Recurso 481/2022
Resolución 621/2022
Sección Segunda

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

Sevilla, 21 de diciembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLEANMART, S.L** (en adelante, CLEANMART) contra el acuerdo de adjudicación de fecha 8 de noviembre de 2022 del contrato denominado «Servicio de limpieza de los centros de participación activa para personas mayores dependientes de la Delegación Territorial de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Sevilla» (Expte. SER 03/22/ CONTR 2022 324270) en relación con el lote 3, convocado por la entonces Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Sevilla (actual Delegación Territorial de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad en Sevilla) este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de junio de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, respectivamente, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con esa fecha, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 5.231 855.20 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 disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento correspondiente, mediante Resolución de fecha 8 de noviembre de 2022 de la Delegada territorial en Sevilla de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad de la Junta de Andalucía se adjudicó el lote 3 a la entidad OHL SERVICIOS INGESAN, S.A por un importe de 830.609,33 €) IVA excluido.

SEGUNDO. El 30 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el Registro del Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CLEANMART contra el acuerdo de adjudicación antes citado.

Mediante oficio de fecha 1 de diciembre de 2022, reiterado el día 7 de diciembre de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su

tramitación y resolución, que fue posteriormente remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal con fecha 12 de diciembre de 2022.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido en el plazo conferido las presentadas por FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L (FISSA) y las presentadas por la entidad adjudicataria OHL SERVICIOS- INGESAN, SAU (OHL).

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.

Con carácter previo conviene indicar que, según se desprende de la resolución de adjudicación, la recurrente ostenta el quinto lugar según el orden decreciente de clasificación de las proposiciones presentadas al lote 3. En su recurso denuncia que todas las propuestas económicas que han resultado admitidas -incluida la propuesta que ha resultado adjudicataria- están por debajo del coste de personal por hora que cifra en 13,80 euros/hora, según el cálculo alternativo que efectúa, frente a los 14, 10 euros/hora que ella ha ofertado. Con fundamento en el artículo 149.4 de la LCSP pretende la retroacción de actuaciones para que se proceda al rechazo de todas las ofertas admitidas a la licitación del lote 3, por vulneración de la normativa laboral y por incumplimiento de los convenios sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP, y que se proceda a la adjudicación del contrato a su favor.

Desde la premisa expuesta, y sin perjuicio de lo que se analizará con posterioridad, hemos de reconocer legitimación a la entidad recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de licitadora, puesto que una eventual estimación íntegra de la pretensión ejercitada determinaría la adjudicación a su favor.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

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

QUINTO. Fondo del asunto: sobre las alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal que «*se dicte resolución de anulación de la citada adjudicación del lote 3, se excluyan las propuestas indicadas, con la retroacción de las acciones (sic) hasta la clasificación de las proposiciones admitidas, para proceder a una nueva adjudicación conforme a pliegos y derecho, y continuando el procedimiento de contratación conforme a lo previsto en el PCAP y la LCSP, proponiendo a CLEANMART, S.L como adjudicataria del contrato del lote 3, con todo lo demás que sea procedente en Derecho».*

Fundamenta su pretensión en la insuficiencia de todas las propuestas económicas admitidas, al estar por debajo del coste de personal por hora de 13,80 euros/hora, cifra resultante del cálculo alternativo que efectúa partiendo del coste de personal de 13,04 euros/hora recogido en el pliego de clausulas administrativas particulares (en adelante, PCAP).

Así, reconoce que, para el cálculo del precio/hora recogido en el presupuesto de licitación establecido en el PCAP, se parte del coste de personal según el personal a subrogar, y el convenio colectivo de aplicación. No obstante, considera que deben tenerse en consideración los siguientes extremos que afectan directamente a dicho coste:

1. La aprobación del mecanismo de equidad intergeneracional recogido en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del Sistema público de pensiones, que contempla un incremento de un 0,5% del porcentaje de la Seguridad Social a cargo de la empresa por contingencias comunes, a partir del 1 de enero de 2023, con la consiguiente repercusión en los costes de seguros sociales que pasan del 33,50% al 34% lo que supone un coste de 3,07 euros en lugar de los 3,02 euros indicados en el PCAP.

2. La firma -en el mes de mayo de 2022- del Convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de la limpieza de edificios y locales de Sevilla para los años 2022 y 2023. Al respecto, manifiesta que el 27 de mayo de 2022, la Asociación patronal de empresas de limpieza de Sevilla remitió a la recurrente un correo electrónico en el que adjuntaba la copia del convenio firmado, en el que se recoge una subida del 2,49% sobre el salario base del año 2021 y se aprueba un plus único no consolidable de 180 euros anuales que conlleva un incremento adicional de 1,28% originando un incremento total para el año 2022 del 3,77%. Indica que para el año 2023 el incremento establecido del salario base es del 6% (de los 26,48 euros a los 28,09 euros de salario base mínimo). Concluye que, teniendo en cuenta dicho incremento, en lugar del 0,2% establecido en el PCAP, la repercusión en el coste por hora pasaría de 0,03 euros a 0,74 euros, indicando que con tales porcentajes el coste de personal que sirve de base para el cálculo del coste hora pasaría de 13,04 euros a 13,80 euros, con arreglo al desglose siguiente:

- salario bruto anual de personal……..…….9,02 euros.
- Coste Seguridad social de empresa……..……....3,07 euros.
- Otros costes salariales(vacaciones, absentismo…)….0,97 euros.
- Incremento coste anual medio 5,72%…….0,74 euros.
- Total coste personal……..…....13,80 euros.

Una vez expuesto lo anterior, la recurrente expone que en el orden de clasificación de proposiciones ostenta el 5º lugar con una proposición económica de 871.151, 93 euros, y que, teniendo en consideración el número de horas anuales que le corresponden al lote 3 según el PCAP (30.888 horas) el total de horas por 24 meses ascendería a 61.776 horas, incluyendo el cuadro que reproducimos a continuación con el desglose de las proposiciones económicas de los cinco primeros clasificados con indicación del precio/ hora resultante en función del cálculo de horas totales que se ha efectuado.

CLASIFICACIÓN	*EMPRESA*	*PROPOSICIÓN ECONÓMICA*	*HORAS TOTALES*	*PRECIO/HORA*
1	*OHL SERVICIOS INGESAN, S.A*	*830.690, 33*	*61.776*	*13,45*
2	*AURUN SERVICIOS INTEGRALES, S.A*	*817.700,00*	*61.776*	*13,24*
3	*MONDOLIMP ESPAÑA HIGIENE INTEGRAL, S.L*	*849.659,85*	*61.776*	*13,75*
4	*FISSA FINALIDAD SOCIAL, S.L*	*834.958,19*	*61.776*	*13,52*
5	*CLEANMART, S.L*	*871.151,93*	*61.776*	*14,10*

Del cuadro anterior, la recurrente concluye que las propuestas económicas de las cuatro primeras clasificadas están por debajo del coste de personal/ hora que cifra, como antes se ha indicado, en 13,80 euros, denunciando que ninguna oferta cubriría los costes de personal, y tampoco incluirían ningún otro coste directo como gasto de material y maquinaria ni costes indirectos como gastos de estructura ni beneficio industrial. Asimismo, denuncia la infracción del artículo 33 del Convenio colectivo, referido a la "*Repercusión de precios"* conforme al cual, los aumentos y diferencia de precios por la aplicación de aquel son susceptibles de ser repercutidos en los precios, tanto en los centros privados como en los centros oficiales, considerando que habría que calificar como competencia desleal, a los efectos legales, las ofertas comercializadas por las empresas que sean inferiores a los costes del citado convenio.

Finalmente, considera que las proposiciones económicas de la empresa adjudicataria y de las restantes propuestas clasificadas que le preceden infringen los artículos 149.4 y 201 de la LCSP, dada la acreditada insuficiencia de las mismas para cubrir los costes de personal, procediendo el rechazo por el incumplimiento del convenio colectivo en relación con los costes de personal, y ello a pesar de que reconoce, de manera expresa, que no incurren en anormalidad.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone al mismo y solicita su desestimación, con fundamento en la argumentación que pasamos a exponer a continuación.

Primero, expone que la recurrente plantea una impugnación de los costes de personal establecidos en el PCAP, con ocasión de la adjudicación del contrato, lo que resulta improcedente por no haber impugnado en su día los pliegos que han devenido firmes y consentidos, invocando doctrina de este Tribunal sobre la cuestión de la improcedencia de la impugnación indirecta de los pliegos. Asimismo, critica que la recurrente trate de justificar que las licitadoras mejor clasificadas incumplen unos costes de personal que obedecen exclusivamente a un cálculo alternativo efectuado por la recurrente, que difiere del establecido en los pliegos. El órgano de contratación en el informe, nada dice acerca de la corrección de los precios fijados en los pliegos, respecto del coste de la hora, sino que se limita a señalar que las ofertas de las licitadoras clasificadas cubren los costes de personal previstos en los pliegos, que han devenido firmes y consentidos.

Segundo, se opone al análisis de la viabilidad económica de las ofertas mejor clasificadas, en los términos señalados en el escrito de recurso, ya que, para llevar a cabo las actuaciones previstas en los artículos 149 y 201 de la LCSP, resultaría necesario que dichas proposiciones estuvieran incursas en presunción de anormalidad, según los parámetros objetivos en el Anexo XI del PCAP, lo que no acontece en el caso que nos ocupa. En consecuencia, defiende la improcedencia de la exclusión de las restantes licitadoras, al amparo de estos artículos 149 y 201de la LCSP.

En tercer lugar, alega que no resulta procedente valorar la eventual vulneración por la adjudicataria de la normativa laboral y del convenio sectorial aplicable. Invoca al efecto, la doctrina de este Tribunal contemplada en las Resoluciones 110/2019, 339/2019 y 175/2020, conforme a la cual no 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, adoptar las medidas pertinentes para garantizar tal cumplimiento,de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la LCSP, incluida la imposición de penalidades al contratista.

Finalmente, alega que la pretensión de la recurrente -dirigida a la exclusión de las licitadoras- excede de las funciones propiamente revisoras de ese Tribunal ya que es una actuación que compete exclusivamente al órgano de contratación en el procedimiento de licitación, no siendo admisible tampoco imponer a aquel la propuesta de la recurrente como adjudicataria.

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

En el plazo conferido han presentado alegaciones las entidades FISSA y OHL.

FISSA alega que los cálculos del precio/hora resultantes de las ofertas presentadas por las empresas que la recurrente indica son erróneos por cuanto que no se han tenido en cuenta las horas ofertadas voluntariamente como mejora horaria, de donde obtiene que, si se toman en consideración las horas realmente ofertadas, los resultados serian diferentes y la propia recurrente estaría ofertando un precio/hora por debajo de los 13,80 euros/hora que ella determina como base para el cálculo del coste de personal.

Asimismo, trae a colación el recurso especial en materia de contratación presentado por FISSA en el marco de la presente licitación con motivo de su exclusión en el lote 2 por el motivo de "*no respetar los costes salariales establecidos en el Anexo XXV del PCAP.*", y alega que queda demostrado que FISSA ha ofertado un precio/hora superior al de sus competidores, como también- afirma- ocurre en el lote 2, sin que las ofertas de estos se haya considerado temeraria e incumplidora a pesar de ofrecer precios inferiores, por lo que defiende que no ha lugar a admitir la argumentación de la recurrente, ni la exclusión.

OHL se opone al recurso solicitando la desestimación del mismo con fundamento en la inimpugnabilidad de los pliegos que han devenido firmes, por no haber sido impugnados en plazo por la recurrente, vinculando su contenido tanto al poder adjudicador como a los licitadores.

Por otra parte, alega que el cumplimiento de los costes de personal ha de fiscalizarse en fase de ejecución, y que, al no estar incursa en baja anormal, no procede la exclusión de su oferta. Al respecto, invoca la reciente Resolución 1005/2022 de 2 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que ha declarado que el cumplimiento de las obligaciones salariales consignadas en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación es una cuestión propia de la ejecución del contrato, por lo que el que una empresa oferte un precio inferior al presupuestado por el órgano de contratación no supone que no se retribuya a su personal de acuerdo con la normativa laboral correspondiente.

Solicita además la imposición de multa por mala fe y temeridad, argumentando el carácter infundado del recurso, el historial de la recurrente y la posición que ocupa en el orden de clasificación de las ofertas. Al respecto, invoca la Resolución 728/2015, de 30 de julio de 2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que apreció la concurrencia de mala fe en un supuesto similar e impuso a la recurrente multa.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de los motivos en que se sustenta el recurso. Por ello, y aun cuando la estructura formal de aquel no contempla una diferenciación sistemática de aquellos, consideramos conveniente abordar su análisis de manera separada.

1.- El primer motivo se centra en la insuficiencia de las propuestas económicas que anteceden a la recurrente para cubrir los costes de personal. Al respecto, la recurrente insta formalmente la anulación del acto de adjudicación finalizador del procedimiento de licitación, con relación al lote 3 y la exclusión de las cuatro ofertas que le preceden en el orden de clasificación, mas un examen atento de las razones que esgrime para fundamentar su pretensión conduce a estimar que el recurso constituye, en realidad, una impugnación indirecta de actos anteriores firmes y consentidos, como advierte el órgano de contratación en su informe al recurso. Prueba de ello es que no se ataca intrínsecamente la oferta adjudicataria, ni las restantes ofertas, sino la insuficiencia de aquéllas para cubrir los costes de personal en relación con el cálculo alternativo que la recurrente ha efectuado del importe hora correspondiente al total coste personal, frente al importe del coste hora de personal fijado en el PCAP, y que se determinó conforme a los parámetros que se van a indicar a continuación:

Así, en el apartado segundo del anexo I «*Características del contrato*» del PCAP, y bajo la rúbrica «*Presupuesto base de licitación y precio del contrato*» se establece lo siguiente:

« *Importe total (IVA excluido): 2.378.116 euros.*
Importe del IVA: 499.404, 37 euros.
Importe total (IVA incluido): 2.877.520, 37 euros.
Importe desglosado según lotes en que se divide el contrato:

	PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN (24 MESES) IVA EXCLUIDO	*IVA(21%)*	*PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN (24 MESES) IVA INCLUIDO*
LOTE 1	*760.997,12*	*159.809, 40*	*920.806, 52*
LOTE 2	*642.911,36*	*135.011,39*	*777.922,75*
LOTE 3	*974.207,52*	*204.583,58*	*1.178.791,10*

Valor estimado del contrato: 5.231.855, 20 euros (IVA excluido) según se detalla a continuación:

Presupuesto de licitación……..2.378.116
Prórroga……..2.378.116
Modificación 20%……..475.623,20
Valor Estimado……..5.231.855, 20.

La distribución por lotes de este valor estimado es la siguiente:

	PRESUPUESTO DE LICITACIÓN	*PRÓRROGA*	*MODIFICACIÓN (20%)*	*VALOR ESTIMADO*
LOTE 1	*760.997,12*	*760.997,12*	*152.199, 42*	*1.674.193,66*
LOTE 2	*642.911,36*	*642.911,36*	*128.582,27*	*1.414.404,99*
LOTE 3	*974.207,52*	*974.207,52*	*194.841,51*	*2.143.256,55*

Método de cálculo:

Para determinar el presupuesto base de licitación se ha partido del coste unitario de la hora de servicio calculado en base a los costes laborales del personal a subrogar que se relaciona en el Anexo XXV y de acuerdo con lo establecido para este sector en el Convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de Sevilla (Código de convenio n.º 410017o5011982) para el período 2016-2020, aprobado por Resolución de 26 de octubre de 2016, del Delegado Territorial de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (BOP núm 296 de 23 de diciembre).

En este precio se han incluido los costes directos e indirectos, que se desglosan a continuación:
1-. Costes directos:
- Costes laborales (Salario Bruto anual de personal): 9,02 euros precio/ hora IVA excluido. Calculados en base a los costes salariales del personal a subrogar y según el Convenio colectivo.
- Costes de seguros sociales: 3,02 euros precio/ hora IVA excluido, se ha calculado un importe del 33,5% del coste laboral.
- Otros costes salariales (vacaciones, absentismo….) o,97 euros/hora IVA excluido. Se ha calculado en base al importe que suponen estos gastos en el personal a subrogar y conforme al Convenio Colectivo.

- A los costes laborales anteriores se le ha sumado un incremento por año, tomando como referencia el incremento anual del SBD (Salario Base Diario) que recoge el Convenio para los sucesivos años que regula. El Convenio debió finalizar en 2020, sin embargo se encuentra prorrogado. Se ha previsto un incremento del 0,20%.

- Se ha aplicado también un porcentaje para determinar el coste de los productos de limpieza, otro material fungible a suministrar y de maquinaria u otros medios auxiliares necesarios como andamios o equipos para trabajos verticales, que se ha calculado en un 10% sobre el coste de personal.

2.- Costes indirectos:

- Gastos generales de estructura. En la determinación del presupuesto de licitación se incluyen también los costes indirectos de contrato como los gastos generales de estructura (costes generales de la empresa, gastos administrativos y de gestión, otros gastos derivados de las obligaciones del contrato….) estimándose que suponen un gasto de cuantía equivalente al 4% del total de los costes salariales.

- Beneficio industrial: 6%

CONCEPTO	*IMPORTE HORA*
Salario bruto anual	*9,02*
Coste seguridad social de empresa	*3,02*
Otros costes salariales (vacaciones, absentismo...)	*0,97*
Incremento coste anual	*0,03*
Total coste personal	*13,04*
Coste de material y maquinaria/ medios auxiliares (10% de los costes de personal)	*1,30*
TOTAL COSTES DIRECTOS	*14,34*
Gastos generales de estructura 4% coste de personal (costes generales de la empresa)	*0,57*
Beneficio industrial 6% coste de personal	*0,86*
TOTAL COSTES INDIRECTOS	*1,43*
TOTAL COSTES (IVA EXCLUIDO)	*15,77*
Importe IVA 21%	*3,31*
PRESUPUESTO BASE (IVA INCLUIDO)	*19,09*

Para calcular el importe del contrato se ha tomado como referencia el número de horas de servicio a prestar por el precio hora obtenido según el siguiente cuadro:

(...)»

De la clausula transcrita se infiere que en la presente contratación, el sistema de determinación del precio no se establece por precios unitarios sino por el presupuesto base de licitación fijado en el apartado 2 del anexo I para cada uno de los lotes, fijándose en concreto, para el lote 3 un presupuesto base de licitación de 974.207,52. Por otra parte, si acudimos al modelo de proposición económica establecido en el anexo IX del PCAP observamos que se establece la previsión de una cantidad a tanto alzado, sin referencia alguna a precios unitarios.

La fijación del precio/hora del coste de personal responde a la forma de determinación del cálculo del presupuesto base de licitación, en aplicación de lo establecido en los artículos 100.2 y 101. 2 de la LCSP, como en el propio pliego se indica. Por lo que respecta a la justificación del precio unitario del coste hora de personal que se fija en el PCAP, la memoria justificativa, obrante en el expediente remitido, Documento n.º 3 indica lo siguiente:

«Para determinar el presupuesto base de la licitación se ha partido del coste unitario de la hora de servicio calculado en base a los costes laborales del personal a subrogar que se relaciona en el PCAP y de acuerdo con lo establecido para este sector en el Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de Sevilla (Código de convenio nº41001705011982) para el periodo 2016-2020, aprobado por Resolución de 26 de octubre de 2016, del Delegado Territorial de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (BOP núm 296 de 23 de diciembre), que se encuentra prorrogado».

Expuesto lo anterior, este Tribunal aprecia que el recurso pretende justificar la inviabilidad o insuficiencia económica de las propuestas admitidas con referencia al cálculo alternativo del coste hora del personal que ha

efectuado frente al coste hora del personal fijado en el pliego. En concreto, la recurrente realiza una operación numérica para multiplicar por dos el número de horas anuales que corresponden al lote 3 -según lo establecido en el apartado 2 del anexo I del PCAP (30.888)- de donde resulta la cantidad de 61.776 horas a multiplicar por los 24 meses y, a continuación, extrae de la cantidad ofertada por cada licitador el importe del precio hora resultante, inferior en todos los casos, al importe de 13,80 euros, a excepción de su oferta.

Ello revela que la finalidad subyacente en el recurso es la impugnación de la previsión del pliego relativa a la fijación del coste de personal por importe de 13,04 indicado en aquel, al considerar que debería ser un importe de 13, 80 euros, y que fundamenta en los siguientes argumentos:

a) Por un lado, la necesidad de reflejar en el coste de personal un incremento en un 0,5% del porcentaje de la Seguridad Social a cargo de la empresa por contingencias comunes, con la consiguiente repercusión en los costes de seguros sociales que pasan del 33,50% al 34% lo que supone un coste de 3,07 euros en lugar de los 3,02 euros indicados en el PCAP, debido a la aprobación del mecanismo de equidad intergeneracional recogido en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del Sistema público de pensiones.

b) Por otro, la firma en el mes de mayo de 2022 del Convenio colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de la limpieza de edificios y locales de Sevilla para los años 2022 y 2023, en el que se recoge una subida del 2,49% sobre el salario base del año 2021 y se aprueba un plus único no consolidable de 180 euros anuales que conlleva un incremento adicional de 1,28% originando un incremento total para el año 2022 del 3,77%, y para el año 2023- siendo el incremento establecido del salario base del 6% (de los 26,48 euros a los 28,09 euros de salario base mínimo) en lugar del 0,2% establecido en el PCAP- la repercusión en el coste por hora pasaría de 0,03 euros a 0,74 euros.

Pues bien, asiste la razón al órgano de contratación cuando pone de manifiesto que la recurrente parte de unos costes de personal que se apartan de los previstos en el PCAP y que dicho pliego quedó consentido y firme en todos sus términos al no haber sido recurrido en tiempo y forma por la recurrente ni por ningún otro licitador, resultando improcedente que tome como referencia un coste de personal superior para tratar de justificar que las licitadoras mejor clasificadas incumplen los costes de personal y el convenio de aplicación.

No se aprecia a lo largo de todo el recurso invocación de infracción legal alguna que afecte al acto de adjudicación impugnado más que la invocación genérica a la inviabilidad de acometer la correcta ejecución del contrato por el incumplimiento del convenio colectivo que denuncia.

Los hechos y argumentaciones expuestas conducen a la desestimación del motivo que analizamos, y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, este Tribunal advierte que, en efecto, la recurrente, con ocasión de un recurso formalmente interpuesto contra la adjudicación del contrato, está ejercitando una impugnación indirecta de los pliegos y otros actos preparatorios del expediente de contratación, sin combatir sustantivamente la adjudicación. Al respecto, merece reseñar que la recurrente basa precisamente la insuficiencia del coste de hora de personal de 13,04 euros previsto en los pliegos en dos extremos que eran de conocimiento de la recurrente en el momento anterior a la publicación de la licitación (junio de 2022) y obvia que podría haber impugnado los pliegos, por el motivo alegado, con fundamento en el conocimiento de los datos que aporta en el recurso.

Conviene señalar que la figura del recurso especial en materia de contratación tiene como finalidad corregir infracciones de los poderes adjudicadores en un momento de la licitación en que todavía es posible su corrección. Así las cosas, la recurrente, pudo accionar contra los pliegos y el resto de documentos contractuales de esta licitación si es que realmente las condiciones plasmadas en los mismos, y en concreto, el precio/ hora fijado en 13,04 euros según el pliego, resultaba inferior al que debía establecerse en función de los argumentos esgrimidos.

Existe una consolidada doctrina a propósito del recurso indirecto contra los pliegos con motivo de la impugnación de un acto posterior del procedimiento de adjudicación. Así, en nuestra Resolución 194/2019, de 19 de junio -reiterada en otras posteriores como la 104/2021, de 25 de marzo- señalábamos lo siguiente:

> *«Conforme a la doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 150/2018, de 23 de mayo, 34/2019, de 14 de febrero y 134/2019, de 26 de abril, entre otras), la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda" y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos que califican el contrato como concesión de servicios.*
>
> *La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente, en la fase de valoración de las ofertas tratándose de los criterios de adjudicación- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego o del criterio en cuestión en la medida que propician una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.*
>
> *En este sentido, este es el criterio que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.*
>
> *Por el contrario, si se admitiera el recurso, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación. En este sentido, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), en la que se indica que puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que se consientan una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicatario, se impugne la adjudicación argumentando cuestiones relativas a la configuración de los pliegos, concluyendo el Alto Tribunal que toda toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.*

Por lo demás, este es el criterio sostenido por otros órganos de resolución de recursos contractuales (...)»

Con base en las consideraciones realizadas, no cabe acoger la pretensión de anulación del acto de adjudicación basada exclusivamente en los supuestos errores de cálculo de los pliegos, al fijar el coste de personal, ya que la recurrente, que podría haber detectado perfectamente aquel, debió ejercer su derecho a recurrir el contenido de aquellos en un momento procedimental anterior, que inevitablemente ya ha precluido por las razones expuestas.

Conforme al artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, el recurso especial se configura como mecanismo ágil y eficaz que posibilita la corrección de infracciones en las decisiones de los poderes adjudicadores, pero no tiene una finalidad preventiva de futuros incumplimientos contractuales. Los pliegos de esta licitación son actos firmes que la recurrente no impugnó, sin que pueda suplir esta inactividad procesal con el posterior recurso contra la adjudicación, proyectando sobre este acto dudas e incertidumbres que no tienen su fundamento en defectos o irregularidades de la oferta adjudicataria, ni de las restantes ofertas que, resultando admitidas, no han resultado adjudicatarias, por otro lado.

2. El segundo motivo se centra en el eventual incumplimiento por las ofertas mejor clasificadas de la normativa laboral, y la consecuente infracción de los artículos 149.4 y 201 de la LCSP.

Como ya expusimos con anterioridad, la recurrente invoca el artículo 33 del convenio colectivo de aplicación -que califica de competencia desleal las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes establecidos en el convenio- y concluye que, en el caso que examinamos, deben ser rechazadas las ofertas por ser anormalmente bajas por incumplir la normativa sobre subcontratación o por incumplir las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.

Frente a ello, el órgano de contratación defiende la adjudicación y la viabilidad de las ofertas, en concreto, la de la adjudicataria, oponiéndose a la exclusión argumentando, en primer lugar, que las ofertas cubren los costes de personal previstos en los pliegos, y en segundo lugar, que, para que procediera la exclusión, sería necesario, en todo caso, que la oferta fuese inviable económicamente por ser anormalmente baja, con arreglo a los parámetros objetivos establecidos en el Anexo XI del PCAP. El informe pone de manifiesto que la propia recurrente reconoce, de manera expresa, que incluso con sus cálculos, las ofertas de las licitadoras mejor clasificadas no incurrirían en anormalidad. En el mismo sentido, la entidad adjudicataria alega que el cumplimiento de los costes de personal ha de fiscalizarse en fase de ejecución, y que, al no estar incursa en baja anormal, no procede la exclusión de su oferta.

Pus bien, si acudimos a lo previsto en el PCAP regulador de la presente contratación, comprobamos que en el Anexo XI se establecen los parámetros para apreciar la anormalidad con el siguiente contenido: *«Los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que una oferta se considera anormalmente baja, serán los siguientes:*
1. Cuando concurriendo un solo licitador, sea inferior a presupuesto base de licitación, en mas de 25 unidades porcentuales.
2. Cuando concurran dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
3. Cuando concurran tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de diez unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva medida se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía».

Según se desprende de la resolución de adjudicación, obrante en el expediente remitido (Documento n.º 20) en el acta de la sesión de la mesa de contratación de fecha 27 de junio de 2022 se constató que, aplicando los parámetros objetivos en función de los cuales se aprecia que una oferta pueda ser considerada anormalmente baja (Anexo XI del PCAP), en los lotes 1 y 3 -que es el que nos ocupa- ninguna proposición incluye valores anormalmente bajos. De ahí que sea un dato incontrovertido que las ofertas mejor clasificadas no se encuentran en presunción de anormalidad, según los parámetros objetivos fijados en el pliego.

Este Tribunal comparte las alegaciones efectuadas por el órgano de contratación y por la entidad adjudicataria a este motivo del recurso, relativas a que, en cualquier caso, la premisa de la que hemos de partir, para el enjuiciamiento de la cuestión que nos ocupa, es que la ofertas mejor clasificadas no se encuentran incursas en presunción de anormalidad, no resultando aplicable lo dispuesto en los artículos 149 y 201 de la LCSP ya que estos artículos sólo operan cuando concurre dicha presunción de anormalidad.

En este sentido, conviene traer a colación la doctrina de este Tribunal (v.g Resolución 175/2020 y Resolución 928/2020). Así, en la Resolución 175/2020, de 1 de junio, nos pronunciábamos en los siguientes términos:

> *«Una controversia similar a la aquí suscitada fue abordada en nuestra Resolución 110/2019, de 11 de abril, donde indicábamos que:*
>
> "(…) *hemos de partir de la premisa de que el deber de cumplimiento de los convenios colectivos aplicables y de las obligaciones laborales y sociales de todo orden impregna el contenido y espíritu de la nueva LCSP en las distintas fases de los contratos públicos, tanto durante la elaboración de sus bases como en el procedimiento de adjudicación y posterior ejecución de los mismos. Muestra de ello son los múltiples preceptos legales que se ocupan de la materia y no solo los artículos 129, 149 y 201 de la LCSP invocados por la recurrente, puesto que el mandato legal se extiende a todas las partes intervinientes en el proceso, incluido obviamente el órgano de contratación, que ha de tener en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación a la hora de determinar el presupuesto base de licitación y el valor estimado de los contratos (artículos 100, 101 y 102 de la LCSP).*
>
> *Ahora bien, partiendo de la anterior premisa, no debe olvidarse que, en el actual marco legal, el eventual rechazo de una oferta económica durante la licitación debe responder a alguna de las causas previstas en el artículo 84 del RGLCAP (falta de concordancia con la documentación examinada y admitida, superar el presupuesto base de licitación, variar sustancialmente el modelo establecido, comportar error manifiesto en el importe de la proposición o existir reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable) o ser la consecuencia de una falta de viabilidad tras su previa identificación como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP (véase el artículo 149 de la LCSP). Como señala la Resolución 373/2018, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), "la justificación de la oferta y su eventual rechazo solo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP. Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros. Solo en caso afirmativo resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas en el recurso: si la oferta de CLECE está por debajo del convenio colectivo sectorial y si la norma de aplicación sobre el acto de adjudicación impugnado debe ser la LCSP".*

En parecidos términos se pronuncia la reciente Resolución del mismo Tribunal 353/2019, de 15 de marzo, al abordar si la organización del personal propuesto por la adjudicataria se ajustaba a la realidad y esta podía cumplir con la obligación de mantenimiento de condiciones laborales durante la vigencia del contrato, extremos negados por la entidad recurrente. La citada resolución señala que "En el presente caso, el órgano de contratación ha efectuado la propuesta de adjudicación a favor de AKA ESTUDIO CREATIVO S.L., por ser la oferta económica con la mejor relación calidad-precio (de acuerdo con la puntuación obtenida), y no estar incursa en baja anormal o desproporcionada, de acuerdo con el criterio fijado en el PCAP.

(...) los datos ofrecidos por la recurrente no son suficientes per se para deducir que la empresa adjudicataria incumple la normativa laboral y de Seguridad Social, sin perjuicio, claro está, de las medidas que pueda adoptar el órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LCSP, para garantizar el respeto de tal normativa por parte del adjudicatario"

En el supuesto aquí analizado, ya hemos indicado que la oferta de HERMANOS DOMÍNGUEZ no estaba incursa en presunción de anormalidad con arreglo a los parámetros establecidos en el pliego, razón por la que no puede plantearse su rechazo sin más por las razones invocadas por la recurrente.

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.

Asimismo, en el caso enjuiciado, además del dato de que la oferta adjudicataria no está incursa en presunción de anormalidad y que los distintos precios ofertados han de considerarse en el conjunto de aquella proposición, se da la circunstancia de que HERMANOS DOMÍNGUEZ, a requerimiento del órgano de contratación, manifestó con carácter previo a la adjudicación que cumplía con las obligaciones en materia social y laboral del convenio colectivo y, que su oferta de horas de trabajo resultaba inferior al coste medio de los distintos perfiles de operarios que intervendrán en la ejecución porque la empresa está en la actualidad sobredimensionada, existiendo horas improductivas que se minimizarán con los trabajos realizados en virtud del contrato.

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".

En el supuesto aquí enjuiciado, la resolución de adjudicación impugnada indica, como antes hemos expuesto que ninguna de las ofertas de los licitadores se encuentra dentro de los parámetros objetivos establecidos en el Anexo XI del PCAP para considerarlas como ofertas anormalmente bajas". Asimismo, la recurrente no denuncia que la oferta adjudicataria ni la de las restantes licitadoras cuya exclusión promueve, estuvieran incursas en presunción de anormalidad con arreglo a los parámetros del Anexo XI PCAP; lo que señala es que han de rechazarse por incumplir el coste hora de personal alternativo frente al fijado en unos pliegos que no fueron impugnados en el momento procedimental oportuno.

Así las cosas, no resultando controvertido por las partes el hecho de que la proposición de la adjudicataria y de las tres restantes no estaban en presunción de anormalidad, no cabe sostener su rechazo apriorístico por incumplimiento de costes laborales, en aplicación del convenio colectivo. El artículo 149 de la LCSP dispone que *"En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201".* Pero, obviamente, como ya señalamos en nuestra resolución 59/2019, de 7 de marzo, el precepto recoge tal postulado para los casos en que, tras el procedimiento contradictorio regulado en el mismo, en orden a la justificación de la viabilidad de una oferta presuntamente anormal, se comprueba un incumplimiento de aquella normativa; y como hemos dicho, no es lo que acontece en el caso presente donde ni la adjudicataria ni el resto de las licitadoras han tenido que someterse a procedimiento alguno de justificación de viabilidad de su oferta, al no considerarse esta presumiblemente anormal con arreglo a los parámetros del PCAP.

En este sentido, apreciamos que el recurso se interpone con un claro contenido preventivo, ante la alegación de un eventual incumplimiento de las obligaciones aplicables en materia laboral, y en concreto, por la infracción del artículo 201 de la LCSP conforme al cual los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que los candidatos y licitadores cumplen con las obligaciones establecidas en la ejecución de los contratos así como durante el procedimiento de licitación.

No concurre, por tanto, causa de rechazo de las ofertas conforme al artículo 149 de la LCSP ni al artículo 84 del RGLCAP, no siendo posible aventurar con base en la impugnación realizada, un incumplimiento futuro de obligaciones laborales y sociales por parte de la adjudicataria, 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. Por consiguiente, el recurso debe desestimarse.

Por último y en cuanto a la alegación planteada por la entidad FISSA, mediante la que propone, en última instancia una nueva fijación del precio/hora resultante de cada una de las ofertas, basándose en el error en el cálculo efectuado que imputa a la recurrente, y alegando que su oferta es superior a la del resto de licitadores, trayendo a colación incluso el recurso promovido contra su exclusión del lote dos de la misma licitación, debe manifestarse que tal pretensión excede del ámbito propio de las alegaciones. En tal sentido ha de señalarse que en el trámite de alegaciones en el recurso especial solo cabe la oposición al mismo, no siendo una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 68/2022, de 28 de enero, 381/2019, de 14 de noviembre, 6/2018, de

12 de enero y 108/2018, de 17 de abril, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual).

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLEANMART, S.L** contra el acuerdo de adjudicación de fecha 8 de noviembre de 2022 del contrato denominado «Servicio de limpieza de los centros de participación activa para personas mayores dependientes de la Delegación Territorial de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Sevilla» (Expte. SER 03/22/ CONTR 2022 324270) en relación con el lote 3, convocado por la entonces Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Sevilla (actual Delegación Territorial de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad en Sevilla)

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

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.