Recurso 510/2022
Resolución 51/2023
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 **GSI PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD Y SISTEMAS 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: 7, 8, 9, 16,17, 23, 24, 55, 56, 57, 64, 65, 71 y 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 presentada por la entidad GSI PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD Y SISTEMAS 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 14 de diciembre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por GSI PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD Y SISTEMAS S.A. (en adelante GSI 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 9,80 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 GSI para que justifique la viabilidad de su oferta, esta presenta la documentación el 27 de septiembre de 2022. En síntesis y en lo que aquí interesa GSI realizó las siguientes consideraciones en su documento:

> *«La oferta, (algo inferior al importe máximo de licitación anual para el año 2022) se obtiene aplicando los porcentajes de acuerdo a los importes establecidos en el CCEES-22, así como los porcentajes de Gastos Generales y de Beneficio Industrial, si bien es cierto que, a la hora de trascribir el desglose al formato oficial del órgano contratante, existió un error tipográfico de transcripción en el apartado de "beneficio industrial", anotándose el porcentaje de 9,61%(no la cuantía) en lugar del 7,69%,».*

Más adelante indica: *«Se trata, en suma, de un mero error tipográfico en el desglose destinado al apartado del porcentaje del concepto "beneficio industrial", que no afecta, ni modifica la oferta, y que se aclara por medio del presente escrito. A la vista de lo anterior, se comprueba que sí se podrán cubrir en su totalidad los derechos económicos de las personas trabajadoras, puesto que se han previsto los mismos valores que el órgano contratante establece en los Pliegos. En consecuencia, después de aclarar referido error en la transcripción del porcentaje de B.I, es claro que no compromete en absoluto ni la oferta presentada, ni la propia justificación de costes».* Y concluye argumentando que: *«Por tanto, se justifica la viabilidad económica la oferta presentada de forma analítica y coherente. La documentación aporta un análisis detallado suficiente, que justifica la posibilidad del cumplimiento satisfactorio de la oferta económica, habiendo considerado para ello un desglose razonado por conceptos con inclusión de valores, porcentajes e importes, de forma coherente y ajustada.*
A mayor abundamiento, reiteramos que la aclaración presentada no altera, ni corrige ni modifica la oferta, considerando que el precio ofertado por GSI es de 16,70 € / Hora, encontrándose dicha cifra dentro de la normalidad del sector, es más, significamos que de las empresas licitadoras, cuyas ofertas son admitidas, existen ocho(8) de ellas cuyo precio final es inferior al ofertado por GSI».

El 8 de noviembre se emite el correspondiente informe técnico de viabilidad en el que se analiza la documentación justificativa aportada por GSI. En el mismo se indica lo siguiente: *«Sea cual fuere la causa que explica el error, no se comparte con la persona licitadora la afirmación de que el error no afecta ni modifica la oferta pues, si como parece deducirse, se propone que se realicen los cálculos de la obtención del importe límite mínimo a partir de la oferta presentada por aplicación del porcentaje de beneficio industrial que dicen correcto (7,69 %) en lugar del reflejado en la oferta (9,61 %) se estaría modificando el porcentaje consignado en el modelo de proposición económica que es el documento a través del cual la persona licitadora expone las condiciones económicas de su oferta. Es decir, se estaría modificando la oferta, lo que resulta inadmisible en cualquier circunstancia.*
Si por el contrario no se aplica a los cálculos el nuevo porcentaje y se mantiene el de la oferta presentada, no se cumplirían los requisitos salariales del convenio colectivo de aplicación y, en consecuencia, no quedaría justificada la viabilidad económica de la oferta tal como asegura la persona licitadora.». Por otro lado, respecto a la alegación relativa a que hay otras entidades que han ofertado un precio más bajo y que sin embargo no se han considerado anormales argumenta: *«lo que determina el importe final de la oferta es el valor de los porcentajes que se apliquen en concepto de gastos generales, beneficio industrial, costes indirectos y costes directos de materiales, de tal manera que partiendo de un importe común (el importe límite mínimo establecido por el convenio colectivo de aplicación), a mayores porcentajes de dichos conceptos, mayor importe del precio/hora final y, a sensu contrario, a menores porcentajes, menor importe del precio/hora final. Debe tenerse en cuenta, además, que la anormalidad no queda determinada por precios más o menos bajos, sino por la imposibilidad, en función de los datos ofertados, de cubrir los derechos salariales de las personas trabajadoras establecidos en el convenio colectivo de referencia. En consecuencia, ofertas con menor importe ofertado de precio/hora no tienen por que ser identificadas como anormalmente bajas si han establecido unos porcentajes inferiores de los conceptos antedichos, de tal manera que*

al detraer dichos porcentajes del precio/hora final de la oferta, el resultado obtenido como costes de mano de obra cumple con el mínimo establecido en el convenio colectivo de aplicación».

En definitiva, en el informe, básicamente por estos motivos, se llega a la conclusión de que no queda suficientemente justificada la viabilidad de oferta de GSI. 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 GSI.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Combate la exclusión de su oferta con base en los siguientes argumentos.

A. Manifiesta que los importes ofertados sí cubren los derechos salariales del CCEES-2022.

En este sentido, manifiesta que el precio ofertado por GSI se encuentra dentro de la normalidad del sector y que de entre las empresas licitadoras, cuyas ofertas no han quedado incursas en presunción de anormalidad, existen ocho (8) de ellas cuyo precio final es inferior al ofertado por GSI, por lo que, conforme a lo manifestado en las Resoluciones nº 164/2018, 542/2018 y 928/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), y al criterio expuesto en el informe 29/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, la consideración aislada de uno de los precios unitarios ofertados por aquéllas, en relación con los costes salariales derivados de la normativa laboral en vigor, no puede justificar la exclusión de sus ofertas, no incursas en la presunción de anormalidad según las reglas previstas al efecto en el Pliego. Argumenta que el control sobre el cumplimiento del convenio colectivo por parte del órgano de contratación, se deberá trasladar a la fase de ejecución del contrato.

B. Que no existe incongruencia en el valor descrito en la oferta. Argumenta que hubo un error en la transcripción del porcentaje del beneficio industrial, afirma que efectivamente hubo una equivocación al trasladar el porcentaje correspondiente al beneficio industrial del escandallo al modelo de proposición económica.

Manifiesta, que la aplicación por parte del órgano de contratación de los parámetros objetivos para determinar las ofertas anormales ha sido en su caso manifiestamente inadecuada toda vez que no cabe equiparar su caso, en el que comete un error material, al de las ofertas anormales o desproporcionadas.

C. Insiste en que ha cometido un error material en su oferta al consignar el porcentaje de beneficio industrial en el acuerdo marco que no afecta al contenido de la oferta y solicita que se acepte la subsanación que se presentó en la documentación justificativa de la viabilidad de su oferta, aludiendo a diferente doctrina sobre esta cuestión.

En conclusión solicita que se anule el acto impugnado y se retrotraigan las actuaciones a la fase de valoración de ofertas para que se admita la subsanación que presentó y continúe el procedimiento.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

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

A. Con relación a la doctrina del TACRC invocada por la recurrente argumenta que se señala con claridad que una excepción al principio que invoca GSI es, precisamente, el hecho de que las ofertas se hallen incursas en presunción de anormalidad, en cuyo caso sí resultan importantes los costes que propone la persona licitadora para ejecutar la prestación. En aplicación de lo dispuesto en el anexo XV del PCAP en el que se establecen los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, las ofertas de la recurrente han sido identificadas como incursas en presunción de anormalidad y, en consecuencia, los costes que proporciona la misma y el resto de personas licitadoras, entre los que se encuentra el porcentaje de beneficio industrial, son determinantes para ejecutar la prestación.

B. Respecto del alegado error material, argumenta:
- De una parte, que de la lectura de las ofertas económicas no hay ningún indicio de que los datos consignados en ella sean un error, es decir, no hay falta de concordancia entre cantidades expresadas en letras y en números y no hay contradicciones entre cantidades consignadas en dos partes diferentes de la oferta. Por tanto, no hay ningún dato que permita deducir que la voluntad de la recurrente sea diferente de la manifestada en el modelo de proposición económica.
- Por otra parte, sin dudar que ese error haya podido producirse, a su entender se trata bien de un error de cálculo, bien de un error de verificación de datos antes de la presentación definitiva de las ofertas o incluso de ambos. Pero ello no es razón suficiente para admitir las ofertas pues se estaría vulnerando el principio de igualdad de trato a todas las personas licitadoras. Piénsese en el caso de que, por error, una persona licitadora presentara oferta por encima del tipo de licitación. Sin dudar de que el error pueda producirse -nadie licitaría por encima del tipo conscientemente-, ello no habilita para admitir la oferta.

Concluye argumentando lo siguiente:
- No procede la subsanación de las ofertas presentadas ya que la modificación del porcentaje de beneficio industrial, al que alude la recurrente, provocaría una alteración del cálculo de los importes de las ofertas derivando necesariamente a una modificación de las mismas, y en base a ello decidió el órgano de contratación rechazarlas y excluirlas de la clasificación.
- 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.

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 GSI.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Procede ahora entrar a analizar el fondo de la controversia. La entidad GSI en sus tres alegaciones de recurso viene a indicar, en primer lugar, que la mesa de contratación detectó de forma incorrecta la anormalidad de su oferta, que la misma adolece de un error material en el porcentaje fijado respecto del beneficio industrial, que se debió permitir que dicho fallo fuera subsanado y defiende la suficiencia de su oferta, que según manifiesta se encuentra dentro de la normalidad del sector.

En primer lugar se ha de analizar la alegación de GSI en la que afirma que su oferta no se encuentra en valores anormales o desproporcionados y manifiesta que la mesa de contratación no aplicó correctamente el artículo 149 de la LCSP, alude a que el hecho de que su oferta adolezca de un error material no pudo conllevar que la mesa entendiera que su oferta se encontraba en valores anormales.

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 la infracción alegada por la recurrente dado que la mesa utilizó una fórmula a efectos de aplicar el parámetro establecido en el anexo XV del PCAP. La aplicación de la fórmula y su resultado no es cuestionada directamente por la recurrente, esta lo que indica es que su oferta adolecía de un error material. Sin embargo, esta alegación carece de sentido, en tanto que la mesa de contratación desconocía las alegaciones de la recurrente con relación a este error, en el momento en el que aplica el parámetro para determinar las ofertas anormales y no es ya hasta un momento posterior, tras la presentación por parte de GSI de la documentación justificativa de la viabilidad, cuando tiene conocimiento del supuesto error material. Así, queda claro, que la mesa de contratación no actuó incorrectamente por los motivos alegados por la recurrente, y que en principio no comete infracción al solicitarle que justifique la viabilidad de su oferta. Es decir, las alegaciones formuladas no sirven para cuestionar el hecho de que la oferta de GSI se encontraba inicialmente en valores anormales o desproporcionados.

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.

Por tanto, procede la desestimación de esta alegación.

En segundo lugar, la recurrente reitera en su escrito los argumentos incluidos en la documentación justificativa de la viabilidad de su oferta, en este sentido afirma que al completar el apartado 3 de su proposición se equivocó respecto del porcentaje del beneficio industrial «*anotándose el porcentaje de 9,61%(no la cuantía) en lugar del 7,69%,».* Considera que este error es de tipo material y que la mesa de contratación debió aceptar la subsanación presentada y admitir su oferta.

Pues bien este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre los requisitos que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal números 5/2018, de 12 de enero, 95/2018, de 4 de abril, 55/2019, de 27 de febrero, 67/2019, de 14 de marzo y 144/2020, de 1 de junio). En dichas resoluciones se cita la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, del Tribunal Constitucional que se refiere al error material como *«un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente».* Asimismo, se cita la Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), del Tribunal Supremo que establece que *«(…) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación». Debe tratarse de «simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos». Debe apreciarse «teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte el error».*

Aplicando los criterios doctrinales y jurisprudenciales referidos se concluye, sin ningún género de dudas, que no cabe apreciar como error material subsanable la diferencia de porcentajes al que alude la recurrente, del 9,61% establecido en la oferta al 7,69% que la recurrente afirma que debía figurar. Es decir, este Tribunal no encuentra que el error adolecido sea patente ni que se evidencie directamente por si solo, sin necesidad de realizar mayores razonamientos y que se exteriorice por su sola contemplación. Efectivamente, de calificarse este error como material se estaría permitiendo lo que a todas luces supondría una modificación de la oferta inicial, contraria al principio de igualdad de trato en la licitación y que beneficiaría injustamente al licitador poco diligente.

Sobre la posibilidad de subsanar la oferta, este Tribunal ha indicado y otros órganos administrativos (v.g., entre otras muchas, Resoluciones 86/2018, de 27 de marzo y 361/2022, de 6 de julio, de este Tribunal y 532/2016, de 8 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) que habría de negarse, en cualquier caso, a aceptar una eventual solicitud de subsanación de la oferta que permitiese modificar los porcentajes incluidos inicialmente en la proposición. Conforme a dicha doctrina, no existe obligación alguna por parte de la mesa o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la oferta técnica y/o económica, debiendo soportar la entidad licitadora las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta. En este sentido, el permitir que la ahora recurrente, una vez que se conoce el contenido de las proposiciones del resto de licitadoras, pudiese subsanar su oferta en el extremo controvertido supondría aceptar una modificación de la oferta, con clara vulneración del principio de igualdad de trato.

Por lo anterior, procede la desestimación de esta alegación concluyendo que no se puede permitir la modificación de los porcentajes de la oferta dado que ello supondría una modificación de la oferta inicialmente presentada, y en consecuencia, que tampoco cabría admitir solicitud de subsanación en el sentido indicado.

Finalmente, la recurrente viene a argumentar la suficiencia de su oferta. Indica que los costes en que incurra el

licitador para prestar el servicio no deben ser relevantes para la Administración por ser el contrato de servicios una *"obligación de resultados"*. Asimismo, argumenta que en la cláusula 19 del PCAP se establece que los contratistas están obligados al cumplimiento de las disposiciones vigentes en distintas materias -entre ellas la laboral-, que su oferta se encuentra dentro de la normalidad del sector y que el cumplimiento del convenio es una cuestión propia de la ejecución del contrato.

Asimismo, 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.

Pues bien, efectivamente, como hemos venido considerando el órgano de contratación actuó correctamente no admitiendo la modificación en los porcentajes solicitados por la recurrente en tanto que dicha actuación habría permitido a GSI modificar su oferta en un momento posterior al fin del plazo de presentación de proposiciones. Sin embargo, respecto de la viabilidad de la oferta de la recurrente sí debió entrar a analizar si era posible compensar la insuficiencia de los costes de personal con el límite del beneficio industrial fijado en su oferta inicial, con la finalidad de comprobar si, efectivamente, la misma era viable si se consideraba de forma global.

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 9,80 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 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 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 *"viables"* 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 en 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. Asimismo, como se ha indicado, procede manifestar que no cabe atender a la solicitud de cambio de porcentajes realizado por GSI respecto de su oferta inicial por los motivos anteriormente argumentados.

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) .

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 recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GSI PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD Y SISTEMAS 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: 7, 8, 9, 16,17, 23, 24, 55, 56, 57, 64, 65, 71 y 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 séptimo 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.