 2.010.
- La plantilla actual está constituida en un 100% por trabajadores con un grado de discapacidad mayor del 33%.
- Esta característica tiene como mejoras y ayudas , tenidas en cuenta a la hora del cálculo del coste directo, la bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, así como la subvención del 50% del salario mínimo interprofesional, todas ellas por Ley Apoyo al mantenimiento de puestos de trabajo en CEE (Orden Ministerial de 16 de octubre de 1998) . Tales mejoras hacen a los Centros Especiales de Empleo más competitivos que cualquier otra empresa que presten los mismos servicios.
1.7.- Gastos Generales y Beneficio Industrial.
- Gastos Generales: 13%.
- Beneficio Industrial: 6%.
1.8 Masa salarial y Coste Salarial.
- Se realiza un desglose de los costes salariales.
(…)
TERCERO.- Por parte de esta jefatura no se observa ninguna irregularidad con respecto al cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente derivada de las justificaciones expuestas.

En conclusión, y en base a las argumentaciones expuestas, esta Jefatura de Servicio considera suficientemente justificada la oferta presentada.".

No obstante, la recurrente alega que *"incluso aceptando que la justificación presentada por HERCULES incluyera las subvenciones que reciben los CEE, aun así, no justificaría la baja temeraria y no cumpliría lo expresado en el art. 149.4 de la LCSP".* En su defensa afirma que *"Claramente, el TACRC, considera que las subvenciones hipotéticas que se pueden recibir no pueden suponer en ningún momento como ingresos actuales para justificar los precios ofrecidos por un licitador en una oferta, como es el caso de la entidad HERCULES, que basa su viabilidad económica precisamente en la obtención de dichas ayudas hipotéticas.".*

Pues bien, el propio artículo 149 de la LCSP que regula las *"Ofertas anormalmente bajas",* en su apartado 4 dispone que *"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:*
(…)
e) O la posible obtención de una ayuda de Estado."

Por tanto, la posibilidad de obtener subvenciones es susceptible de determinar un bajo nivel de precios, debiendo ser aceptada como condición que justifica una oferta anormalmente baja. Así lo considera el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 153/2021, de 19 de febrero, la misma en la que la recurrente se apoya en su escrito de recurso: *"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.".

En relación a la posibilidad de obtener subvenciones , la recurrente alega, además, que ha revisado el listado de centros especiales de empleo (en adelante CEE) de la Comunidad Autónoma de Andalucía y *"no aparece que la entidad HERCULES, este calificada como CEE, en la provincia de Sevilla, ni en ninguna otra provincia de Andalucía. Por tanto, la actual legislación que rige los CEE, no permite que una entidad no calificada en la provincia donde va a prestar el servicio pueda recibir subvenciones a los incentivos al mantenimiento de puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad."* Frente a ello, la adjudicataria mantiene que las subvenciones a las que se refiere en su informe son de ámbito estatal. En cualquier caso, el órgano de contratación deberá vigilar a lo largo de la duración del contrato que la adjudicataria cumpla la oferta en las condiciones en que la ha formulado, debiendo ésta asumir el riesgo empresarial que le corresponda.

Así las cosas, este Tribunal considera que por las razones antes expuestas se ha de desestimar el presente recurso.

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 **SEARO SERVICIOS GENERALES, S.L.** contra la resolución de adjudicación del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de limpieza de Colegios Públicos y Guardería Municipal del Ayuntamiento de Brenes (Sevilla)" (Expte. 1020/2021), promovido por el citado Ayuntamiento.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación.

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.