Recurso 149/2023
Resolución 190/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 31 de marzo de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VALLE PESQUERA CONSULTORES S.L.** (en adelante la recurrente) contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de gestoría laboral y fiscal a efectos de la elaboración de las nóminas municipales, los seguros sociales y otra documentación» (Expte. 3310/2021), convocado por el Ayuntamiento de Cártama (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de octubre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 26 de octubre de 2021 y los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 24 de octubre de 2021.

El 12 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ahora recurrente contra los pliegos, que fue tramitado con el número 523/2021. Dicho recurso fue estimado parcialmente mediante Resolución 107/2022, de 11 de febrero, de este Tribunal.

El 21 de junio de 2022 se publicó en el citado perfil de contratante la rectificación del mencionado anuncio de licitación y el 24 de junio de 2022 en el DOUE. Los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 23 de junio de 2022.

Con fecha 12 de julio de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto de nuevo por la entidad ahora recurrente contra los pliegos publicados el 23 de junio de 2022, que había sido presentado el 11 de julio de 2022 en el servicio de correos y comunicado por correo electrónico a este Tribunal en idéntica fecha, que fue tramitado con el número 278/2022. Dicho recurso fue de nuevo estimado parcialmente mediante Resolución 407/2022, de 28 de julio, de este Tribunal.

El órgano de contratación, el 24 de octubre de 2022, volvió a publicar en el citado perfil de contratante la rectificación del mencionado anuncio de licitación, así como los pliegos corregidos. Asimismo, la rectificación de dicho anuncio de licitación fue remitido al DOUE el mismo 24 de octubre de 2022, sin que conste su publicación en el mencionado perfil de contratante.

El 16 de noviembre de 2022, tuvo entrada de nuevo en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la misma entidad ahora recurrente contra los terceros pliegos, publicados el 24 de octubre de 2022, que había sido presentado el 14 de noviembre de 2022 en el servicio de correos, que fue tramitado con el número 446/2022. Dicho recurso fue de nuevo estimado parcialmente mediante Resolución 611/2022, de 16 de diciembre, de este Tribunal.

Con fecha 2 de marzo de 2023 se publicó en el tantas veces citado perfil de contratante nueva rectificación del anuncio de licitación, sin que conste en dicho perfil ni el envío ni su publicación en el DOUE. Los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el mencionado perfil de contratante el mismo día 2 de marzo de 2023.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 28 de marzo de 2023, tuvo entrada de nuevo en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la misma entidad ahora recurrente contra los cuartos pliegos, publicados el 2 de marzo de 2023, que había sido presentado el 22 de marzo de 2022 en el servicio de correos, y comunicada dicho día su presentación a este Tribunal, que ha sido tramitado con el número 149/2023.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 23 de marzo de 2023 se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 28 de marzo de 2023.

Entre la documentación remitida por el Ayuntamiento de Cártama con el expediente de contratación, consta resolución de 27 de marzo de 2023 del órgano de contratación en la que se acuerda la suspensión del procedimiento de adjudicación que se examina. Asimismo, entre dicha documentación, figura relación de entidades licitadoras que han presentado oferta, pudiéndose constatar que a la licitación promovida mediante anuncio publicado en el perfil de contratante el 2 de marzo de 2023 no se han presentado ofertas.

No procede la concesión de alegaciones al recurso interpuesto, dado que como se ha expuesto no consta que se haya formulado oferta a la presente licitación promovida mediante anuncio publicado en el perfil de contratante el 2 de marzo de 2023.

Asimismo este Tribunal no se ha pronunciado sobre la solicitud de medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación formulada por la recurrente, dada la prontitud en la resolución del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Cártama no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación. En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.»*.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente denunciando determinados aspectos relativos al presupuesto base de licitación y al valor estimado del contrato, ponen de manifiesto que los pliegos restringen o dificultan sus posibilidades de acceder a la licitación en condiciones de igualdad, por lo que queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

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

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que consta en el procedimiento de recurso, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante el 2 de marzo de 2023. Al respecto, el recurso fue presentado el 22 de marzo de 2023 en el servicio de correos y comunicada dicho día su presentación a este Tribunal, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 51.3 de la LCSP, ha de computarse como plazo de presentación dicho día 22 de marzo de 2023, por lo que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de la recurrente y del órgano de contratación.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando de este Tribunal que, con estimación del mismo, se proceda a su anulación conforme a lo expuesto en el cuerpo del recurso.

La recurrente basa su pretensión en cinco argumentos en relación con el presupuesto base de licitación y con el valor estimado del contrato: i) plus de transporte por concepto no salarial según convenio de aplicación; ii) inaplicación del Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija con carácter retroactivo a 1 de enero de 2023 el salario mínimo interprofesional para el año 2023; iii) falta de inclusión de la cotización adicional establecida del 0,5 puntos porcentuales aplicables desde 1 de enero de 2023 y durante toda la vigencia del contrato; iv) error de cálculo en los costes directos e indirectos; y v) subsidiariamente error en el cálculo de beneficio industrial y en el presupuesto base de licitación.

1.1. Sobre el plus de transporte por concepto no salarial según convenio de aplicación.

Indica la recurrente que aplicando los artículos 25 y 30 del Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de la provincia de Málaga (Boletín Oficial de la Provincia núm 175, de 14 de septiembre de 2016) para las categorías de auxiliar administrativo y titulado superior, se constata que el plus de transporte tiene carácter de no salarial y su cuantía para el año actual es de 1.327,63 euros. Acto seguido concluye la recurrente señalando que *«Esta exclusión de los 1.327,63 euros de plus de transporte es de remarcada importancia puesto que, como se indicará en el motivo de impugnación siguiente, la exclusión hace que el salario de los auxiliares administrativos indicados en el pliego quede por debajo del mínimo legal establecido por el Gobierno como SMI y, por ende, estando incorrecta y infracalculado.»*.

1.2. Sobre la inaplicación del Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija con carácter retroactivo a 1 de enero de 2023 el salario mínimo interprofesional para el año 2023.

Afirma el recurso que en este punto y en relación con el anterior, la corporación no ha tenido en cuenta el Real Decreto 99/2023, de 14 de Febrero, por el que se ha fijado con carácter retroactivo a 1 de enero de 2023 el salario mínimo interprofesional (SMI) de 1.080 euros por 14 pagas, sumando una cantidad de 15.120 euros anuales, importe que ha quedado por encima de lo aplicado en convenio colectivo para la categoría del auxiliar. En este sentido, manifiesta que teniendo en cuenta las cantidades vigentes en cada momento, la subida de los salarios deberá ser automática para aquellas personas trabajadoras que perciban cantidades inferiores a los 15.120 euros brutos al año por un jornada completa (artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores), por lo que se llega a la conclusión que el importe mínimo en concepto de salario de los auxiliares administrativos adscritos al contrato deberá ser de 15.120 euros anuales, sin contar los conceptos extrasalariales o indemnizatorios.

Concluye la recurrente afirmando que la suma del SMI y el plus de transporte asciende a la cuantía *«de 16.447,63 euros para la categoría de Auxiliar Administrativo, por lo que resulta manifiestamente inferior a la recogida en el Pliego»*.

1.3. Sobre la falta de inclusión de la cotización adicional establecida de 0,5 puntos porcentuales aplicables desde 1 de enero de 2023 y durante toda la vigencia del contrato.

Señala la recurrente que al inicio de este año 2023 se ha incrementado el tipo de cotización en 0,5 puntos porcentuales aplicables desde el 1 de enero de 2023, perteneciente a la base de cotización por contingencias

comunes a cargo de la empresa en todas las situaciones de alta o asimiladas a la de alta en el sistema de la Seguridad Social en las que exista obligación de cotizar para la cobertura de la pensión de jubilación, conforme a lo dispuesto en la disposición final cuarta de la Ley 21/2021, de 28 de Diciembre, correspondiente al denominado mecanismo de equidad intergeneracional. Asimismo, indica que se han desarrollado las previsiones legales en materia de cotizaciones sociales para el ejercicio 2023 en los tipos de cotización mediante la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la seguridad social, desempleo, protección por cese de actividad, fondo de garantía salarial y formación profesional para el mismo ejercicio.

En este sentido, afirma que conforme a dichas normas y según lo articulado para el mecanismo de equidad intergeneracional, se aplicará el 0,6% sobre la base por contingencias comunes (0,5% a cargo de la empresa y el 0,1% a cargo de la persona trabajadora), lo que supone que el tipo de cotización deba pasar del 31,95% al 32,45%, sin que ello se haya recogido en los pliegos.

1.4. Sobre el error de cálculo en los costes directos e indirectos.

Se indica en el recurso que por los motivos expuestos en los tres apartados anteriores, los costes directos previstos en los pliegos son incorrectos, así como todos los demás cálculos de los costes del pliego puesto que son meras aplicaciones de porcentajes sobre los costes directos.

1.5. Subsidiariamente sobre el error en el cálculo de beneficio industrial y en el presupuesto base de licitación.

Se afirma en el recurso que *«Igualmente y con independencia de todo lo anterior, incluso considerando que fueran correctos los cálculos de costes directos realizados por el órgano de contratación, se observa con la mera realización de formulas aritméticas que existe un error en los cálculos de los costes indirectos y del beneficio industrial ya que no se aplican correctamente los porcentajes que el propio pliego dice aplicar.»*.

Señala la recurrente que el pliego a los costes directos (49.096,56 euros), le aplica un 16% de costes indirectos lo que supone un total de 7.855,45 euros, la misma cantidad que se indica en el citado pliego. No obstante, afirma que ello no así respecto al beneficio industrial, que el pliego indica que será el 6% de la suma de los costes, esto es de los costes directos e indirectos, por lo que al aplicar dicho porcentaje ha de resultar una cuantía de 3.417,12 euros. Sin embargo, de manera inexplicable y debido a un error aritmético, el pliego establece un beneficio industrial de únicamente 2.945,79 euros, es decir, casi 500 euros menos.

Al respecto, concluye el recurso indicando que incluso sin tener en cuenta la subida de cotizaciones y del SMI, el pliego incurre en un error aritmético de cálculo en el beneficio industrial que hace que el contrato esté incorrectamente valorado.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

2.1. Sobre la inaplicación del Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero.

Señala el informe al recurso, respecto de los motivos 1 y 2 del escrito de interposición, que dado que a la fecha de aprobación de los pliegos (el 2 de marzo de 2023) ya se había publicado y entrado en vigor el citado Real Decreto, debieron redactarse nuevos pliegos actualizados a los nuevos salarios. En este sentido, indica que la retribución total anual de la persona auxiliar administrativa debió ser de un total anual de 16.447,63 euros (15.120,00 por salario bruto y 1.327,63 por el plus de transporte), siendo por tanto la retribución anual correspondiente al 75%

de la jornada estimada necesaria para la ejecución del presente contrato de 12.335,72 euros y no de 11.546,31 euros como fija el anexo del pliego de prescripciones técnicas (PPT).

2.2. Sobre la falta de inclusión de la cotización adicional establecida en 0,5 puntos por contingencias comunes a cargo de la empresa por la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero.

Afirma el informe al recurso que al igual que en el supuesto anterior, no se ha tenido en cuenta dicha cotización adicional al haberse redactado el PPT de forma previa a dicha Orden Ministerial, por lo que los costes de seguridad social a cargo de la empresa debieron tener en cuenta este 0,5 porcentual adicional a la hora de determinar los mismos tanto en relación a la persona auxiliar administrativa como a la titulada superior, pasando a ser la cotización por contingencias comunes de 24,10% de la base en vez de el 23,60 establecido en el PPT.

2.3. Sobre el error en el cálculo del beneficio industrial.

Indica el órgano de contratación en el informe al recurso que, al contrario que en los argumentos anteriores, en esta cuestión la recurrente no está en lo cierto pues el beneficio industrial, al igual que en las anteriores licitaciones corresponde al 6% de los costes directos (49.096,56 euros), por lo que la cantidad de 2.945,79 euros se considera correcta, del mismo modo que en los pliegos, la recurrente en sus anteriores recursos ha calculado el 6% del beneficio industrial, nunca lo ha hecho sumando los costes indirectos y directos para determinar la base.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre la inaplicación del Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija con carácter retroactivo a 1 de enero de 2023 el salario mínimo interprofesional para el año 2023.

Al respecto, cabe subrayar que de las alegaciones expuestas en el anterior fundamento se deduce que el órgano de contratación en su informe al recurso se allana a la presente pretensión de la recurrente al afirmar que «*debieron redactarse nuevos pliegos actualizado a los nuevos salarios*».

Tal reconocimiento por parte del órgano de contratación debe considerarse como un allanamiento a la pretensión de la alegación del recurso que se analiza, y al no existir una regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme al cual *«Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oirá por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho»*.

De este precepto resultan los siguientes requisitos: 1º) Que el Tribunal resulta obligado a aceptar el allanamiento sin más trámites. 2º) Que sólo cabe no aceptarlo cuando estimar las pretensiones del recurso suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

En el supuesto examinado, según ha podido constatar este Tribunal, queda claro que el Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, dispone en su artículo 1 en lo que aquí interesa que el salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de las personas trabajadoras, queda fijado en 36 euros/día o 1080 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses. Sin

embargo, el órgano de contratación en su informe al recurso, ademas de los cálculos realizados en el recurso con los que coincide, afirma que al ser la jornada estimada necesaria para la ejecución del presente contrato del 75%, la retribución ascendería a 12.335,72 euros, y no a los 11.546,31 previstos en el anexo del PPT.

En este sentido, conforme al anexo del PPT, en su apartado 3.1 se indica que para la ejecución del servicio sería suficiente una dedicación de alrededor de 1.283,25 horas anuales en el caso del personal auxiliar administrativo, lo que supone un 75% del total anual de horas, por lo que los cálculos realizados en el informe al recurso son correctos.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que no existen razones jurídicas para considerar que el reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, quedando a salvo las garantías exigibles a la contratación pública recogidas en el artículo 1.1 de la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso interpuesto.

Segunda. Sobre la falta de inclusión de la cotización adicional establecida de 0,5 puntos porcentuales aplicables desde 1 de enero de 2023 y durante toda la vigencia del contrato.

En este caso, al igual que el analizado en la consideración anterior, cabe subrayar que de las alegaciones expuestas en el anterior fundamento se deduce que el órgano de contratación en su informe al recurso se allana a la presente pretensión de la recurrente al afirmar que *«lo mismo que en el supuesto anterior, no se ha tenido en cuenta dicha cotización adicional al haberse redactado el Pliego de Prescripciones Técnicas de forma previa a dicha Orden Ministerial»*.

Pues bien, en el presente motivo del recurso, según ha podido constatar este Tribunal, queda claro que la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la seguridad social, desempleo, protección por cese de actividad, fondo de garantía salarial y formación profesional para el ejercicio 2023, dispone en el apartado c) de su artículo 4 que *«A partir del 1 de enero de 2023, los tipos de cotización al Régimen General serán los siguientes:*
c) Para el mecanismo de equidad intergeneracional, el 0,6 por ciento aplicable sobre la base de cotización por contingencias comunes, del que el 0,5 por ciento será a cargo de la empresa y el 0,1 por ciento, a cargo del trabajador.».

Sin embargo, el órgano de contratación en su informe al recurso, ademas de dar la razón a la recurrente sobre que los costes de seguridad social a cargo de la empresa recogidos en los pliegos debieron tener en cuenta el 0,5 porcentual adicional, afirma que la cotización por contingencias comunes pasaría a ser del 24,10% de la base, en vez del 23,60%, previstos en el anexo del PPT. Esto último difiere con lo indicado por la recurrente que señala que ha de aplicarse el 0,6% sobre la base por contingencias comunes (0,5% a cargo de la empresa y el 0,1% a cargo de la persona trabajadora), lo que supone que el tipo de cotización deba pasar del 31,95% al 32,45%, sin que ello se haya recogido en los pliegos.

Determinada la controversia, procede analizar lo indicado en el anexo del PPT, en concreto, en su apartado 3.1 en el que se recoge que el tipo total de cotización correspondiente a la empresa asciende al 31,95% (23,60% contingencias Comunes + 2,05% accidentes de trabajo y enfermedades profesionales + desempleo 5,50% + fogasa 0,20% + formación profesional 0,60%). Por ello, tanto el recurso como el informe al mismo del órgano de contratación coinciden en los datos, aparentemente contradictorios, pues los recogidos en el recurso se refieren

al total del porcentaje de cotización a cargo de la empresa, y los indicados en el informe al recurso solo se refieren al porcentaje de cotización de las contingencias comunes.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que no existen razones jurídicas para considerar que el reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación pueda constituir una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, quedando a salvo las garantías exigibles a la contratación pública recogidas en el artículo 1.1 de la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso interpuesto.

Tercera. Sobre el error en el cálculo de beneficio industrial y en el presupuesto base de licitación.

Se indica en el recurso, en síntesis, que el beneficio industrial se calcula sobre la suma de los costes (directos más indirectos). Por el contrario, conforme al apartado 3.3 de anexo del PPT, el beneficio industrial se computa únicamente teniendo en cuenta los costes directos, lo que se ratifica en el informe al recurso en el que se afirma, por un lado, que el beneficio industrial, al igual que en las anteriores licitaciones, se calcula solo sobre los costes directos, y por otro lado, que la recurrente en sus anteriores recursos nunca ha calculado el beneficio industrial sumando los costes indirectos y directos.

Pues bien, la esencia de la controversia que se analiza, esto es si el porcentaje del beneficio industrial ha de calcularse sobre los costes directos e indirectos o solo sobre los costes directos, ya fue objeto de denuncia por la recurrente con similares argumentos en el anterior recurso número 446/2022, a la que se opuso el órgano de contratación, asimismo con parecidas alegaciones, y resuelta por este Tribunal en su Resolución 611/2022, de 16 de diciembre, cuya consideración segunda de su fundamento de derecho sexto indicaba expresamente lo siguiente:

> «Como se ha expuesto, la recurrente afirma que el error en el cálculo de los costes indirectos es arrastrado al cálculo del beneficio industrial que se estipula en un 6% sobre la suma de los gastos directos e indirectos, lo que supone una cifra de 3.417,12 euros. Sin embargo, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que se ha producido un error en el cálculo del beneficio industrial, y realiza un nuevo cálculo del mismo que no coincide con el efectuado por la recurrente, de tal forma que aun cuando ha habido un allanamiento en cuanto al reconocimiento de la existencia de error, no ocurre lo mismo respecto del importe alegado por la recurrente.
>
> En este sentido, la diferencia estriba en que para la recurrente, para calcular el beneficio industrial ha de aplicarse el citado 6% sobre la suma de los gastos directos e indirectos, y para el órgano de contratación dicho porcentaje ha de aplicarse exclusivamente sobre los costes directos.
>
> Determinada la controversia, procede reproducir el apartado 3.3 del mencionado anexo único del PPT cuyo tenor es el siguiente: *«3.3. Beneficio Industrial…2.561,56 euros. A efectos de determinar el valor estimado del contrato es necesario incluir el correspondiente beneficio industrial del contratista, se ha aplicado el mismo que el previsto en los contratos de obra, esto es del 6%.»*.
>
> Como se observa, al igual que ocurre en el caso de los costes indirectos (apartado 3.2 del anexo único del PPT), no se indica en el citado apartado 3.3 sobre que costes ha de aplicarse el porcentaje del 6% de beneficio industrial, se afirma que «*se ha aplicado el mismo que el previsto en los contratos de obra*».

Pues bien, como indica el mencionado apartado 3.3 del anexo único PPT, el artículo 131 del RGLCAP señala como beneficio industrial el 6%. Textualmente dice así:

«Se denominará presupuesto de ejecución material el resultado obtenido por la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario y de las partidas alzadas.

El presupuesto base de licitación se obtendrá incrementando el de ejecución material en los siguientes conceptos:

1. Gastos generales de estructura que inciden sobre el contrato, cifrados en los siguientes porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material:

a) Del 13 al 17 por 100, a fijar por cada Departamento ministerial, a la vista de las circunstancias concurrentes, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato. Se excluirán asimismo los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas.
b) El 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista.

Estos porcentajes podrán ser modificados con carácter general por acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos cuando por variación de los supuestos actuales se considere necesario.

2. El Impuesto sobre el Valor Añadido que grave la ejecución de la obra, cuyo tipo se aplicará sobre la suma del presupuesto de ejecución material y los gastos generales de estructura reseñados en el apartado 1.».

Por su parte, el artículo 130.1 del citado RGLCAP dispone que *«El cálculo de los precios de las distintas unidades de obra se basará en la determinación de los costes directos e indirectos precisos para su ejecución, sin incorporar, en ningún caso, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que pueda gravar las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizados.»*.

Por tanto, queda meridianamente claro que, para obtener la cifra del beneficio industrial, el porcentaje del 6% ha de aplicarse a la suma de los costes directos e indirectos, esto es para el caso que nos ocupa un total de 3.417,12 euros, por lo que ha de darse la razón a la entidad ahora recurrente.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso interpuesto.**>>**.

El penúltimo párrafo transcrito indicado por este Tribunal en la anterior Resolución 611/2022 no puede ser más clarificador: *«queda meridianamente claro que, para obtener la cifra del beneficio industrial, el porcentaje del 6% ha de aplicarse a la suma de los costes directos e indirectos»*. Sin embargo, a pesar de ello, como se ha expuesto en el apartado 3.3 del anexo del PPT y en el informe al presente recurso, el órgano de contratación vuelve a insistir en que el beneficio industrial ha de determinarse teniendo en cuenta solo los costes directos, cuestión ya resuelta en la citada 611/2022.

Al respecto, ha de indicarse, por un lado que los pliegos son aprobados por el órgano de contratación, y por otro lado, que aun cuando el informe al recurso está suscrito por determinada persona de la asesoría jurídica del Ayuntamiento de Cártama, al final del mismo consta el conforme de la persona titular de la Secretaría de dicho Ayuntamiento, y dicho informe al recurso ha sido remitido a este Tribunal por la persona titular de la Concejalía Delegada de Contratación, que actúa como órgano de contratación por delegación de competencias, por lo que ha de entenderse que es el propio órgano de contratación, tanto en los pliegos como en el informe al recurso, quien cuestiona el contenido de la citada Resolución 611/2022, de 16 de diciembre, de este Tribunal, sin seguir el procedimiento legalmente establecido, dado que en la citada resolución quedó meridianamente claro que para obtener la cifra del beneficio industrial, el porcentaje ha de aplicarse a la suma de los costes directos e indirectos.

En efecto, dispone el artículo 59 de la LCSP relativo a los efectos de la resolución del recurso especial que:

«1. Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.

3. No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. (...)».

Al respecto, con independencia de que dicha Resolución 611/2022, de 16 de diciembre, de este Tribunal pueda ser o no firme o haya sido recurrida o no ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cierto es que la afirmación del órgano de contratación puesta de manifiesto tanto en los pliegos como en el informe al recurso, de que el beneficio industrial se calcula solo sobre los costes directos, sustantivamente combate la mencionada Resolución 611/2022, como ha quedado claro en el apartado 3.3 del anexo del PPT y en el informe al recurso.

Así pues, resulta diáfano, como se ha expuesto, que las afirmaciones contenidas en el apartado 3.3 del anexo del PPT y en el informe al recurso se efectúan formalmente para calcular el importe correspondiente al beneficio industrial, pero realmente contradicen argumentos ya esgrimidos por este Tribunal en su Resolución 611/2022. Sobre tal proceder, se ha de señalar la imposibilidad legal de reabrir la cuestión litigiosa, relativa a determinadas cuestiones sobre la forma de cálculo del beneficio industrial, ante este mismo Órgano con motivo de los nuevos pliegos y del informe al recurso que se examina, porque dicha cuestión quedó ya zanjada en la mencionada Resolución 611/2022, y lo que ahora pretende el órgano de contratación no es sino forzar un cambio o modificación de criterio por parte del Tribunal que, legalmente, no es posible, puesto que no cabe que este Órgano pueda revisar sus decisiones, siendo así que la única vía de que dispone dicho órgano de contratación para combatir los argumentos de este Tribunal sobre lo expuesto es la impugnación de la citada Resolución 611/2022 en la vía jurisdiccional contencioso administrativa.

En tal sentido, el artículo 59 de la LCSP viene a señalar que la resolución del recurso especial solo es susceptible de recurso contencioso administrativo, siendo directamente ejecutiva y sin que proceda la revisión de oficio de la misma. Como ya se señalaba en nuestra Resolución 73/2013, de 3 de junio, y hemos reiterado en otras muchas posteriores, entre otras, en las 15/2019, de 22 de enero, 454/2021, de 11 de noviembre y 353/2022, 30 de junio; el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *«que entra a resolver el fondo de la controversia, y estima o desestima las pretensiones deducidas, deja definitivamente zanjada la cuestión»*.

En el mismo sentido, como expusimos en las citadas resoluciones, se pronuncia el Alto Tribunal en la Sentencia, de 12 de junio de 1997, al señalar que las resoluciones que concluyen los procedimientos *«de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)»*.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos el tercer motivo del recurso interpuesto, relativo al error cometido en el anexo del PPT en el cálculo del beneficio industrial.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que, entre otros documentos, rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dicho fundamento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la anulación de los pliegos, al igual que en las citadas Resoluciones de este Tribunal 107/2022, de 11 de febrero, 407/2022, de 28 de julio y 611/2022, de 16 de diciembre, conlleva la ineficacia de los ulteriores actos que traen causa de los que se han declarado nulos (v.g., entre otras, Sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2000, recurso 3570/1994, y de 2 de julio de 2020, recurso 329/2019), lo que supone asimismo la ineficacia de las ofertas que se hayan podido presentar.

Por último, una vez que se publiquen en su caso los nuevos pliegos, la recurrente o cualquier otra persona interesada si así lo desea podrá proceder a su impugnación, si entiende que los mismos, en cuanto a la parte que en su caso se modifique, adolecen de alguna irregularidad.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VALLE PESQUERA CONSULTORES S.L.** contra los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de gestoría laboral y fiscal a efectos de la elaboración de las nóminas municipales, los seguros sociales y otra documentación» (Expte. 3310/2021), convocado por el Ayuntamiento de Cártama (Málaga) y, en consecuencia, anular los actos impugnados 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 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.