Recurso 509/2022
Resolución 50/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 23 de enero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EULEN SEGURIDAD, S.A.** contra su exclusión en relación con el acuerdo marco denominado "Acuerdo Marco de homologación de servicios integrados para la seguridad interior con destino a inmuebles de la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entidades Instrumentales" (Expte. CONTR 2019/279185), lotes 1 al 72, tramitado por la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de octubre de 2021 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía así como en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento, el valor estimado del presente acuerdo marco asciende a la cantidad de 368.878.620,53 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

El 22 de noviembre de 2022, el órgano de contratación dicta resolución por la que acuerda la exclusión de la oferta de EULEN SEGURIDAD, S.A., al considerar que no justifica de forma suficiente su viabilidad, en los términos previstos en el artículo 149 de la LCSP. El acto fue notificado a la recurrente el mismo 22 de noviembre de 2022.

SEGUNDO. El 13 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por EULEN SEGURIDAD, S.A. (en adelante EULEN o la recurrente) contra el acuerdo de exclusión de su oferta. Además solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

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

El 16 de diciembre de 2022, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación en relación a los lotes 1 al 72, todos los que componen el objeto del acuerdo marco.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido, que concluyó el pasado 27 de diciembre de 2022, las presentadas por la entidad GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A.

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 exclusión de su oferta en 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.

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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el procedimiento.

En aras de la claridad expositiva a continuación procedemos a relacionar las distintas actuaciones realizadas en el procedimiento de adjudicación que resultan relevantes a efectos de la resolución del presente recurso especial.

Sobre lo anterior, en primer lugar, se reproducirá la regulación contenida en la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en la que se establece el precio de licitación y que se ha calculado partiendo del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad para el año 2021 (en adelante CCEES-2021).

En la citada cláusula 7 se establece lo siguiente: *«En función del plazo de duración del acuerdo marco de homologación, definido en la cláusula 5, el ámbito temporal del mismo alcanzará, en caso de prórroga máxima la anualidad 2025. Asimismo, en función de lo expuesto en la cláusula 24 sobre el plazo de duración de los contratos basados éstos podrían alcanzar la anualidad 2026. El artículo 47 del CCEES-2021 prevé un incremento salarial del*

1%. Ante la imposibilidad de conocer ni la evolución de la economía ni el resultado de la negociación colectiva para aplicar a partir del año 2021, para el presente acuerdo marco se han adoptado los siguientes criterios:
- Para el año 2021 se aplicaran las retribuciones previstas en el CCEES-2021.
- Para el año 2022 se aplicará un incremento del 1%.
- Para el resto de los años de vigencia del acuerdo marco se prevé que, a consecuencia de la evolución de la vacunación y el desarrollo de los tratamientos médicos, podamos estar en una situación de razonable control de la pandemia ocasionada por el COVID-19 lo que, sin duda, tendrá su reflejo en una mejora global de la evolución de la economía. En base a estas consideraciones se contempla que para los años 2023 a 2026 se pueda volver a una situación análoga a antes de la pandemia y se estima que la negociación colectiva pueda retomar los valores de incremento salarial anteriores a la pandemia, es decir, un incremento salarial del 2 % anual».

En el pliego, se realizan determinados cálculos que concluyen que los importes anuales correspondientes al salario base de los vigilantes de seguridad, teniendo en cuenta los distintos pluses aplicables (peligrosidad, distancia y transporte, mantenimiento de vestuario), así como la parte proporcional de complementos de vencimiento superior al mes y la seguridad social a cargo del empleador asciende a un total de 23.256,47 euros. Asimismo en el PCAP se indica que en el CCEES-2021 se establece el número total de horas de trabajo anuales (1.782 horas).

Finalmente, en el PCAP se realizan determinados cálculos para llegar al precio/hora trabajada para cada uno de los años, teniendo en cuenta además los costes directos de materiales y/o equipo (1,20%), costes indirectos (6,26%), gastos generales (9,45%) y beneficio industrial (9,24%).

IMPORTES DE LICITACION POR HORA						
CONCEPTO	2021	2022	2023	2024	2025	2026
VIGILANCIA	16,66 €	16,83 €	17,17 €	17,51 €	17,86 €	18,22 €

Sobre la detección de ofertas anormales o desproporcionadas la cláusula 12 del PCAP establece lo siguiente: *«En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica, o 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 de la LCSP».* En concreto, el anexo XV del PCAP establece el parámetro para la detección de las proposiciones incursas en valores anormales o desproporcionados, de la siguiente forma: *«Cuando de la oferta económica se deduzca que no se pueden cubrir en su totalidad los derechos económicos de las personas trabajadoras según los importes establecidos en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad».*

El 7 de septiembre de 2022, tuvo lugar sesión de la Comisión Central de Homologación constituida en mesa de contratación (en adelante la mesa de contratación) para el análisis y valoración de la documentación contenida en el sobre 3 de las ofertas, valoradas de acuerdo a los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas. Respecto de la valoración del criterio *«precio»* se realizan las siguientes consideraciones:

> *«Por su parte, para la comprobación de límite inferior es necesario aclarar previamente el Convenio Colectivo vigente de aplicación con respecto a lo cual se hacen las siguientes consideraciones:*
> *1º.- El presente Acuerdo marco se licitó en el año 2021, considerándose en consecuencia el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad para el año 2021 (en adelante CCEES-2021) para la determinación de los*

importes máximos de licitación exclusivamente de 2021, revalorizándose los mismos en las anualidades futuras en la forma en que se determina en el pliego.
2º.- En el anexo XV del PCAP que fija los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, se consideran como tales aquéllas que "no se pueden cubrir en su totalidad los derechos económicos de las personas trabajadoras según los importes establecidos en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad".
3º.- Por su parte, el artículo 149 de la LSCP dedicado a las ofertas anormalmente bajas, concreta en su apartado 4, "in fine", señalando a los convenios colectivos sectoriales vigentes: "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".

A la vista de todo lo anterior, de que el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad vigente es el del año 2022, (en adelante CCEES-22), dado que el artículo 5 del mismo establece su vigencia desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2022, que la entrada en vigor del Acuerdo Marco se prevé a finales del presente ejercicio 2022 dado el estado actual de la licitación y atendiendo a los plazos legalmente establecidos, por lo que la realidad de ejecución y los salarios que han de respetarse son los que marcan este convenio, y atendiendo a una interpretación sistemática y lógica, los miembros de la Mesa de contratación acuerdan la aplicación como criterio de anormalidad el Convenio CCEES-22.

Adicionalmente a lo anterior, se analiza el impacto de la hipotética aplicación del Convenio 2021 como criterio de anormalidad, cuya vigencia expiró el 31 de diciembre de 2021, constatando que daría como resultado la posible anormalidad de un mayor numero de empresas licitadoras, lo que a la vista de la afirmación anterior de imposibilidad de aplicación en caso alguno a los contratos basados en el Acuerdo Marco, carecería de sentido. Además se constata que las empresas que, con la aplicación del Convenio CCEES-22 entran en anormalidad, también lo hacen con la aplicación del CCEES-21.

En cuanto a las anualidades futuras (2023 a 2026), se analiza si podría hacerse una previsión de incremento de las retribuciones equivalentes a las contempladas en el CCEES-22, es decir, de un 2% anual, y con ello se podría evaluar si las ofertas realizadas estarían en condiciones de atender esos incrementos. Pero ante el caso de un hipotético incumplimiento de algunas de las ofertas presentadas en alguna de esas anualidades, en ningún caso podrían ser objeto de rechazo pues no existe convenio colectivo con vigencia para esos años, por lo que se carecía de referencia oficial para establecer los límites mínimos a las ofertas presentadas para esas anualidades.

Adoptado el criterio del convenio colectivo a aplicar, los datos del límite inferior se extraen directamente de los importes consignados en el CCEES-22 (los cuáles incluyen el salario base y los complementos fijos, es decir, costes de mano de obra, pero sin incluir, lógicamente, conceptos tales como seguridad social, costes directos de materiales, costes indirectos, gastos generales y beneficio industrial)».

Aplicando lo indicado, el órgano de contratación establece que el importe mínimo por hora para el ejercicio 2022 -único que tiene en cuenta a efectos del cálculo de la desproporción de la oferta- es de 9,97 euros y procede a detraer de cada oferta; los gastos generales y beneficio industrial, los costes indirectos, costes directos de materiales y costes de la seguridad social, llegando a la conclusión de que entre otras la proposición de la recurrente está incursa en valores anormales -al ascender, una vez detraídos los indicados costes, su oferta a 9,94 euros la hora- por lo que procede a solicitarle que justifique la viabilidad de su oferta en los términos establecidos en el artículo 149 de la LCSP.

Tras el requerimiento realizado por la mesa de contratación a EULEN para que justifique la viabilidad de su oferta, esta presenta la documentación el 30 de septiembre de 2022. En síntesis y en lo que aquí interesa EULEN realizó las siguientes consideraciones en su documento:

«Es fundamental indicar que en la fecha de presentación la oferta, 17 de noviembre de 2021, estaba en vigor el convenio de empresas de seguridad 2021 (en adelante CCEES-2021) que finalizaba el 31 de diciembre de 2021, encontrándose sin aprobar el CCEES-2022.

Ante la circunstancia de no encontrarse publicado el convenio que afectaría al año 2022, para la obtención de los precios de licitación del presente acuerdo marco, el PCAP, en el punto 7 (página 16), cita "para el año 2022 se aplicará un incremento del 1%".

El 12 de enero del 2022, sale publicado en el BOE el CCEES-2022 con un incremento del 2% en las retribuciones sobre los importes del sobre los importes del CCEES-2021, lo que supone un 1% de diferencia con respecto a lo previsto en el PCAP.

EULEN Seguridad S.A., en la fecha de elaboración y presentación de la oferta, ante la incertidumbre de un convenio no publicado, adoptó las siguientes dos medidas cautelares:

− Una estimación del 0,65% adicional a la prevista en el pliego, esto es, un 1,65% sobre los importes salariales del CCEES-2021.

− Para el beneficio industrial y gastos generales se estableció un porcentaje de un 1% superior al habitual en licitaciones, resultando un 15%, tal y como se indica en la oferta».

En el documento EULEN justifica numéricamente sus afirmaciones, llegando a concluir que con el incremento previsto en la partida relativa al beneficio industrial y los gastos generales puede cubrir los excesos que pueda haber sobre la partida del coste directo de mano de obra cuya variación resulta consecuencia de el CCEES2022 que no estaba en vigor en el momento en el que publicó la licitación. Además EULEN realiza otro tipo de consideraciones sobre la solvencia de la empresa entre otras.

El 8 de noviembre se emite el correspondiente informe técnico de viabilidad en el que se analiza la documentación justificativa aportada por EULEN. En el mismo se indica lo siguiente: *«A este respecto hay que decir que este razonamiento no es admisible en tanto que para cubrir la diferencia detectada sería necesario modificar el porcentaje de gastos generales y beneficio industrial ajustándolos de tal manera que al detraerlos, junto con el resto de los porcentajes (costes indirectos, costes directos de materiales y seguridad social) del importe ofertado por hora, diera como resultado una cantidad igual o superior al importe límite del convenio colectivo (CCEES-22). Hay que recordar aquí que la persona licitadora, en su oferta, y mediante la cumplimentación del modelo de proposición económica, ha declarado que los porcentajes aplicados son los empleados en la confección de los precios de la oferta. En consecuencia, un ajuste de dichos porcentajes supondría una modificación de la oferta, cosa que no es admisible conforme a la doctrina existente (Véase Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero, 876/2014, de 28 de noviembre, o 118/2021, de 12 de febrero, del TACRC, entre otras)»* . En definitiva, en el informe básicamente por este motivo se llega a la conclusión de que no queda suficientemente justificada la viabilidad de oferta de EULEN ni atendiendo al CCEES-21 ni al CCEES-22 que considera de aplicación. Dicha propuesta fue aceptada por la mesa de contratación en la citada sesión de 8 de noviembre de 2022.

Finalmente, el 22 de noviembre de 2022, el órgano de contratación dictó resolución en la que acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente. Pues bien, este es el acto que impugna EULEN.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Combate la exclusión de su oferta con base a una pretensión principal y dos subsidiarias, argumentando lo siguiente:

A. Que el órgano de contratación detectó las ofertas anormales aplicando unos parámetros que no están establecidos en el PCAP. En este sentido argumenta, *«en ninguna parte de los Pliegos que rigen la licitación se establecía el método de cálculo de la baja se iba a desglosar el precio eliminando los conceptos de beneficio industrial, gastos generales, costes directos e indirectos, como así ha hecho el órgano de contratación»*. Esta actuación considera que ha supuesto la conculcación del principio *lex contractus* predicables de los pliegos rectores de una licitación.

En este sentido considera que por este motivo la exclusión de su oferta es nula en tanto que el órgano de contratación ha aplicado un parámetro no previsto en el PCAP. Esta se configura como su pretensión principal.

B. Para el supuesto de que la pretensión principal sea desestimada, EULEN argumenta que no procedía la exclusión de su oferta dado que la misma no ha sido objeto de modificación en el documento justificativo de la viabilidad de la proposición. En este sentido argumenta: *«Lo que viene a decir mi representada en la justificación de su oferta es que ese 15% correspondiente a Gastos Generales y Beneficio Industrial es un 1% superior al habitual en las licitaciones, y que ese 1% superior para estos dos conceptos (beneficio industrial y gastos generales) le permitirá cubrir las desviaciones sobre los costes salariales, pero en ningún momento de la justificación indica que vaya a destinar porcentajes distintos a los reflejados en la oferta, manteniendo los mismos porcentajes que los reflejados en la oferta. Todo ello demuestra que mi representada no ha procedido a modificar su oferta, por lo que no ha lugar a su exclusión».*

Por este motivo solicita que se anule la exclusión y que se admita su oferta y se valore.

C. Como último motivo de recurso articulado de forma subsidiaria a los anteriores, argumenta que la exclusión de su oferta ha perdido su finalidad en tanto que la misma se detectó como anormal para el año 2022 y ya en la citada anualidad no se va a ejecutar el contrato. Por este motivo también solicita que se anule la exclusión de su oferta.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al escrito de recurso y solicita su desestimación. En síntesis argumenta lo siguiente:

1. En base al análisis y la argumentación efectuada por el Servicio de Racionalización y Centralización de la Contratación, la Mesa de contratación entendió que las explicaciones y justificaciones aportadas por la recurrente, permiten apreciar que los valores ofertados ponen en riesgo la ejecución de la prestación dado que no se garantiza el cumplimiento de las condiciones establecidas en el convenio colectivo sectorial vigente y que, en consecuencia, las ofertas presentadas a los lotes 1 a 72 del Acuerdo marco no son viables y, en base a ello decide rechazarlas y excluirlas de la clasificación. Rechazo que adopta este órgano de contratación mediante la resolución de 22 de noviembre de 2022, objeto del presente recurso.

2. Entiende que no se ha vulnerado la legalidad vigente en el tratamiento de las ofertas identificadas como anormalmente bajas, habiéndose seguido en todo momento el procedimiento regulado en el artículo 149 de la LCSP, y que se ajusta totalmente a las interpretaciones y posicionamientos de la doctrina emanada de los Tribunales de recursos especiales en materia de contratación, menciona distintas resoluciones dictadas por los órganos de resolución de recursos contractuales, entre ellas, la Resolución 253/2022, de 6 de mayo de este Tribunal.

Con relación al argumento de la recurrente relativo a que su oferta no se encuentra en valores anormales o desproporcionados manifiesta que:

«el precio mínimo por hora para garantizar el cumplimiento de las condiciones salariales del convenio colectivo de aplicación es de 16,38 €, siendo el importe total ofertado por la recurrente de 16,33 € y por lo tanto insuficiente, pero como tanto los porcentajes correspondientes a Seguridad social como los del resto de los conceptos de costes son fijos -recordemos que en el anexo XIII del PCAP relativo a la proposición económica contempla que las personas licitadoras se comprometen a mantener los porcentajes ofertados-, el único concepto que puede verse afectado es el de los costes salariales.

En resumen, y como se ha demostrado en los párrafos anteriores, el PCAP no establece ni una fórmula ni una metodología de cálculo, sino un parámetro en función del cual determinar la posible anormalidad de las ofertas, y lo determinante no es cómo se calcule la misma sino que el cálculo sea coherente, que en este caso se concreta en que las magnitudes a comparar sean homogéneas».

Por otro lado, respecto a la posibilidad de que el beneficio industrial pueda cubrir la insuficiencia de la partida de los costes salariales afirma lo siguiente:

«Pero incluso aceptando la tesis de la recurrente de que existe un margen (en este caso un 1%) con el que se cubren las desviaciones sobre los costes salariales, no se comparte la argumentación expuesta en este fundamento. En efecto, el 1% en cuestión representa una cantidad económica que, inicialmente, esta destinada a cubrir los gastos generales de la empresa y a aportar el margen de beneficio industrial. Si esa cantidad se destina a cubrir las desviaciones sobre los costes salariales, la cantidad destinada a los gastos generales y beneficio industrial debe disminuir en la misma cantidad. Es decir, hay un trasvase de un concepto a otro y si cambia la cantidad, cambian los porcentajes, luego cambia y queda modifica la oferta.
Si por el contrario, como expone la recurrente: "[...] en ningún momento de la justificación indica que vaya a destinar porcentajes distintos a los reflejados en la oferta, manteniendo los mismos porcentajes que los reflejados en la oferta", esto supone que no hay trasvase de los conceptos de gastos generales y beneficio industrial para cubrir las desviaciones salariales, con lo que estas quedarían sin cubrir. En resumen, si hay trasvase de importes de unos conceptos de costes a otros se está modificando la oferta. Si no los hay, las desviaciones salariales quedan sin cubrir. Pero ambas tesis son incompatibles».

En conclusión, solicita la desestimación del recurso.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Habiendo presentado ella misma un recurso especial de contenido similar, solicita que se estime el escrito de impugnación presentado por EULEN.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. En primer lugar se ha de analizar la pretensión principal. En este sentido, la recurrente argumenta que la mesa de contratación calculó las bajas anormales apartándose de lo establecido en el PCAP, al utilizar una metodología que no estaba recogida en el mismo, lo que ha generado indefensión a los licitadores.

Sobre esta cuestión y como antes se ha reproducido el anexo XV del PCAP establece como parámetro para considerar una oferta anormalmente baja el siguiente: *«Cuando de la oferta económica se deduzca que no se*

pueden cubrir en su totalidad los derechos económicos de las personas trabajadoras según los importes establecidos en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad».

En este sentido, se ha de precisar como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones: *(v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero, 251/2018, de 13 de septiembre, y Resolución 188/2020, de 1 de junio) «la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos» .*

Así, se ha de concluir que la redacción del parámetro tal y como queda establecido en el PCAP le confiere un cierto margen de discrecionalidad al órgano de contratación o a la mesa a la hora de aplicarlo ya que no establece una fórmula concreta, esto es un parámetro objetivo en los términos recogidos en el apartado b) del artículo 149.2 de la LCSP.

Sobre lo anterior, el parámetro se encuentra establecido en el Anexo XV del PCAP que pudo ser impugnado y que sin embargo al no ser cuestionado en el momento procedimental oportuno ha devenido firme y ahora hay que estar a su contenido que como decimos deja un cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar los cálculos necesarios para determinar si una oferta puede o no cubrir la totalidad de los derechos económicos de las personas trabajadoras, según el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad.

En este sentido, como indicamos, no cabe apreciar infracción por aplicar una fórmula no prevista en el PCAP, dado que en el mismo no se establece la forma en la que el parámetro se va a aplicar cuestión que queda claramente abierta en el pliego a una concreción en el momento de la detección de las ofertas anormales, apartado que como decimos quedó establecido en el PCAP sin que el mismo se haya impugnado por este motivo. En segundo lugar, la recurrente, en este momento, no cuestiona que la fórmula utilizada no sirva para la finalidad perseguida en el parámetro -detectar ofertas incumplidoras de los derechos económicos de los trabajadores- sino simplemente denuncia que la fórmula no se encuentra recogida en el PCAP, por tanto, dado que la redacción del parámetro permite que la concreta aplicación se determine en un momento posterior, procede la desestimación del pretensión principal.

En cualquier caso, una cuestión es la detección de las ofertas anormales o desproporcionadas a las que se aplican el parámetro anteriormente citado y que en principio no puede cuestionarse ahora, y otra diferente es que una vez detectada la anormalidad de la oferta la misma deba ser justificada por el licitador y analizada por el órgano de contratación que habrá de aceptarla o no en función de si la misma en su conjunto resulta viable, como a continuación procederemos a analizar.

En segundo lugar, y como primera pretensión subsidiaria la recurrente argumenta que su oferta ha sido debidamente justificada y que no se ha modificado al demostrar su viabilidad.

La recurrente alude a la doctrina relativa a que la exclusión de un licitador debido a que su oferta puede resultar anormal o desproporcionada exige una resolución *"reforzada"* que desmonte las justificaciones del licitador, puesto que -según indica- para el órgano de contratación no se trata tanto de una cuestión sujeta a la discrecionalidad técnica, que opera en la apreciación de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor, sino de analizar y, en su caso, refutar de manera razonada la justificación del licitador.

Argumenta la recurrente que el único motivo por el que se considera que su oferta no es viable deriva de que *«se considera que ha procedido a un "ajuste de porcentajes" lo que "supondría una modificación de la oferta, cosa que no es admisible conforme a la doctrina existente." En definitiva, el órgano de contratación considera que en la justificación de la oferta mi representada ha procedido a modificar la misma, razón por la que ha decidido excluirla de procedimiento».*

Efectivamente, se ha de considerar que este es el motivo por el que el Órgano de contratación considera que no se encuentra justificada la viabilidad de la oferta de la recurrente, que en la resolución de exclusión viene a concluir: *«Aunque los porcentajes de gastos generales y beneficio industrial ofertados incluyan márgenes que les permitan cubrir los derechos salariales de las personas trabajadoras, ello supondría tener que reajustar dichos porcentajes, lo que en la práctica supone una modificación de la oferta que en ningún caso puede ser admitida».*

Es decir, el objeto de la controversia se centra en determinar si es posible como manifiesta la recurrente que se utilice el porcentaje del precio ofertado destinado a gastos generales y beneficio industrial para cubrir la desviación de los costes salariales o si como argumenta el órgano de contratación esta compensación supondría modificar los porcentajes fijados inicialmente en la proposición y con ello se modificaría vía justificación de la viabilidad de la oferta la proposición inicial que infringe el principio de invariabilidad de la oferta inicial presentada.

Como punto de partida procede mencionar que el propio artículo 149 de la LCSP, establece que la detección y exclusión de ofertas por ser consideradas anormales o desproporcionadas en el supuesto en el que se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación deberán ser adoptados con base a parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal referidos a la oferta, si bien, considerada en su conjunto.

El órgano de contratación viene a afirmar que en el presente supuesto la detección de la anormalidad en las ofertas no se aplica a la oferta en su conjunto por expresarlo así el anexo XV del PCAP y que ello se desprende de la especialidad de la presente licitación, derivada entre otras cuestiones de ser un acuerdo marco. Sin embargo, una cosa es que el parámetro no contemple la oferta en su conjunto, cuestión analizada anteriormente, y otra cosa distinta es que para la valoración de la viabilidad de la oferta no se tenga en cuenta la proposición en su globalidad. Es decir, parece que se aplica el propio parámetro para la detección de las ofertas anormales para determinar su viabilidad lo que no entendemos correcto.

Por otro lado, no es objeto de controversia los cálculos de los costes salariales realizados por el órgano de contratación. No se cuestiona que para el año 2022, los costes salariales detraídos -los gastos generales y beneficio industrial, los costes indirectos, costes directos de materiales y costes de la seguridad social- ascienden a 9,97 euros/hora y que la oferta de la recurrente asciende en estas mismas condiciones a 9,94 euros/hora motivo por el que la mesa de contratación le solicita que justifique la viabilidad de su oferta.

Pues bien, sobre la obligación de la justificación de la viabilidad de la oferta por parte de los licitadores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, existe abundante doctrina que se centra en analizar diversas cuestiones que han sido objeto de controversia, así procede recordar, como este Tribunal ha indicado en otras ocasiones y otros órganos de resolución del recurso especial, como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) -Resolución 863/2017, de 3 de octubre- que: *«no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el citado bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la*

baja ofertada, de forma que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser, en su caso, más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja. La decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la proposición y a la valoración de las alegaciones del contratista y las concretas circunstancias de la empresa licitadora».

En el presente supuesto, aunque los costes salariales puedan resultar ligeramente inferiores a los establecidos en el convenio colectivo de aplicación para el año 2022, no cabe entender que solo por este motivo la oferta globalmente considerada vaya a incumplirlo. Así en un sentido similar se argumenta en las Resoluciones del TACRC: 1891/2021, de 22 de diciembre, 854/2022 y 855/2022, ambas de 13 julio. Por ejemplo, en la Resolución 1891/2021, se indica: *«Es más, donde si apreciamos una separación respecto del mandato del legislador es en la tesis propugnada por el recurrente quien no considerar económicamente inviable la oferta de SACYR considerada en su conjunto sino exclusivamente algunas de las prestaciones que la componen. Interpretación contraria al artículo 149.2.b) LCSP conforme al cual "Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto»*, en la Resolución 854/2022 se manifiesta: *«Esta cantidad se considera inferior al umbral fijado en el convenio colectivo de aplicación y por tanto se excluye la oferta. Sin embargo, no puede presumirse que vaya a incumplirlo, ni queda acreditado tal incumplimiento, pues cuenta con margen suficiente para ejecutar la prestación por el precio ofertado. No resulta admisible pues en modo alguno se deriva del PCAP y su Anexo I, ni de lo dispuesto a estos efectos en el artículo 149.2 LCSP conforme al cual ha de apreciarse la temeridad de las ofertas, la no consideración de la justificación aportada en base a la globalidad de la oferta a efectos de determinar su viabilidad y el cumplimiento de los convenios colectivos vigentes».* Por su parte en la 855/2022, se indica: *«En su justificación el licitador expresamente manifestaba y cuantificaba en términos económicos la escasa relevancia económica de las diferencias apreciadas respecto de los tres lotes del contrato y los márgenes con lo que cuenta su oferta para cubrir tal desviación».*

Con relación a esta cuestión y sobre la posibilidad de que se pueda existir una compensación entre partidas de una oferta en determinados casos, el TACRC se ha manifestado en diversas ocasiones: Resoluciones 373/2018, de 13 de abril y 398/2019, de 17 de abril, indicando: *«conviene tener presente que la consideración de anormalidad, salvo que los pliegos establezcan otra cosa, debe referirse al conjunto de la oferta económica, no a cada uno de sus componentes, pues no carece de lógica ni es temerario, en principio, hacer una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios a contratar, que se compense con otra más ajustada en las demás prestaciones; no en vano, lo que se pretende es que el órgano de contratación aprecie la viabilidad de ejecución de la oferta como un todo».*

Finalmente, sobre la posibilidad de que la insuficiencia de determinadas partidas puedan ser consideradas válidas si se pueden entender subsumidas dentro de la oferta global o del beneficio industrial se ha pronunciado este Tribunal en diversas Resoluciones (v.g. 110/2019, 11 de abril, 175/2020, de 1 de junio y 104/2021, de 25 de marzo). Así, en la Resolución 104/2021, aludiendo a la doctrina anterior mantenida por este Órgano se manifiesta: *«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 solo significa que este 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 más, esa diferencia no significa que vaya a incumplirse la normativa laboral y convencional, puesto que los precios por hora de trabajo ofertados han de considerarse en el conjunto o globalidad de la oferta y como señala el

TACRC en su Resolución 370/2018, de 13 de abril, el órgano de contratación debe considerarse ajeno a los componentes del coste que los licitadores hayan tomado en consideración para formular sus proposiciones, no careciendo de lógica que pueda hacerse una oferta más baja en una de las prestaciones o servicios del contrato que pueda compensarse con la realizada en otra partida o componente del mismo.
(...)
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 solo 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."».

El órgano de contratación manifiesta que en algunos de estos supuestos la compensación se predica de ofertas que no se encuentran incursas en valores anormales o desproporcionados por lo que no resultaría de aplicación este mecanismo al presente caso. Sin embargo, este Tribunal, reconociendo que por ejemplo en el supuesto analizado en la Resolución citada 104/2021, la oferta no estaba incursa en valores anormales, considera que ello no resulta óbice para que en el supuesto en el que una oferta sí se detecte como tal, dicha compensación pueda operar. En este sentido, la diferencia entre ambos supuestos estriba en la justificación que el licitador deberá aportar, que en la Resolución 104/2021, se llega a la conclusión de que no procede -al no encontrarse en el supuesto del artículo 149 de la LCSP- a diferencia del presente, en el que sí se deberá presentar documentación que permita acreditar la viabilidad de la proposición, siendo posible en determinados supuestos y como a continuación se expondrá la compensación de la insuficiencia de determinadas partidas con el beneficio industrial.

Sobre lo anterior, sí se refieren de forma específica a ofertas detectadas como anormales en el procedimiento de licitación las Resoluciones 460/2022, de 21 de abril y la 901/2022, de 14 de julio, ambas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al indicar la primera (460/2022) que: *«El beneficio previsto para el lote 2 es de 33.268,26 €/año, no constando al Tribunal que los costes omitidos en la justificación sean superiores a esta cifra, por lo que el Recurso 261/2022 debe ser estimado, anulándose la resolución de exclusión de la UTE recurrente, y retrotrayendo el procedimiento para que sea admitida su oferta, por haber justificado suficientemente el bajo precio ofrecido, continuando el procedimiento por sus trámites*» y en la segunda (901/2022) en sentido contrario y diferenciando el supuesto analizado en la 460/2022: *«Pues bien, el extracto de dicha resolución no es aplicable en absoluto al presente contrato porque el supuesto beneficio para Gastos Generales y Beneficio Industrial de GESTIONA asciende a un total de 80.601,58 €, mientras que las partidas que se consideran no justificadas en el Informe de viabilidad suponen un importe total de 171.773,12 €, que es más del doble de ese supuesto "margen bruto" (...), por lo que ese supuesto "margen bruto" es a todas luces insuficiente.».*

Además, existen dos recientes pronunciamientos de este Órgano en los que se llega a concluir que es posible la compensación del insuficiente coste de personal siempre que el mismo quede cubierto con la partida incluida en la oferta correspondiente al beneficio industrial. Así se indica en las Resoluciones de este Tribunal 371/2022, de 6 de julio y 586/2022, de 2 de diciembre. En este sentido se manifiesta en la Resolución 371/2022: *«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».

Por todo lo anterior procede la estimación parcial de este motivo de recurso ya que será el órgano de contratación el que tenga que decidir sobre la viabilidad de la oferta de la recurrente teniendo en cuenta que sí es posible la compensación de la insuficiencia de la partida de gastos de personal con la correspondiente al beneficio industrial sin que ello haya de considerarse necesariamente una modificación de los términos iniciales de la oferta.

Sobre la petición de la recurrente de la admisión de su oferta, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible tomar una decisión sobre su admisión, 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 la mesa o el órgano de contratación, en cumplimiento de la presente resolución, 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 recurrente (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) .

Como última pretensión subsidiaria, la entidad recurrente argumenta que la exclusión de su oferta ha perdido su finalidad puesto que la misma solo era anormal respecto del ejercicio 2022, en el que ya no se va a ejecutar el contrato. Por este motivo solicita la anulación de su exclusión así como la del resto de licitadoras excluidas.

El órgano de contratación sobre esta cuestión manifiesta lo siguiente: *«En consecuencia para la determinación de la anormalidad, la Mesa de contratación en pro de garantizar el principio básico que rige en toda contratación publica, de salvaguardar la mayor concurrencia en el procedimiento, y en cumplimiento del mandato legal establecido por el citado apartado cuarto del artículo 149 de la LCSP así como lo previsto en el mencionado anexo XV del PCAP del acuerdo marco, estimó verificar el cumplimiento de las condiciones exigidas por el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad de 2022, convenio colectivo vigente en el momento de la baremación de las ofertas que contenían la proposición económica, dado que tomar de referencia otros ejercicios no sólo no resultaba de aplicación el convenio colectivo vigente sino que también disminuía la concurrencia en el proceso de licitación que nos ocupa».*

Pues bien, respecto de la solicitud de la recurrente con relación a la anulación de la exclusión del resto de las ofertas cumple mencionar que la recurrente, al esgrimir este motivo, está actuando en defensa de la legalidad pero no ejerciendo un interés legítimo y ello, por cuanto el mismo se circunscribe a su propia exclusión, ya que del resto de las ofertas su estimación no derivaría ninguna ventaja para ella, siendo así que en materia contractual la posibilidad de interponer el recurso especial va ligada al interés legítimo en los términos del artículo 48 de la LCSP, sin que quepa el reconocimiento de una acción popular que habilite para intervenir en cualesquiera cuestiones sin más interés que el meramente abstracto en defensa de la legalidad.

En cualquier caso, procede mencionar que la mesa de contratación aplicó el parámetro para la detección de ofertas anormales o desproporcionadas de acuerdo con el convenio que se encontraba en vigor en el momento en el que analiza las ofertas, por tanto, y teniendo en cuenta el principio de igualdad de trato entre los licitadores que rige en la contratación pública y que se encuentra preconizado en el artículo 1 de la LCSP procede la desestimación de este motivo de recurso al considerar que se aplicaron los mismos parámetros a todos los licitadores y al entender que el hecho de la interposición de un recurso no puede conllevar que a EULEN se le aplique unas normas diferentes a la del resto de licitadores.

OCTAVO. 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 séptimo de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución del órgano de contratación de 22 de noviembre de 2022 de exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a analizar la viabilidad de la oferta de la recurrente teniendo en cuenta que es posible compensar la insuficiencia de los gastos de personal con la partida correspondiente al beneficio industrial, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EULEN SEGURIDAD, S.A.** contra su exclusión en relación con el acuerdo marco denominado "Acuerdo Marco de homologación de servicios integrados para la seguridad interior con destino a inmuebles de la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entidades Instrumentales" (Expte. CONTR 2019/279185), lotes 1 al 72, tramitado por la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, y en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo de esta resolución.

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 16 de diciembre de 2022 , respecto de los lotes 1 al 72.

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.