

Recurso 455/2022
Resolución 586/2022
Sección tercera

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

Sevilla, 2 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INTEGRA MANTENIMIENTO, GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS, CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO-ANDALUCÍA, S.L.** contra la resolución, de 27 de octubre de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de control de sala en la sede-museo del Conjunto Arqueológico Madinat Al-zahra» (Expte. CONTR 2022 0000031715), convocado por la actual Delegación Territorial de Turismo, Cultura y Deporte en Córdoba, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de febrero 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 del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 565.543,32 euros. Posteriormente, según consta en dicho perfil de contratante, el citado anuncio fue modificado el 7 de marzo de 2022.

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). Igualmente, se rige por 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 por 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 citada LCSP.

Mediante resolución, de 25 de mayo de 2022, el órgano de contratación adjudica el contrato citado en el encabezamiento a la entidad RETAZO INVERSIONES Y SERVICIOS, S.L.. Contra dicho acto, la entidad INTEGRA MANTENIMIENTO, GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS, CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO-ANDALUCÍA, S.L. el 15 de junio de 2022 interpone recurso especial en materia de contratación, que fue tramitado con el número 237/2022. Dicho recurso fue estimado parcialmente mediante Resolución 371/2022, de 6 de julio, de este Tribunal.

Tras los trámites oportunos, por resolución, de 27 de octubre de 2022, el órgano de contratación vuelve a adjudicar el contrato citado en el encabezamiento a la misma entidad RETAZO INVERSIONES Y SERVICIOS, S.L. (en adelante la adjudicataria). Dicho recurso ha sido tramitado con el número 455/2022 siendo el mismo el objeto de la presente resolución.



SEGUNDO. El 21 de noviembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto de nuevo por la entidad INTEGRA MANTENIMIENTO, GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS, CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO-ANDALUCÍA, S.L. (en adelante la recurrente) ahora contra la citada resolución, de 27 de octubre de 2022.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 22 de noviembre de 2022, 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 el 24 de noviembre de 2022.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal el mismo 24 de noviembre de 2022 concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad ahora adjudicataria.

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 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 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.

Aun cuando formalmente la recurrente recurre la resolución de adjudicación, sustantivamente combate la admisión de la oferta de la entidad adjudicataria, incura inicialmente en baja anormal o desproporcionada.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 28 de octubre de 2022, por lo que aun computando desde la citada fecha de publicación el recurso presentado el 21 de noviembre de 2022 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. 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. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 27 de octubre de 2022 de adjudicación del contrato, aunque materialmente impugna la admisión de la oferta de la entidad ahora adjudicataria inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se *«anule y deje sin efecto el acuerdo impugnado y ordene la retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por el órgano de contratación a rechazar la oferta de la entidad adjudicataria (...), inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, por no justificar la viabilidad de su oferta en los términos analizados, con continuación del procedimiento hasta la adjudicación en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.»*.

La recurrente, aun cuando en su recurso no lo señala expresamente, formula una pretensión principal en la que en síntesis afirma que el órgano de contratación debía haber rechazado la oferta de la entidad ahora recurrente y excluirla del procedimiento de licitación, y una pretensión subsidiaria, aunque en el recurso se esgrima *«A mayor abundancia»*, pues su análisis solo procedería de entender este Tribunal que la pretensión de rechazo de la oferta habría de desestimarse.

1.1. Sobre la pretensión principal del recurso en la que la recurrente solicita el rechazo de la oferta de la entidad adjudicataria incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada.

La recurrente tras reproducir parte de la consideración segunda contenida en el fundamento sexto de la citada Resolución 371/2022 de este Tribunal, afirma que la documentación presentada por la entidad ahora adjudicataria no constituye una aclaración de la justificación de su oferta, sino una justificación completamente diferente y una modificación de su proposición.

En este sentido, indica que tras el requerimiento efectuado por el órgano de contratación la entidad ahora adjudicataria no aclara o detalla la justificación de la baja de su oferta, sino que presenta una nueva justificación de la misma modificando aspectos importantes respecto de su justificación anterior. Dichos aspectos son:

- Incorrecta determinación de las horas de prestación del servicio. En la justificación inicial se valoran 5 auxiliares a 31,36 horas semanales pasando a valorar 5 auxiliares a 33,98 horas semanales en la documentación ahora presentada.
- Insuficiente previsión de gastos generales. De valorar en un 0,23% los gastos generales en el escrito de justificación inicial se pasa ahora a un 3,17%.
- Errónea previsión de la retribución de las personas trabajadoras. Pasan a valorar aspectos como el plus de festivo.
- La partida de ingresos por subvenciones se cuantificó en 86.583,79 euros en la primera justificación, y en la aclaración ahora aportada asciende a 99.554,65 euros lo que supone incrementar los ingresos por esta partida en un 15%.

Así las cosas, afirma la recurrente que la supuesta aclaración formulada es en realidad una completa nueva justificación que difiere sustancialmente de la primera contradiciéndola en muchos aspectos. A su juicio, el órgano de contratación al aceptar dicha actuación vulnera el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, precepto que no contempla la concesión de sucesivos plazos, hasta entender justificada la baja, pues de lo



contrario se infringirían los principios de concurrencia e igualdad de trato que rigen la contratación del sector público, vulnerando los plazos establecidos en los pliegos, del tal forma que se estaría habilitando un nuevo trámite de justificación de inviabilidad de la oferta para una de las licitadoras, al constatarse el error e insuficiencia de la primera justificación presentada.

Concluye el recurso afirmando que en la medida en que, según ha quedado acreditado, como respuesta a las aclaraciones requeridas la entidad ahora adjudicataria ha presentado una nueva justificación que ha alterado de manera importante su contenido y ampliado los ingresos de manera sensible, por lo que el órgano de contratación debía haber rechazado la misma y excluido a la empresa del procedimiento de licitación.

1.2. Sobre la pretensión subsidiaria en la que la recurrente afirma que se ha vulnerado la normativa laboral y los derechos de las personas trabajadoras.

Afirma la recurrente que la entidad ahora adjudicataria sigue obviando tres artículos referentes a las retribuciones salariales derivados de la aplicación del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2019). Esto es los artículos 34 (plus de complemento de desarrollo y capacitación profesional), 37.2 (plus de coordinación) y 45.4 (plus de desplazamiento). Asimismo, el recurso indica que en lo que respecta a la sustitución por vacaciones (35 naturales), *«se debe contemplar la contratación de la sustitución de dichas ausencias de manera que dicha contratación genera una prestación añadida de 849,50 horas. El estudio de RETAZO refleja un coste inferior a la doceava parte del salario anual de la plantilla fija lo que significa menos de un mes natural en contra de los 35 días que refleja el convenio. Esto significa que, en su globalidad y respecto de la masa salarial que debiese de percibir el personal, RETAZO INVERSIONES Y SERVICIOS S.L. refleja un menoscabo para la plantilla de más de un 10% menos de salario respecto de lo establecido legalmente.»*, lo que a su juicio vulnera el artículo 149.4 in fine, en relación con el artículo 201, ambos de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

2.1. Sobre la pretensión principal del recurso en la que la recurrente solicita el rechazo de la oferta de la entidad adjudicataria incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada.

Señala el informe al recurso que en base a lo acordado por el Tribunal se efectuó un nuevo requerimiento a la empresa adjudicataria, en el escrito se especificaba con mayor detalle los distintos extremos que debían ser objeto de aclaración por parte de la citada empresa, teniendo en cuenta que en el supuesto de no haber contemplado correctamente algún gasto no debía modificar la oferta y debía asumirlo con cargo al beneficio industrial. Recibida la nueva justificación de la oferta, se observó que, sin llegar nunca a modificar su oferta (194.170,35 euros), tal y como disponía el Tribunal y como exige la LCSP, la empresa se ha visto obligada a modificar o incluir partidas en detrimento de la rentabilidad del contrato.

Al respecto, afirma que no es cierto, como indica la recurrente, que la nueva “documentación presentada por la entidad ahora adjudicataria no constituye una aclaración de su justificación, sino una nueva justificación completamente diferente y una modificación de la oferta”.

En este sentido, manifiesta el informe al recurso, que para cumplir la primera resolución del Tribunal, la empresa ahora adjudicataria no ha tenido más remedio que ajustar al alza algunas partidas de gasto, en detrimento de sus



ganancias, pero «NO HA MODIFICADO LA OFERTA QUE PERMANECE INVARIABLE EN LA CUANTÍA DE 194.170,35 EUROS»; a su juicio, de otra forma hubiera sido imposible cumplir la resolución del propio Tribunal.

2.2. Sobre la pretensión subsidiaria en la que la recurrente afirma que se ha vulnerado la normativa laboral y los derechos de las personas trabajadoras.

Tras una extensa argumentación, el informe al recurso concluye que la oferta de la empresa ahora adjudicataria estaba debidamente justificada, y por tanto se estimó viable desde el punto de vista económico, sin la menor duda. En este sentido, afirma que la mesa de contratación ha sido escrupulosa en las nuevas exigencias a la citada entidad adjudicataria, dando exacto cumplimiento a la anterior resolución del Tribunal.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

La entidad interesada se opone asimismo a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos. En síntesis basa su oposición al recurso en los siguientes aspectos: i) no existe una nueva oferta, su empresa continua ofertando el contrato a 194.170,35 euros; ii) la justificación original es suficiente para demostrar la viabilidad de la ejecución del contrato; iii) como se dispuso en la Resolución 371/2022 del Tribunal, se pueden asumir posibles desviaciones con el beneficio industrial de la justificación; iv) en la nueva aclaración, para disipar cualquier duda respecto a la viabilidad, aun siendo correctos los gastos indirectos que se justificaron, se ha incluido gastos generales que ya está soportando su empresa antes de la adjudicación del contrato y que la recurrente quiere que se incluyan como gastos indirectos con el fin de hacer inviable su oferta, como alquileres, coordinador de auxiliares de control, unidad de apoyo, personal de administración y recursos humanos, en la proporción según la previsión de facturación para el año 2.023, pues bien, aunque no sean gastos generados por el contrato, se han incluido para demostrar la viabilidad de la ejecución del mismo; y v) la recurrente hace alusión a la cantidad total de subvenciones que se recibiría hasta el final de contrato, pero como centro especial de empleo sabe que es correcto, pero es que además su empresa podría haber incluido las subvenciones por los nuevos contratos indefinidos por las horas que quedan pendientes de cubrir, pero por prudencia no se quiso incorporar, aunque entiende que se habría aceptado también, y hubiesen dado, si cabe más solvencia a la garantía de la ejecución del contrato.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre la pretensión principal del recurso.

Primera. Sobre las consideraciones realizadas por este Tribunal en la Resolución 371/2022.

En la consideración segunda contenida en el fundamento sexto de la citada Resolución 371/2022 este Tribunal manifestaba lo siguiente:

<<En el presente motivo de recurso, afirma la recurrente que la adjudicataria justifica su bajo nivel de precios sobre la base de las siguientes hipótesis inadecuadas: i) errónea previsión de la retribución de las personas trabajadoras; ii) incorrecta determinación de las horas de prestación del servicio; y iii) insuficiente previsión de gastos generales.

i) Respecto a la previsión de la retribución de las personas trabajadoras, la recurrente vuelve a incidir en la aplicación de las tablas salariales del Convenio de ocio educativo y animación sociocultural. Además, afirma que la adjudicataria no prevé en su justificación los complementos y pluses salariales que deben



añadirse sobre el salario base, ni tampoco ha cuantificado correctamente el importe para la sustitución de vacaciones, por lo que a su entender la masa salarial a percibir por el personal que va a realizar la prestación presenta un menoscabo de casi un 25% menos respecto de lo establecido legalmente.

Pues bien, la recurrente en su recurso cuantifica el importe del salario base anual conforme al Convenio de ocio educativo y animación sociocultural, que como se ha analizado no sería de aplicación en el presente caso. En cuanto a los complementos y pluses salariales no realiza cálculo alguno, y respecto de la sustitución de vacaciones afirma que según sus cálculos requeriría de una prestación añadida de 849,50 horas, cuestiones sobre las que ni el informe de viabilidad ni el de alegaciones al recurso se pronuncian.

ii) Sobre la determinación de las horas de prestación del servicio, indica la recurrente que según el cuadrante recogido en los pliegos y los horarios que le preceden, la necesidad de las 5 personas auxiliares vienen a corresponderse con el personal necesario para la cobertura del servicio ya que, en los meses de mayor afluencia, las horas a la semana llegan a un total de 186,89 lo que se podría hacer con este personal de 5 auxiliares a 33,98 horas. Aunque el total de horas semanales serían de 169,9, el convenio permite una distribución irregular de hasta el 10% (artículo 50) lo que supondría 186,89 horas; el resto del año, con una carga de horas inferior, se compensaría. De esta manera, las 156,8 horas reflejadas por la adjudicataria en la justificación de la viabilidad de su oferta no cubriría la jornada necesaria para la cobertura de los turnos de trabajo previstos en los pliegos.

Al respecto, el apartado dos del anexo I del PCAP, en lo relativo al presupuesto base de licitación y precio del contrato, indica lo siguiente: *«En primer lugar, es preciso realizar un cálculo estimativo de las horas de servicio a prestar. A estos efectos, se ha tenido en cuenta el horario de apertura vigente a fecha de realización de estos cálculos, así como las necesidades del Centro en función de la afluencia de público en los distintos momentos del año.*

(...) [se reproduce cuadro de horas semanales, sábados, domingos y festivos con un total de 8154 horas anuales].

Tomándose como referencia el número de horas a cubrir durante la anualidad completa de 2022, se infiere que el número de horas total del contrato, con una duración de 3 años, será de $8.154 \times 3 = 24.462$ horas. Asimismo, se señala que el servicio habrá de ser prestado por un total de 5 personas que llevarán a cabo una media de 33,98 horas semanales.».

Por su parte, la cláusula sexta del PPT, relativa a la prestación del servicio indica que *«De acuerdo con el horario actual de apertura al público, se calcula la necesidad de cubrir un total de 8.154 horas anuales, lo que se traduce en 24.462 horas totales para la prestación del servicio durante el período de vigencia inicial del contrato, con inicio el (...). Todo ello sin perjuicio de las modificaciones horarias o de apertura al público que puedan efectuarse en este período, las cuales podrían ampliar o reducir su duración hasta el agotamiento del máximo de horas previsto.*

(...) [se reproduce el mismo cuadro de horarios anterior]

Al presente Pliego de Prescripciones Técnicas se anexa el Protocolo de prestación del servicio de control de Sala de Exposición Permanente y Auditorio de la Sede-Museo de Madinat al-Zahra.».

Así las cosas, los pliegos señalan que el servicio habrá de ser prestado por un total de 5 personas que llevarán a cabo una media de 33,98 horas semanales, por lo que si multiplicamos $33,98 \times 5$ nos arroja un total de aproximadamente 169 horas semanales, al igual que si dividimos las 24.462 horas entre las



semanas de los tres años de duración del contrato. En este sentido, conforme a los pliegos es indubitado que la media del número de horas semanales estimadas es, por tanto, de 169.

Sin embargo, como indica la recurrente, en la justificación de la viabilidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria se establece un total de 156,80 horas a la semana. En este sentido, existe un déficit de alrededor de 12 horas semanales, sin que pueda aceptarse los argumentos del informe al recurso cuando indica que la empresa adjudicataria se ha ceñido al cálculo estimativo de horas que se refleja en el PCAP, ni que pueda tenerse en cuenta la bolsa de horas incluida en su oferta para cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos.

En primer lugar, porque no se ha ceñido al cálculo de horas reflejado en los pliegos, como se ha analizado, y en segundo lugar, porque no es posible utilizar la bolsa de horas ofertada para cumplir las exigencias mínimas de la licitación. Tal naturaleza de la bolsa de horas se infiere sin género de dudas del anexo VIII del PCAP, relativo al sobre 3 donde se contiene la documentación acreditativa de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas que señala lo siguiente: «3. *Mejora: Bolsa de horas adicionales. Se valorará la puesta a disposición de la Administración de una Bolsa de horas adicionales de un mínimo de 20 y un máximo de 100 horas, para la realización de prestaciones objeto del presente contrato en los términos del PPT. Concretamente, se realizarán durante las mismas actividades de control de aforo, información y la atención a los visitantes en el Conjunto Arqueológico. La Administración podrá disponer libremente de esta bolsa de horas, que podrá ejecutarse indistintamente en horario de mañana o tarde, en días festivos y no festivos. El preaviso a la empresa contratista sobre la disposición de estas horas deberá realizarse con al menos 7 días de antelación.*».

En definitiva, la naturaleza de adicionales de la bolsa de horas que puede ser ofertada impide que las mismas puedan ser consideradas o utilizadas por las entidades licitadoras para completar las necesarias exigidas en los pliegos.

lii) Sobre la previsión de gastos generales, indica la recurrente que la establecida por la adjudicataria en la justificación de la viabilidad de su oferta, esto es el 0,23% del total de gastos de ejecución del servicio, es a su juicio insuficiente y obvia multitud de gastos generales en los que cualquier empresa debe incurrir y más tratándose de un centro especial de empleo, tales como unidades de apoyo a la actividad profesional, alquileres de oficinas en la provincia y costes de departamentos centrales (servicios de contratación de personal, servicios jurídicos, departamento de protección de datos, de prevención de riesgos laborales, etc.).

Al respecto, en cuanto a los gastos generales, se trata de aquellos que no tienen la consideración de coste del servicio, porque no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa contratista, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado, por lo que nada obsta para que, a falta de una disposición específica, y en la medida en que el órgano de contratación los considere adecuados a la naturaleza de la prestación contractual y a las características propias del contrato en cuestión, pueden admitirse aquellos que las entidades licitadoras justifiquen de forma razonada en la acreditación de la viabilidad de sus ofertas, pues este tipo de gastos dependen de la organización empresarial de cada entidad, pudiendo variar en función del tipo de empresa.



En el supuesto que se examina, en la documentación acreditativa de la viabilidad de su oferta, la entidad adjudicataria afirma sin más detalle que *«posee una estructura organizativa consolidada y eficiente, con un departamento de administración propio que cuenta con personal muy cualificado y software de gestión muy avanzado. Hemos dividido el coste administrativo entre los más de 90 empleados, por lo que el importe imputable a los trabajadores que prestan este servicio durante el periodo por este concepto asciende a 604,30 euros durante los 36 meses de contrato, dada la proporción de su jornada»*, sobre un total de gastos que afirma que es de 203.191, 96 euros.

Pues bien, como se ha expuesto, la recurrente entiende que dicho importe es insuficiente conforme alega en su recurso, circunstancia sobre la que este Tribunal no puede pronunciarse, dada su función únicamente revisora de los actos de los poderes adjudicadores, pues dicho gasto ni se ha desglosado ni se ha detallado por parte de la adjudicataria, ni el informe al recurso esgrime alegato alguno, ni en el informe de viabilidad el órgano de contratación hizo manifestación sobre dicha circunstancia.

Procede, pues, que por parte de este Tribunal se estime en los términos reproducidos el presente motivo del recurso para que por parte de la mesa o del órgano de contratación se vuelva a revisar la viabilidad de la oferta de la entidad adjudicataria, pudiendo solicitarle que aclare y detalle determinadas cuestiones de su proposición, sin que en ningún momento pueda modificar los términos de su oferta.

En este sentido, el órgano de contratación, o la mesa en su caso, entre otras consideraciones, ha de tener en cuenta que la oferta ha de cumplir con los términos del Convenio de discapacidad en materia salarial. Asimismo, ha de verificar que los cálculos deben realizarse al menos para el número mínimo de horas previstas en los pliegos, sin que dichas horas puedan ser realizadas con la bolsa adicional de horas. Por último, deberá comprobar si el importe de 604,30 euros durante los 36 meses de contrato en concepto de gastos generales es suficiente y está debidamente justificado. Todo ello teniendo en cuenta que conforme a la justificación de la oferta de la adjudicataria, le restaba como beneficio industrial un total de 77.562,08 euros que podría asumir en parte o en su totalidad el déficit que se genere en el resto de partidas.>>.

Asimismo, en el fundamento séptimo de dicha Resolución 371/2022, este Tribunal afirmaba sobre los efectos de la estimación parcial del recurso 237/2022 que:

<<La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución del órgano de contratación de 25 de mayo de 2022 de adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a requerir a la entidad ahora adjudicataria cuanta información y documentación complementaria considere precisa a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que pueda dicha entidad modificar la misma, en los términos recogidos en el citado fundamento de derecho, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En este sentido, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar el rechazo de la oferta de la entidad ahora adjudicataria por no justificar su viabilidad, al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso, ni confirmar su admisión por desestimar el resto de alegaciones, siendo esta una función



que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP, de tal suerte que en el supuesto examinado una vez que la mesa o el órgano de contratación, en cumplimiento de la presente resolución y previo requerimiento al efecto, haya examinado la eventual información y documentación que haya aportado la entidad ahora adjudicataria a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, sin que ello en ningún momento pueda suponer modificación de la misma, podrá efectuar una apreciación conjunta de todos los elementos concurrentes y decidir el órgano de contratación de forma motivada, previa propuesta de la mesa en su caso, la aceptación o rechazo de la oferta de la entidad ahora adjudicataria (v.g. entre otras Resoluciones 171/2021, de 6 de mayo, 196/2021, de 20 de mayo, 215/2021, de 27 de mayo y 497/2021, de 25 de noviembre, de este Tribunal).>>.

Segunda. Sobre las actuaciones realizadas por el órgano de contratación tras la mencionada Resolución 371/2022 de este Tribunal.

En lo que aquí interesa, el 30 de septiembre de 2022, se le requiere a la entidad ahora adjudicataria para que aclare y detalle su oferta en los términos indicados en el referido requerimiento cuyo tenor es el siguiente:

«Con respecto a los costes salariales, y de acuerdo con lo dispuesto en el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, se requiere el desglose de las retribuciones del personal necesario para prestar el servicio, salario base y complementos retributivos que sean de aplicación. Se debe indicar el coste hora y coste total anual en relación a las 8.154 horas/anuales que se requieren para ejecutar el servicio de (...).

Asimismo, se debe contemplar los gastos de seguridad social, el gasto para cubrir los periodos de vacaciones, compensación de festivos del personal y el gasto correspondiente a la bolsa horaria, así como cualquier otro concepto asociado a las retribuciones que sea necesario para prestar el servicio.

Sobre la previsión de gastos generales y para entender debidamente justificada esta partida, se debe hacer un desglose detallado de los diferentes conceptos que integran los gastos derivados de la actividad general de la empresa y de su estructura organizativa (coste de alquiler de locales, suministros, gastos de administración general, unidad de apoyo a la actividad profesional, gastos financieros y tributarios, etc) y el porcentaje que se aplica a este servicio.

Se hace constar que la entidad en ningún momento puede modificar los términos de su oferta, sin perjuicio de que la parte o totalidad del déficit que se genere en el resto de partidas puede ser asumido por el beneficio industrial que la entidad refleje».

Dentro del plazo concedido, el 10 de octubre de 2022, dicha entidad aporta el documento que denomina memoria justificativa de la oferta económica.

Posteriormente, el 26 de octubre de 2022, se emite por parte de personal al servicio del órgano de contratación informe técnico de apoyo a la mesa de contratación para valorar la memoria justificativa de la oferta económica de la empresa ahora adjudicataria cuya proposición inicialmente estaba incurso en baja desproporcionada (en adelante informe de viabilidad), en el que en lo que aquí interesa se indica lo siguiente:

En el apartado de consideraciones generales se señala que *«en la justificación de la proposición económica realizada por la entidad Retazo Inversiones y Servicios S.L se constata que en los costes laborales se contemplan las horas anuales necesarias para prestar el servicio de control de sala (8.154 horas) y el número de auxiliares (cinco) exigido en el PPT.*



(...)

Se benefician de ayudas e incentivos para el mantenimiento de puestos de trabajo, consistentes en la subvención del coste salarial correspondiente al puesto de trabajo ocupado por el personal discapacitado que realice una jornada de trabajo normal, por importe de hasta el 50% del SMI o en cuantía proporcional al tiempo de trabajo, si éste es a tiempo parcial, aplicable para este contrato. El importe de la subvención asciende a 99.554,65 euros.

- En relación con la previsión de gastos generales, entendemos que en la memoria se ha realizado un desglose detallado de los costes de estructura y coordinación de la empresa. El importe total de los mismos, para el periodo de ejecución del contrato, asciende a 112.068 euros, de los cuales se imputan al contrato el importe de 10.648,76 euros, lo que supone un 4,3% de los costes totales de ejecución (246.994 euros).

- Por último, es preciso reseñar que en la memoria justificativa de la oferta económica presentada por la entidad (...) [ahora adjudicataria] se detalla un beneficio industrial por importe de 36.082,24€ que le permite poder asumir cualquier desajuste en los costes que pueda producirse durante la ejecución del contrato.».

Al día siguiente, el 27 de octubre de 2022, se reúne la mesa de contratación, según consta en acta al efecto, que adopta el siguiente acuerdo:

«Una vez registrada el día 10 de octubre de 2022 con número de registro 2022999011243009, en esta Delegación Territorial, la documentación presentada por la empresa licitadora (...) [ahora recurrente], requerida en fase de aclaración, en base a lo dispuesto en la Resolución 237/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, y solicitado nuevo informe Técnico de apoyo a la Mesa de Contratación, ésta asume la totalidad del Informe Técnico estimando la viabilidad de la oferta anormalmente baja presentada por la entidad (...) [ahora recurrente], por lo que propone adjudicarle el contrato de (...) elevando, por tanto, la propuesta de adjudicación al órgano de contratación en los términos previstos en la cláusula 10.8 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que rige en este expediente de contratación.».

Tercera. Sobre la inalterabilidad de la oferta incluida su justificación en su caso.

Conforme al principio de inalterabilidad de la oferta, una vez formulada la misma, no resulta atendible cualquier planteamiento que de modo directo o indirecto suponga su alteración y, por ende, su acomodación para conseguir la adjudicación del contrato. Dicho principio es acorde a la normativa contractual, pues, de aceptarse subsanaciones, correcciones o aclaraciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido formuladas, presentadas y justificadas en su caso, siendo tal posibilidad 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, consagrados en los artículos 1 y 137 de la LCSP.

En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 106/2017, de 19 de mayo, 263/2017, de 5 de diciembre, 322/2020, de 1 de octubre y 455/2022, 15 de septiembre, así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en sus Resoluciones 319/2014, de 25 de abril, 612/2016, de 22 de julio y 610/2021, de 21 de mayo y, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 89/2019, de 28 de febrero y 282/2021, de 18 de junio, entre otras.



Así las cosas, una entidad licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, cuando pretende presentarse a una licitación lo conveniente, sensato y prudente es realizar un proceso más o menos complejo para elaborar y confeccionar su oferta de la forma más competitiva posible, debiendo realizar un estudio lo más preciso que pueda de cuáles son los costes en los que incurriría con la ejecución del contrato al que pretende presentarse, esbozando los mismos en directos, que serían aquellos en los que puede incurrir una empresa y que, de manera inequívoca, se usan para la realización y producción de los productos o servicios, entre los que cobran enorme importancia los de mano de obra sobre todo en la ejecución de los servicios, e indirectos, que serían los que, siendo necesarios, no son directamente imputables a la producción de un bien o servicio en particular, tales como alquiler de edificios y coste de instalaciones temporales, entre otros.

Asimismo, a los costes directos e indirectos han de añadirse los gastos generales de estructura, que serían los originados por el mero hecho de tener una actividad en funcionamiento y engloba los gastos necesarios para no cesar la actividad, pero que no están directamente relacionados con los productos o servicios que se ofrecen y por lo tanto no aumentan los beneficios de la empresa, por ejemplo, los costes del gas, electricidad y limpieza, entre otros. El Informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado los define como aquéllos que no tienen la consideración de coste del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado. Dichos costes generales de estructura dependen fundamentalmente del tipo de actividad y de la estructura organizativa de la empresa, por lo que es un coste relativamente conocido por cada empresa. Por último, el beneficio industrial es la parte del precio que se corresponde con el beneficio de la persona empresaria o contratista, siendo su importe el que la empresa estime pertinente.

En definitiva, una vez elaborada y confeccionada la oferta por la entidad licitadora en el supuesto que la misma haya que justificarla, al haber incurrido inicialmente en presunción de anormalidad, simplemente dicha entidad licitadora ha de reproducir el proceso que realizó al formular su oferta, de tal suerte que no tiene más que documentar, si no lo hizo al confeccionarla, el proceso seguido para su elaboración.

Así las cosas, por el principio de inalterabilidad de la oferta, una vez formulada la misma, incluida la justificación de su viabilidad en su caso, no resulta atendible cualquier planteamiento que de modo directo o indirecto suponga su alteración y, por ende, su acomodación para conseguir la adjudicación del contrato. Ello supone que en los supuestos de justificación de una oferta inicialmente incurso en baja anormal, como ocurre en el supuesto que se examina, no es posible alterar la oferta inicialmente formulada ni, por ende, la justificación presentada de haber sido preciso formular una aclaración de la misma en todo o en parte, y ello aunque el importe total sea el mismo. En este sentido, cualquier modificación o alteración de las ofertas presentadas, incluidos los supuestos de justificación de su viabilidad, iría en contra del principio de igualdad de trato, dado que la regla sin excepción es que no cabe modificar la oferta una vez formulada (v.g. Resolución 4/2021, de 14 de enero, 377/2021, de 8 de octubre y 567/2021, de 23 de diciembre, entre otras muchas).

Cuarta. Sobre los términos en los que se pronunció este Tribunal en su Resolución 371/2022.

En lo que aquí interesa, este Tribunal en su Resolución 371/2022 en los dos últimos párrafos de su fundamento sexto indicaba expresamente lo siguiente:

«Procede, pues, que por parte de este Tribunal se estime en los términos reproducidos el presente motivo del recurso para que por parte de la mesa o del órgano de contratación se vuelva a revisar la viabilidad de la oferta de la



entidad adjudicataria, pudiendo solicitarle que aclare y detalle determinadas cuestiones de su proposición, sin que en ningún momento pueda modificar los términos de su oferta.

En este sentido, el órgano de contratación, o la mesa en su caso, entre otras consideraciones, ha de tener en cuenta que la oferta ha de cumplir con los términos del Convenio de discapacidad en materia salarial. Asimismo, ha de verificar que los cálculos deben realizarse al menos para el número mínimo de horas previstas en los pliegos, sin que dichas horas puedan ser realizadas con la bolsa adicional de horas. Por último, deberá comprobar si el importe de 604,30 euros durante los 36 meses de contrato en concepto de gastos generales es suficiente y está debidamente justificado. Todo ello teniendo en cuenta que conforme a la justificación de la oferta de la adjudicataria, le restaba como beneficio industrial un total de 77.562,08 euros que podría asumir en parte o en su totalidad el déficit que se genere en el resto de partidas.».

De lo expuesto se infiere de forma clara y meridiana que la oferta de la entidad adjudicataria una vez que aporte la aclaración de la justificación de su viabilidad, previo requerimiento al efecto, la mesa o el órgano de contratación ha de volver a revisarla, a la vista de la aclaración presentada en cumplimiento de la Resolución 371/2022, del tal suerte que:

i) En materia salarial, la oferta ha de cumplir con los términos del Convenio de discapacidad en materia salarial, y los cálculos deben realizarse al menos para el número mínimo de horas previstas en los pliegos, sin que dichas horas puedan ser realizadas con la bolsa adicional de horas. Al respecto, que duda cabe que ello va a suponer que exista un incremento de los costes salariales respecto a los previstos inicialmente, de tal forma que se entenderá justificada la viabilidad en materia salarial si dicho incremento puede ser asumido por los 77.562,08 euros a los que ascendía el beneficio industrial declarado por la entidad adjudicataria.

En este sentido, el que este Tribunal en su Resolución 371/2022 permita que la entidad ahora adjudicataria puede realizar un nuevo cálculo de los costes salariales, deriva, por un lado, del hecho de que el órgano de contratación haya aceptado de forma irregular su oferta esgrimiendo que para cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos, pueda tenerse en cuenta la bolsa de horas adicionales incluida en la oferta, y por otro, del importe al que asciende el beneficio industrial que podría asumir el previsible incremento de costes salariales.

ii) En cuanto a los gastos generales, se deberá comprobar por la mesa o el órgano de contratación si el importe de 604,30 euros durante los 36 meses de contrato en concepto de gastos generales es suficiente y está debidamente justificado.

Al respecto, como se ha expuesto, el Informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado define los gastos generales de estructura como aquéllos que no tienen la consideración de coste del servicio, por cuanto no dependen directamente de la prestación de éste, sino que constituyen realmente costes derivados de la actividad general de la empresa, y que pueden responder a conceptos más o menos habituales y normalizados en el mercado. Dichos costes generales de estructura dependen fundamentalmente del tipo de actividad y de la estructura organizativa de la empresa, por lo que es un coste relativamente conocido por cada empresa, de tal suerte que el declarado por la entidad ahora adjudicataria de 604,30 euros durante los 36 meses de contrato es el único que puede tenerse en consideración, pues es el que dicha entidad en su oferta ha afirmado que soporta por dicho concepto.

En definitiva, sin que en ningún momento pueda modificar los términos de su oferta, incluida la justificación de su viabilidad, como no puede ser de otra manera, lo único que tenía que realizar la entidad ahora adjudicataria en



la aclaración solicitada de la justificación de su oferta, en materia salarial, eran los cálculos necesarios para cumplir con los términos del Convenio de discapacidad teniendo en cuanto el número mínimo de horas previstas en los pliegos, sin que dichas horas puedan ser realizadas con la bolsa adicional de horas. Por su parte, la mesa o el órgano de contratación tenían que comprobar que esos cálculos se realizaban de forma correcta y que el incremento de costes salariales podría ser asumido por el beneficio industrial declarado. Asimismo, en materia de gastos generales, solo podía justificar en los términos que considerase oportunos que ese importe (604,30 euros) se corresponden con los gastos generales de estructura de su empresa para los 36 meses de ejecución del contrato.

Cualquier otra alteración de los términos de su oferta o de la justificación de la misma, supondría su modificación proscrita por la normativa contractual conforme a lo analizado anteriormente.

Quinta. Sobre los términos en que fue formulada la aclaración de la justificación de la entidad ahora adjudicataria.

En el supuesto que se examina, en un primer momento la entidad ahora adjudicataria para justificar la viabilidad de su oferta inicialmente incurso en baja anormal, presentó determinada documentación suscrita el 11 de abril de 2022 (justificación) en la que indicaba -en lo que aquí interesa y ha sido objeto de impugnación en el presente recurso-, el desglose de su proposición para el periodo de duración del contrato que a continuación se detalla. Asimismo, en la aclaración de la viabilidad formulada el 10 de octubre de 2022 tras la Resolución 371/2022 de este Tribunal (aclaración de la justificación), dicha entidad desglosa su oferta para el mismo periodo con el detalle que también se recoge a continuación:

Conceptos de la oferta	Desglose de la justificación de la oferta de la adjudicataria	
	Justificación	Aclaración de la justificación
Total costes salariales	187.245,10 euros	231.407,94 euros
Total otros costes	15.342,57 euros	15.586,06 euros
Total costes de ejecución	202.587,67 euros	246.994,00 euros
Gastos generales y estructura	604,30 euros	10.648,76 euros
Importe subvenciones	86.583,70 euros	99.554,65 euros
Importe ofertado	194.170,35 euros	194.170,35 euros
Resultado de explotación	77.562,08 euros	36.082,24 euros

Al respecto, como se ha expuesto, la recurrente denuncia que la entidad ahora adjudicataria ha modificado los términos de la justificación de la viabilidad de su oferta, dado que en la inicial se valoran 5 personas auxiliares a 31,36 horas semanales y en la documentación ahora presentada se valoran 5 personas auxiliares a 33,98 horas semanales; se pasa de imputar un 0,23 % de gastos generales en el escrito de justificación inicial a un 3,17 % en el ahora formulado; se valora en la documentación ahora aportada el denominado en el mismo plus de festivo que antes no se incluía; y la partida de ingresos por subvenciones se cuantificó en 86.583,79 euros en la primera justificación, y en la aclaración ahora aportada asciende a 99.554,65 euros.



Por su parte, el órgano de contratación en síntesis afirma que no se ha modificado la oferta que permanece invariable en la cuantía de 194.170,35 euros, que es la oferta económica formulada por la entidad ahora adjudicataria, que se pronuncia en su escrito de alegaciones al recuso en términos similares al órgano de contratación.

Pues bien, conforme a lo expuesto, queda claro que en la aclaración de la justificación de la viabilidad de su proposición la entidad ahora recurrente ha modificado la misma vulnerando el principio de inalterabilidad de la oferta.

En efecto, como se ha expuesto, este Tribunal en su Resolución 371/2022 solo permitía que se calculara el incremento en los costes salariales en los términos allí recogidos y reproducidos ut supra, pero en modo alguno se autorizaba la alteración de los gastos generales de estructura ni el importe de las subvenciones a percibir.

Constatada con la información aportada por la entidad ahora adjudicataria en la aclaración de la justificación de su viabilidad que se han alterado los datos de su oferta, ha de afirmarse que la misma ha modificado su proposición, acomodándola a los términos que ha considerado convenientes para conseguir la adjudicación del contrato.

Al respecto, este Tribunal por lo expuesto a lo largo de la presente resolución no puede compartir la afirmación de la entidad ahora adjudicataria y del órgano de contratación en su informe al recurso de que no se ha modificado la oferta al permanecer la misma invariable en la cuantía de 194.170,35 euros, ni tampoco como alega el informe al recurso que de otra forma hubiera sido imposible cumplir la resolución del Tribunal, pues como se ha analizado anteriormente los términos en que se dictó la citada Resolución 371/2022 eran claros y concretos, y si el órgano de contratación albergaba alguna duda sobre su ejecución, como parece desprenderse de sus afirmaciones, pudo pedir auxilio a este Órgano, ex artículo 32 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, solicitando aclaración de la mencionada resolución, pues dicho artículo dispone en su primer párrafo que *«Si el órgano de contratación o alguno de los interesados en el procedimiento de recurso que hubiera comparecido en él, considera que la resolución contiene algún concepto oscuro o algún error material, podrá solicitar su aclaración o rectificación en el registro del Tribunal dentro del plazo de tres días hábiles a contar desde la recepción de su notificación.»*.

En consecuencia, conforme al principio de inalterabilidad de la oferta, una vez formulada la misma, incluida la justificación de su viabilidad, no resulta atendible cualquier planteamiento que de modo directo o indirecto suponga su alteración y, por ende, su acomodación para conseguir la adjudicación del contrato, so pena de conculcar el principio de igualdad de trato.

Al respecto, y como argumentó este Tribunal, entre otras, en su Resoluciones 55/2019, de 27 de febrero y 567/2021, de 23 de diciembre, la jurisprudencia europea viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser evaluadas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica), principio que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Procede, pues, estimar en los términos examinados el recurso interpuesto.



La estimación de la pretensión principal del recurso hace innecesario e improcedente el análisis de las alegaciones que plantea la recurrente con carácter subsidiario.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación parcial del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución del órgano de contratación de 27 de octubre de 2022 de adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por el órgano de contratación a rechazar la oferta de la entidad ahora adjudicataria, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, al haber modificado dicha entidad los términos de su oferta en el trámite de justificación de su viabilidad.

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 **INTEGRA MANTENIMIENTO, GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS, CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO-ANDALUCÍA, S.L.** contra la resolución, de 27 de octubre de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de control de sala en la sede-museo del Conjunto Arqueológico Madinat Al-zahra» (Expte. CONTR 2022 0000031715), convocado por la actual Delegación Territorial de Turismo, Cultura y Deporte en Córdoba y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda por el órgano de contratación en los términos expuestos en los fundamentos de derecho sexto y séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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 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.

