

Recurso 44/2022
Resolución 151/2022

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

Sevilla, 11 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FONMAY S.L.**, contra el Acta de 23 de diciembre de 2021 de la mesa de contratación del expediente de contratación denominado “Acuerdo marco de servicios para el Mantenimiento Preventivo, Correctivo y Tecnológico de Instalaciones de la Universidad de Sevilla”, lotes 1, 3 y 5, (Expte. 21/AMINSTALACIONES), convocado por la Universidad de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de junio de 2021 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 2 de julio de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 12.980.000,00 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.

El acta de 23 de diciembre de 2021 de la mesa de contratación, se publica el 17 de enero en el perfil de contratante.

SEGUNDO. El 8 de febrero de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra el citado acta de la mesa.

Por la Secretaría del Tribunal 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.

Posteriormente por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por cuatro de las entidades licitadoras.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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.

El acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato promovido por la Universidad de Sevilla. La competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto se ha venido residenciando en el convenio formalizado el 14 de enero de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Sevilla, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

No obstante, el convenio citado es anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo régimen jurídico de los convenios administrativos definiendo como tales *“los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”*; previendo su disposición adicional octava el régimen de adaptación y plazo de vigencia de los convenios existentes a su entrada en vigor.

Al convenio suscrito con la Universidad de Sevilla, le es aplicable el régimen de adaptación del segundo párrafo del apartado 1 de la disposición adicional citada.

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 admisión de ofertas producida a consecuencia del acta de 23 de diciembre de 2021 de la mesa de contratación, previa a la adjudicación de un acuerdo marco 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.b) y 2.b) de la LCSP.

El órgano de contratación acuerda clasificar las ofertas presentadas por las licitadoras y requerir a la mejor posicionada, para que aporte la documentación necesaria para que pueda recaer a su favor la adjudicación del contrato. Pues bien, tal como argumenta el órgano de contratación, la clasificación de las ofertas, por sí misma, no es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, dado que no concurre en dicho acto ninguna de las circunstancias del artículo 44.2 b) para alcanzar el carácter de cualificado (en tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, entre las más recientes la Resolución 112/2020, de 14 de mayo). Sin embargo, en el presente supuesto lo que la recurrente está atacando sustantivamente es la admisión de ofertas, concretamente a la mejor posicionada y a las cinco siguientes clasificadas –pretendiendo la exclusión de las mismas- ya que considera que no solo se incumple con el principio



de competencia, sino que es un ataque frontal con lo dispuesto en la normativa laboral sobre salarios, remuneraciones y demás condiciones laborales de los trabajadores. Siendo así, hay que concluir que si nos encontramos, por lo tanto, ante un acto de trámite cualificado de los expresados en el artículo 44. 2 b) de la LCSP susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Este Tribunal (Resolución 280/2018, de 10 de octubre) ha señalado que la procedencia del recurso especial contra el acto de admisión de ofertas o de licitadores *“habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso”*.

En el sentido expuesto, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), que, analizando la procedencia del recurso interpuesto por un licitador contra el acto de admisión de otro, afirma que *“(...) incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato”*. También en términos parecidos se pronuncian otros Tribunales de Recursos Contractuales, como el de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 131/2018, de 25 de abril y 157/2018, de 22 de mayo.

Y es que siendo el recurso especial un mecanismo ágil y eficaz que permite corregir decisiones de los poderes adjudicadores en un momento del procedimiento en que todavía es posible la corrección de la infracción (artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, conocida como Directiva de recursos), se corre el peligro de que este instrumento ágil pueda perder su virtualidad y entorpecer o ralentizar el curso de los procedimientos de adjudicación si, en cualquier momento de la licitación, cualesquiera decisiones de los poderes adjudicadores pudieran ser impugnadas por cualesquiera licitadores, sin analizar antes la concurrencia en estos últimos de un interés legítimo en el sentido que viene reconociendo nuestra jurisprudencia de interés cierto y concreto, no meramente potencial o hipotético.

En este punto, no debe olvidarse que el interés de toda licitadora que participa en un procedimiento de adjudicación es resultar adjudicatario, pero dicho interés solo adquiere entidad suficiente para fundamentar la legitimación en un recurso -en este caso, el recurso especial- cuando la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o la evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. En este sentido, es abundante y constante la doctrina del Tribunal Supremo (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002) conforme a la cual el interés legítimo *“presupone que la resolución administrativa [el acto impugnado] pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.”*

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP, la admisión de ofertas ha de tratarse de un acto de trámite cualificado que debe reunir los requisitos del precepto, siendo éste el caso.

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, el acta de la mesa de contratación de 23 de diciembre fue publicada el 17 de enero



de 2022 en el perfil de contratante, por lo que aún cuando se compute desde dicha publicación, el recurso presentado el 8 de febrero de 2022 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

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

Expresa que los precios son inferiores a los establecidos por la legislación laboral y, en atención al artículo 149 LCSP deben ser calificados como anormalmente bajos y, excluidos de la clasificación.

Presenta un estudio alternativo sobre el cálculo del precio hora, en donde señala que *“se puede observar el coste hora/salario y Seguridad Social de un oficial de primera en la cuantía de 14.88 euros, ello sin incluir gasto repercutible alguno (tales como beneficio industrial, gastos en empleo o formación, gastos por primas de seguros, gastos por dietas, absentismo, entre muchos otros)”*.

Señala que es *“ilícito cuantificar una suma de dichos conceptos inferior de la cuantía de 33 euros (téngase en cuenta que ha pasado 10 años desde la elaboración de mencionado esquema, años en los que el salario establecido en Convenio no ha hecho más que subir y que el salario del encargado es mayor por su categoría profesional que el de oficial de primera que tomamos de referencia) por cuanto se está ofertando claramente por debajo de la hora ordinaria de trabajo”*.

Considera que *“el valor que deriva del precio de mercado que asciende reiteramos, en el año 2012, a un valor de 30,66 euro/hora de un oficial de primera”*.

Afirma que la oferta de las *“seis primeras empresas con cuantías irrisorias”*, apelando al artículo 145.5 de la LCSP, a la hora de regular el establecimiento de criterios objetivos de evaluación de las ofertas para la adjudicación de los contratos.

Se solicita la exclusión de las proposiciones descritas en los antecedentes, así como de toda oferta presentada que no cumpla con el precio de mercado y, en todo caso, con el salario mínimo establecido por la normativa laboral

Entiende que la mesa las debería haber inadmitido por no acreditarse la viabilidad de las ofertas (artículo 149 LCSP), pues ésta ha clasificado todas las ofertas incluyendo las desproporcionadas, por ello solicita que se vuelvan a clasificar las ofertas viables excluyendo de la clasificación las restantes, para mantener la proporcionalidad prevista en los pliegos entre las puntuaciones de los criterios técnicos y del criterio “precio”, de conformidad con el artículo 150 de la LCSP y del criterio interpretativo desarrollado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, expediente 16/20.

Reconoce finalmente que *“aunque sea patente la anormalidad de los precios, no establece el PCAP criterio objetivo alguno para valorar dicha anormalidad, entendiendo quien suscribe la aplicación de los precios de mercado y, en todo caso, el respeto al mínimo salarial según convenio y categoría profesional (incluido seguros sociales) como criterio general aplicable”*.

Subsidiariamente solicita que *“de conformidad con el art 149.2 de la LCSP no puede procederse como en el párrafo precedente, se insta la nulidad de la actuación por ser contraria al ordenamiento jurídico retrotrayéndose el*



procedimiento para se atienda a las circunstancias expuestas de conformidad con el interés normativo de la LCSP sobre el respeto de las condiciones laborales de los trabajadores según convenio, todo ello motivado por inapreciación de esta circunstancia en el acto de propuesta de adjudicación del contrato”.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala que respecto a que las ofertas inferiores a 33 euros infringen el régimen retributivo establecido en el convenio aplicable y en cuanto a salario mínimo interprofesional es un motivo que debe desestimarse.

Afirma que el salario mínimo interprofesional diario vigente en el momento de presentación de ofertas estaba en 31,66 euros, lo que en una jornada de 8 horas supone un valor 3,96 euros, a los que habría que añadir las cuotas patronales que, suponiendo un porcentaje intermedio en cuanto a ATEP, supondrían un 33%, es decir, que el coste hora sería de 5,27 euros, concluyendo que no se infringe por ninguna de las ofertas la normativa sobre salario mínimo interprofesional. Asimismo, afirma en cuanto a los salarios establecidos en el convenio provincial mencionado por la recurrente, que, cada uno de los licitadores de los que se pretende su exclusión, motivan su oferta tomando como base precisamente el coste salarial del mismo calculado en 16,20 euros con relación a un oficial de primera, aplicando diferentes porcentajes de gastos generales y beneficio industrial, por lo que, tampoco puede afirmarse que se infrinja el convenio aplicable en cuanto a salarios y cotizaciones.

A efectos de la defensa del acuerdo de la mesa sobre la admisión de ofertas informa que en el Anexo II al PCAP donde se establece el contenido de la oferta, dispone como archivo nº 3, el relativo a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, señalando entre la documentación a incluir, por un lado, la proposición económica conforme al modelo C uno para cada lote al que se presenta (que se acompaña junto con los pliegos); por otro, las plantillas de precios unitarios y condiciones, para adjuntarlas a la proposición económica (modelo C del PCAP), conforme al anexo 1 del PPT; y acompañada de una memoria explicativa de cada uno de los valores propuestos.

Así se expresaba que cada licitador presentará un anexo para cada uno de los lotes a los que concurre, indicando en el encabezamiento el lote al que pertenece cada uno, informando de que la falta de datos en algún concepto podía ser motivo de exclusión.

Afirma que, con anterioridad a la aplicación de los criterios automáticos, la comisión examinó las memorias justificativas de las ofertas económicas presentadas proponiendo la exclusión de aquellas que no la aportaban o que no justificaban la misma, señalando que las memorias justificativas de las ofertas de las que el recurrente propone la exclusión, fueron evaluadas positivamente por la comisión técnica, cuya decisión es asumida por la mesa.

Expone que los licitadores admitidos asumían los costes patronales y diversos porcentajes de gastos generales y beneficio industrial según las circunstancias de cada uno de ellos.

En definitiva, concluye que aunque en el Anexo III del PCAP, no se establecieron parámetros objetivos para determinar cuando una oferta económica está incurso en presunción de anormalidad, y por tanto se carecía de elementos objetivos para determinar la instrucción del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 LCSP para su admisión o rechazo, sí se establecía la necesidad de motivar las proposiciones económicas para determinar si la misma cumple o no los requisitos exigidos en los pliegos, y concretamente, lo dispuesto en la cláusula 18 del PCAP relativa a obligaciones del contratista el cual señala:



“ El adjudicatario está obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado español en materia medioambiental, laboral, de seguridad social y de seguridad y salud laboral, con respecto al personal que emplee en la fabricación, entrega, instalación o montaje del suministro objeto del contrato”

Concluye diciendo que “ No puede afirmarse que ninguna de las ofertas de las que se solicita la exclusión, infrinja normativa alguna aplicable al acuerdo marco y por lo tanto, debe desestimarse este motivo”

Solicita finalmente multa por mala fe.

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

Vienen a coincidir con las consideraciones alegadas por el órgano de contratación, y que constando en las actuaciones del procedimiento de recurso aquí se dan por reproducidas.

SEXTO. Fondo del recurso. Sobre la identidad en la puntuación técnica de diversas entidades licitadoras.

Como cuestión preliminar, ha de indicarse que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), 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 ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su día el contenido de los mismos, necesariamente han de estar ahora a lo establecido en ellos, en particular en lo referido a salarios, remuneraciones y demás condiciones laborales del personal adscrito al servicio objeto del contrato.

En el supuesto que se examina, la recurrente no cuestiona la inexistencia del procedimiento contradictorio, que debería haberse llevado a cabo en su caso si el Anexo III al PCAP hubiera establecido parámetros objetivos para determinar cuándo una oferta económica está incurso en presunción de temeridad, algo que no se encuentra en los pliegos y no resultó objeto de recurso, siendo consentido por los licitadores.

No se ha atacado el acta de la sesión de la mesa celebrada el 9 de septiembre de 2021, es decir la calificación administrativa de los documentos que adolezcan de falta de motivación, ni que se haya cometido desviación de poder, únicamente afirma que las entidades aplican incorrectamente el convenio colectivo e incumplen los pliegos no habiendo quedado demostrado por la recurrente la existencia de patente error, pues su argumentación se basa en interpretaciones subjetivas de los requisitos exigidos en los pliegos. Es importante, a su vez observar, que ni ha solicitado vista del expediente para comprobar por sí misma todas las actuaciones y la documentación, así como tampoco traslado del desglose de ofertas económicas de las admitidas respecto de las que pedía su exclusión, a los efectos de comprobar la correcta aplicación de los criterios de valoración, ni los motivos que han dado para justificar las mismas.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta 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»*.



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”. Y el citado artículo 201 de la LCSP, lo que hace es garantizar que el contratista, en la ejecución del contrato, ha de cumplir con las obligaciones establecidas en los convenios colectivos que resulten de aplicación.

Además, 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».

Pues bien, con respecto al deber de cumplimiento de los convenios colectivos, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones, así por ejemplo en su Resolución 175/2020, de 1 de junio, en la cual - transcribe la 110/2019, de 11 de abril- que señala lo siguiente:

«(...) hemos de partir de la premisa de que el deber de cumplimiento de los convenios colectivos aplicables y de las obligaciones laborales y sociales de todo orden impregna el contenido y espíritu de la nueva LCSP en las distintas fases de los contratos públicos, tanto durante la elaboración de sus bases como en el procedimiento de adjudicación y posterior ejecución de los mismos. Muestra de ello son los múltiples preceptos legales que se ocupan de la materia y no solo los artículos 129, 149 y 201 de la LCSP invocados por la recurrente, puesto que el mandato legal se extiende a todas las partes intervinientes en el proceso, incluido obviamente el órgano de contratación, que ha de tener en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación a la hora de determinar el presupuesto base de licitación y el valor estimado de los contratos (artículos 100, 101 y 102 de la LCSP).

Ahora bien, partiendo de la anterior premisa, no debe olvidarse que, en el actual marco legal, el eventual rechazo de una oferta económica durante la licitación debe responder a alguna de las causas previstas en el artículo 84 del RGLCAP (falta de concordancia con la documentación examinada y admitida, superar el presupuesto base de licitación, variar sustancialmente el modelo establecido, comportar error manifiesto en el importe de la proposición o existir reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable) o ser la consecuencia de una falta de viabilidad tras su previa identificación como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP (véase el artículo 149 de la LCSP).

(...)

Pese a lo anterior, hemos de señalar que el hecho de que la adjudicataria haya ofertado 11,45 euros por hora de trabajo de mecánico tanto en taller como fuera de taller sólo significa que éste es el precio que cobrará y facturará al órgano de contratación por los servicios que le preste, pero dicho precio no tiene por qué coincidir con el coste de esas horas de trabajo para la empresa adjudicataria, o dicho de otro modo, con lo que la empresa abonará a sus trabajadores.

(...)

Es por ello que no cabe afirmar que concurran en la oferta adjudicataria las infracciones legales denunciadas en el recurso, ni es posible aventurar que vaya a producirse un incumplimiento futuro de obligaciones laborales y sociales, aspecto este último que sólo podría apreciarse durante la ejecución del contrato -si es que llegara el caso-



correspondiendo al órgano de contratación, de conformidad con el artículo 201 de la LCSP, adoptar las medidas pertinentes para garantizar tal cumplimiento, incluida la imposición de penalidades al contratista».

En parecidos términos, la Resolución 1105/2020, de 16 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala, respecto al artículo 201 de la LCSP, que:

“como ya hemos dicho en varias ocasiones, así en la Resolución nº 506/2019, de 9 de mayo, el precepto sólo es aplicable a la fase de ejecución del contrato no a la de licitación.

En el presente caso la adjudicataria, como la recurrente, con la presentación de su oferta ha aceptado pura y simplemente, sin condición ni reserva alguna, lo establecido en los pliegos y, por tanto, la obligación de cumplir el convenio colectivo de aplicación, de modo que tiene a su favor la presunción de que en la ejecución del contrato cumplirá con las obligaciones laborales establecidas en el PCAP. Presunción que, por referirse a la fase de ejecución y no de adjudicación, no puede romperse por el órgano de contratación en la fase de adjudicación, pues sería una interpretación preventiva, pues sólo cuando concurre la presunción de anormalidad le es dado al órgano de contratación evaluar la viabilidad de la oferta en la fase de adjudicación”.

Y si bien el artículo 201 de la LCSP hace referencia a la potestad de los órganos de contratación de tomar las medidas oportunas para comprobar, durante la licitación, que los candidatos y licitadores cumplen sus obligaciones laborales y sociales; no debe olvidarse que -conforme a la doctrina expuesta- es en la fase de ejecución donde el precepto pone realmente el énfasis: *“Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V”.*

En consecuencia, no habiendo evidencia de incumplimiento del convenio en la fase actual de selección del adjudicatario no procede la exclusión de las ofertas presentadas y denunciadas por la entidad recurrente.

SÉPTIMA. Sobre la multa solicitada por el órgano de contratación.

La Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, argumentaba la aplicación al supuesto concreto con el siguiente razonamiento:

“(…) En este supuesto, como ya se ha señalado en los antecedentes de esta resolución, TRATAMIENTOS DE ARCHIVOS S.L. presentó recurso contra la adjudicación de los lotes 1 y 2 en un procedimiento en el que había quedado en tercer lugar, en la clasificación de las proposiciones, es decir, sin ningún atisbo de resultar adjudicataria y de hecho, como ya hemos analizado, nunca fue cuestionada por la recurrente la puntuación atribuida a las otras empresas. El recurso ha quedado circunscrito, única y exclusivamente, a combatir un pliego que, al no haberlo impugnado en el momento procedimental oportuno, había acatado, dejándolo firme y consentido, ejercitando una suerte de acción en defensa de la legalidad, proscrita en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo. En efecto, la única finalidad que intentaba corregir, al ejercitar la pretensión de nulidad del pliego, era depurar el procedimiento de licitación de todas aquellas ofertas que se encuentren en baja anormal, considerando ese aspecto esencial. En ese sentido, en el recurso se vierten afirmaciones que ni siquiera se corresponden a lo que establece la normativa, al presuponer que la finalidad del artículo 149.2 LCSP no es sino excluir a aquellas empresas que no cumplan los parámetros indicativos de la normalidad.



No es ocioso recordar, que, de modo acorde con lo estatuido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (véase, entre otras, la Sentencia de 27 de noviembre de 2001, Asunto Lombardini y Mantovani, C-285799 y 286/99) la Directiva se limita a establecer la exigencia de un procedimiento adecuado para que el licitador incurso en presunción de temeridad explique suficientemente los elementos que motivan su oferta en lo que se refiere al precio y a los costes de la prestación. Una vez evacuado el trámite, tal oferta sería rechazada si la ejecución del contrato resulta inviable o se comprueba que no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental. Por tanto, la incursión de una oferta en anormalidad -al contrario de lo que parece esgrimir la recurrente- no determina la exclusión automática de la licitadora, sino que hay que tramitar un procedimiento contradictorio para tratar de asegurar la viabilidad de dichas ofertas y el adecuado cumplimiento del contrato, velando por la satisfacción última del interés público.

Lo anterior, además, sin perjuicio del margen de discrecionalidad de que dispone el órgano de contratación para configurar -como ha hecho en el supuesto controvertido- los parámetros objetivos útiles para determinar cuándo una oferta es anormalmente baja, parámetros que fueron aceptados incondicionalmente por la licitadora a la hora de presentar su proposición, y que estaban perfectamente claros en su literalidad.

Por tanto, y aun sin prejuzgar la validez de la cláusula del pliego cuestionada -cuestión en la que no entra a conocer este Tribunal dada la inadmisión del recurso- lo cierto es que lo fundamental, a la hora de apreciar la mala fe de la recurrente, es que en su razonamiento se vale de un subterfugio para intentar eludir la doctrina de la que él mismo se declara conocedor, cual es, que excepcionalmente se admite la impugnabilidad indirecta de los pliegos cuando el vicio o irregularidad que afecte a los documentos contractuales no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada. La extemporaneidad del recurso indirecto frente a los pliegos es incuestionable y está fuera de toda duda, como también lo está el hecho de que la empresa había obtenido el tercer puesto en la clasificación sin que en ningún momento haya atacado la puntuación de las otras empresas, lo cual supone que haya de apreciarse mala fe pues con el recurso se ha conseguido la paralización del procedimiento de licitación, lesionando el interés público. A ello ha de sumarse que la entidad adjudicataria solicita la expresa imposición de multa.”

El Anexo III del PCAP, no se establecieron parámetros objetivos para determinar cuándo una oferta económica está incurso en presunción de temeridad, y por tanto se carecía de elementos objetivos para determinar la instrucción del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 LCSP y esto se reconoce por la entidad recurrente. Es decir, no puede alegar error obstativo alguno si bien debe determinarse si pudiera existir mala fe o temeridad. Debe tenerse en cuenta, el perjuicio expresamente denunciado por parte del órgano de contratación, (si bien sin cuantificar). Por otro lado, la inexistencia de elementos objetivos para denunciar la anormalidad de dichas ofertas, es decir, sin rigor ni parámetros sostiene una fundamentación paralela sobre la anormalidad de todas aquellas entidades admitidas que le precedían, habiendo dejado sin impugnar el PCAP por este motivo. No puede presumirse por tanto la mala fe, ante la falta de elementos objetivos que permitan deducir la obtención de algún beneficio directo de la interposición del recurso.

Debe dilucidarse sobre la posible temeridad. Cumple señalar al respecto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 122.2 de la LCSP, la obligación de cumplir por parte de la adjudicataria de las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y en el artículo 149.4. d) de la LCSP que al efecto se refiere a aquellos supuestos en que por incurrir en baja temeraria una oferta la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores. La presunción de este incumplimiento no puede conllevar por sí misma y en aplicación a los preceptos indicados, a la exclusión per se



de la oferta por estos motivos que se citan, sino que previamente hubiera debido determinarse si incurre en presunción de baja anormal (que no es el supuesto) aplicando lo dispuesto en la cláusula del pliego y solicitar información sobre la viabilidad de su oferta.

En el supuesto examinado debe tenerse especialmente en cuenta el defecto ocasionado por el órgano de contratación, que ha dejado al PCAP sin parámetros objetivos para determinar cuándo estaríamos ante una oferta con valores anormales. El hecho de que los pliegos estén consentido no significa que no podamos tener en cuenta esta circunstancia. Es decir, existe una especial vinculación, intensidad y cuidado que corresponde al órgano de contratación en su obligación de velar por el cumplimiento de la normativa laboral, tanto en el momento de elaborar los pliegos, como durante el procedimiento de adjudicación y por supuesto en la ejecución del contrato si bien ello no es óbice para que no se tengan en cuenta los requisitos para declarar que una oferta presentada por un licitador es anormalmente baja y por tanto se proceda a la exclusión.

Téngase en cuenta igualmente que el motivo del recurso no habría dado lugar a una exclusión directa de una oferta por ser inviable desde un punto de vista económico, sin atender a lo que debería haberse dispuesto en los pliegos acerca de los criterios para que se entienda que se incurre en baja y sin previa solicitud de información y explicación por parte del propio licitador”.

Dadas las circunstancias concurrentes, no se pueden apreciar motivos para la imposición de la multa, dado del defecto apreciado en el pliego que rige la licitación.

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 **FONMAY S.L.**, contra el Acta de 23 de diciembre de 2021 de la mesa de contratación del expediente de contratación denominado “Acuerdo marco de servicios para el Mantenimiento Preventivo, Correctivo y Tecnológico de Instalaciones de la Universidad de Sevilla”, lotes 1, 3 y 5, (Expte. 21/AMINSTALACIONES), convocado por la Universidad de Sevilla.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad ni 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 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.

