

Recurso 207/2022
Resolución 326/2022

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

Sevilla, 20 de junio de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERRONOL CONSULTORA INTERNACIONAL DE SERVICIOS, S.L.** contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares con sus anexos que rigen el contrato denominado “Servicio de limpieza y control de vectores en las dependencias de los centros de participación activa de personas mayores de Granada-Zaidín y Granada-La Paz y Centro Sociocultural Gitano Andaluz (Granada), de titularidad pública, adscritos a la Delegación Territorial de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Granada” convocado por la citada Delegación Territorial (Expte. SERV. P.A 1/2022), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de mayo de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. Su valor estimado asciende a 185.081, 72 euros.

La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

SEGUNDO. El 27 de mayo de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FERRONOL CONSULTORA INTERNACIONAL DE SERVICIOS, S.L. contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de la contratación mencionada.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente recibida en este Tribunal.

El 3 de junio de 2022, el Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones al recurso por plazo de cinco días hábiles, con traslado del escrito de recurso, a los interesados en el procedimiento, no consta que las mismas se hayan presentado.

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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP pese a no haber presentado oferta, toda vez que una eventual estimación del recurso permitiría remover el perjuicio que el acto impugnado provoca en la esfera jurídica de aquella entidad.

TERCERO. Acto recurrible

Son objeto de impugnación el anuncio de licitación y el PCAP -junto a sus anexos- de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la LCSP en sus apartados 1 a) y 2 a).

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 a) y b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Solicita la anulación de los actos impugnados al estimar incorrecta la determinación del precio del contrato. En síntesis, alega que existe error en el cálculo de los costes salariales al haberse omitido el coste de seguridad social del personal que debe prestar el servicio, lo que produce un efecto directo sobre los restantes cálculos ya que aquellos son porcentajes que se aplican sobre los citados costes. Al efecto, la recurrente efectúa en su escrito de impugnación los cálculos que considera correctos en los tres lotes que integran el contrato.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo lo siguiente:

1. Con anterioridad al inicio del expediente de contratación, a fin de estimar los costes laborales del contrato, se requirió a la recurrente -actual prestadora del servicio en dos de los tres lotes del contrato- a fin de que suministrara los datos necesarios para su elaboración, habiendo facilitado únicamente las retribuciones brutas pese a ser requerida para su desglose, lo que obligó a efectuar el desglose partiendo de los datos aportados por



la propia empresa, como queda acreditado en las tablas de cálculo de costes que obran en el expediente de contratación.

2. La recurrente parte de la presunción de que en los cálculos que constan en los pliegos no se han tenido en cuenta los costes de la seguridad social de los trabajadores y señala en su escrito los que, a su juicio, son correctos *“con un nivel de detalle de los distintos costes directos e indirectos que contrasta con la parca información remitida a requerimiento de este órgano de contratación”*, si bien incluye los costes de seguridad social en el apartado "otros costes salariales", obviando que el salario bruto incluye el importe total de las retribuciones del trabajador antes de que se apliquen retenciones y cotizaciones.

3. En cualquier caso, aun admitiendo a efectos meramente dialécticos la omisión de los costes de seguridad social en el cálculo del valor estimado del contrato, dicha omisión habría venido determinada por la información procedente de la propia recurrente. Por tanto, la interposición del recurso supondría una infracción de la doctrina de los actos propios. En este sentido, de apreciarse error en la determinación del precio, se trataría de una causa de anulabilidad y no de nulidad de los pliegos, previendo el artículo 115.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado

4. Aun cuando no es posible asegurar que la recurrente haya actuado con mala fe, resulta paradójico que se haya negado reiteradamente a facilitar datos a los que venía obligada en su condición de empresa adjudicataria del contrato conforme a lo previsto en el artículo 130 de la LCSP y alegue ahora en el recurso error en los cálculos de los costes salariales por la omisión de una información que dicha empresa nunca ha facilitado. Igualmente llama la atención tanto el momento elegido para poner de manifiesto error en los pliegos -una vez concluido el plazo de presentación de ofertas y sin posibilidad de rectificación alguna-, como la petición de suspensión del procedimiento de adjudicación, circunstancia que claramente les beneficia en cuanto actual prestadora del servicio en dos de los tres lotes licitados.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La recurrente solicita la anulación del anuncio de licitación y del PCAP con sus anexos y funda, en síntesis, esta pretensión en la incorrecta determinación del precio del contrato en cuanto omite el coste de seguridad social del personal que debe prestar el servicio. El órgano de contratación admite que dicho coste debe incluirse en el cálculo de los costes salariales y ambas partes coinciden en el convenio colectivo de aplicación para la determinación de los citados costes laborales; en concreto, el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Instituciones No Sanitarias de Granada y Provincia, cuyo registro, depósito y publicación fue acordado por resolución de 17 de enero de 2018 de la Delegación Territorial de Granada de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía (B.O.P. nº 18, de 26 de enero de 2018).

La controversia en el presente caso surge porque, a juicio de la recurrente, el coste de seguridad social de las personas que deben efectuar el servicio no se ha incluido en el importe de los costes salariales, oponiendo el órgano de contratación que el salario bruto incluye el importe total de las retribuciones del trabajador antes de la aplicación de retenciones y cotizaciones a la seguridad social; es decir, parece sostener con ello que en el salario bruto anual que figura en las tablas correspondientes del Anexo I del PCAP estuvieran incluidos los costes de seguridad social. Asimismo, aduce el órgano de contratación que, de admitirse a efectos meramente dialécticos la omisión de tales costes, ello obedecería a la insuficiente información que la recurrente facilitó, pese a ser requerida en varias ocasiones como adjudicataria actual de dos de los tres lotes del contrato licitado.



Pues bien, en el nuevo marco legal contractual instaurado por la vigente LCSP se aprecia una mayor vinculación y deber de cuidado por el respeto de la normativa laboral. De este modo, los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, como en su fase de ejecución.

Así, el artículo 100.2 de la LCSP dispone que *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”*.

Por su parte, el artículo 101.2 *in fine* prevé que *“En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación”* y el artículo 102 de la LCSP establece que: *“3. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*

En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”.

Asimismo, el convenio colectivo de aplicación al supuesto analizado -que antes hemos mencionado- prevé que la empresa saliente deba suministrar a la entrante, para la tramitación de la subrogación, fotocopia de los TC-2 de cotización a la seguridad social de los seis últimos meses. Así pues, ninguna duda cabe que la cotización a la seguridad social constituye un coste de personal a cargo del nuevo empresario que habrá de asumir respecto del trabajador o trabajadores adscritos al servicio nuevamente licitado. Es por ello que, en aplicación de los preceptos legales antes señalados, el órgano de contratación viene obligado a la inclusión del citado coste en la determinación del precio del contrato.

Como ya hemos indicado, la inclusión de este coste en el precio contractual es pacífica para las partes; la diferencia surge porque la recurrente contempla los gastos de seguridad social dentro del apartado “otros costes salariales” y fuera del salario bruto anual de cada trabajador, mientras que el órgano de contratación lo subsume en dicho salario bruto en cuanto afirma que este contempla el importe total de las retribuciones del trabajador antes de que se apliquen retenciones y cotizaciones.

Pues bien, entiende este Tribunal que no le asiste la razón al órgano de contratación, puesto que el salario bruto anual del trabajador engloba el importe de la cotización a la seguridad social que resulta a cargo de dicho trabajador, pero no la cuota a cargo del empresario, que es la que ha de tenerse en cuenta en el cálculo de los costes de personal a efectos de elaboración del presupuesto base de licitación conforme al artículo 100 de la LCSP.



Por otra parte, si bien obra en el expediente que la Administración contratante requirió varias veces información a la recurrente -en su condición de adjudicataria actual de dos de los tres lotes en que se fracciona el objeto del contrato- sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afectaba la subrogación, el incumplimiento del requerimiento por parte de aquella no libera al órgano de contratación de su obligación legal de elaboración del presupuesto y valor estimado del contrato conforme a los artículos 100 y siguientes, incluyendo las partidas de costes de personal en aplicación de la normativa laboral de aplicación.

Es más, el artículo 130.1 de la LCSP dispone que “*Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.*

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.” (el subrayado es nuestro).

Por tanto, del precepto en cuestión, no se infiere que el coste de la seguridad social de los trabajadores integre la información mínima legal que la empresa deba proporcionar al órgano de contratación; y en cualquier caso, ha de entenderse que dicho órgano dispone de medios válidos para obtener esa información y en su defecto, poder aplicar las penalizaciones correspondientes. Al respecto, el artículo 201 de la LCSP dispone que: “*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.*

(...)

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”.

En este contexto, no cabe imputar la omisión del dato controvertido a la falta de información de la recurrente en su condición de contratista actual de dos de los lotes nuevamente licitados. La conducta de la empresa podrá ser reprochable y, en su caso, objeto de imposición de penalidades, pero el citado órgano no puede escudarse en que la recurrente no proporcionó la información requerida en cuanto a la seguridad social de los trabajadores, para así salvar la legalidad de su actuación a la hora de calcular los costes laborales del servicio.

La fijación de un presupuesto de licitación adecuado a los precios de mercado es obligación exclusiva de los órganos de contratación, sin que su cumplimiento pueda hacerse descansar o depender de la actuación de



terceros. Así pues, el vicio en que ha incurrido el pliego al no contemplar el coste de la seguridad social de los trabajadores a adscribir al nuevo contrato no ha sido causado por la recurrente, ni resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 115.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

En el sentido expuesto, cabe citar la Resolución 624/2020, de 14 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales al señalar que *“(...) del apartado 9 y 10 de la hoja resumen adjunta al PCAP quedan yermos de dar garantía a las exigencias legales previstas en el artículo 100.2 y 102.3 de la LCSP, pues no se detallan con precisión los costes laborales de los trabajadores ni el convenio colectivo que se ha tenido en cuenta para su cálculo, considerando como costes laborales no solo los salarios, sino también la cobertura de las cuotas de la Seguridad Social.*

Esto sumado, a la subrogación de los trabajadores hace necesario que el órgano de contratación calcule con las debidas garantías tanto el presupuesto base de licitación, teniendo en consideración la subrogación de los trabajadores, como el precio del contrato dando cumplimiento a los artículos 100.2 y 102.3 de la LCSP (...).”

Finalmente, la recurrente hace unos cálculos paralelos a los del PCAP sobre el coste del servicio en cada uno de los tres lotes. Y aun cuando el núcleo de la controversia se centra en la omisión de los gastos de seguridad social que acabamos de analizar (así se desprende de antecedente cuarto y fundamento de derecho quinto del escrito de recuso), en los cálculos que se efectúan en el escrito de recurso se incluyen «ex novo» otros conceptos tampoco reflejados en el pliego. Nos referimos al concepto denominado *“Mejoras solicitadas valoradas sin beneficio”* que engloban bolsas de horas adicionales, gestión de residuos y estar en posesión de un sistema de gestión de calidad.

Pues bien, el cálculo y coste de estos conceptos no es objeto de desarrollo ni justificación o argumentación alguna en el recurso y tampoco se combate el pliego por haberlos omitido. Así las cosas, aquellos no pueden tener ningún valor jurídico a los efectos del meritado recurso y de su resolución, debiendo entenderse circunscrita la controversia jurídica al examen efectuado sobre los costes de seguridad social de los trabajadores adscritos al contrato.

Con base en todas las consideraciones anteriores, debe estimarse el recurso en el sentido de apreciar error en el cálculo de los costes salariales al haberse omitido el coste de seguridad social del personal que debe prestar el servicio. Ello conlleva la anulación del anuncio de licitación y de los pliegos, incluidos aquellos otros actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo convocarse, en su caso, una nueva licitación.

SÉPTIMO. Por último, el órgano de contratación efectúa una consideración en la que cuestiona de alguna manera el comportamiento y/o actitud de la recurrente en la interposición del recurso. Manifiesta que, sin bien no cabe asegurar su mala fe, resulta paradójico que no facilitara datos a los que venía obligada como adjudicataria y que interponga el recurso cuando ya no es posible la rectificación del pliego, además de haber solicitado la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Pues bien, en la medida que el recurso ha de ser estimado, no es posible apreciar mala fe ni temeridad en su interposición de acuerdo con el artículo 58.2 de la LCSP. En cualquier caso, ya hemos analizado en el cuerpo de esta resolución la información que la recurrente venía obligada a facilitar en cumplimiento del artículo 130 de la LCSP, no pudiendo tampoco presumir que aquella haya interpuesto el recurso con conciencia y a sabiendas de que ya no cabía la rectificación de los pliegos.



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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERRONOL CONSULTORA INTERNACIONAL DE SERVICIOS, S.L.** contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares con sus anexos que rigen el contrato denominado “Servicio de limpieza y control de vectores en las dependencias de los centros de participación activa de personas mayores de Granada-Zaidín y Granada-La Paz y Centro Sociocultural Gitano Andaluz (Granada), de titularidad pública, adscritos a la Delegación Territorial de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Granada” convocado por la citada Delegación Territorial (Expte. SERV. P.A 1/2022)y en consecuencia, anular dichos actos, así como los del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

SEGUNDO. De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 3 de junio de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.

