

Recurso 289/2024
Resolución 378/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 13 de septiembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MONSECOR S.L.** contra la resolución, de 12 de julio de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicios de fisioterapia y logopedia para el Centro Municipal de Atención e Intervención Infantil Temprana», (Expediente SE-13/24), respecto del lote 2 «Servicios de logopedia», convocado por el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de abril de 2024 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 852.824,00 euros.

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 (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Mediante resolución de 12 de julio de 2024 el órgano de contratación adjudica el contrato a la persona física J.R.G. (en adelante la adjudicataria), respecto del lote 2.

SEGUNDO. El 30 de julio de 2024 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, a través del procedimiento de presentación electrónica de recursos y reclamaciones en materia de contratación pública, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MONSECOR S.L. (en adelante la recurrente), contra la citada resolución de 12 de julio de 2024 del órgano de contratación de adjudicación del contrato, respecto del lote 2.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, 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.

Por último, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido para ello las presentadas por la persona adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el 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; toda vez que el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba) 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 toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, respecto del lote 2, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, dada su condición de empresa que ha licitado con el compromiso de constituir con otra una unión temporal (UTE MONSECOR S.L.U. – SCJ SALUTER S.L.), de acuerdo con los artículos 48 de la LCSP y 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, habiendo quedado clasificada su oferta en segundo lugar. Este último precepto dispone que *«En el caso de que varias empresas concurran a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso»*.

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 poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

La recurrente, aun cuando formalmente recurre el acto de adjudicación del contrato, materialmente denuncia la indebida admisión de la oferta de la persona ahora adjudicataria, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, la resolución de adjudicación fue dictada el 12 de julio de 2024, por lo que, aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 30 de julio de 2024 en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP.



QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 12 de julio de 2024 del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato, respecto del lote 2, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se anule *«la adjudicación en favor de D. J.R.G, y se retrotraiga el procedimiento al momento anterior a su dictado para que, con exclusión de esta empresa, continúe por sus trámites; debiéndose adjudicar a MONSECOR SL y a SCJ SALUTER SL, como segundos clasificados con el compromiso de constituirse en UTE»*.

En su escrito de recurso la recurrente en síntesis denuncia, por un lado, que la oferta presentada por la persona adjudicataria incumple tanto los pliegos como la normativa laboral, basándose en prácticas inadecuadas, por lo que debe de ser excluida conforme al artículo 149.4 de la LCSP, dado que su fórmula para ahorrar costes consiste en sortear el convenio colectivo de aplicación contratando a su hija en régimen de trabajadora autónoma en lugar de como otra trabajadora más, de manera que solo tenga que pagar según convenio a las otras dos trabajadoras que está obligado a subrogar, y por otro lado, que dicha adjudicataria comete un error patente en la justificación de la viabilidad de su oferta, aceptada por el órgano de contratación, al haber eliminado la repercusión del coste de la sustitución por vacaciones.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En esencia, con respecto al primer motivo del recurso, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que la persona adjudicataria justifica la viabilidad económica de su oferta en el hecho de que para la prestación de los servicios cuenta con una persona descendiente de primer grado, quién, según afirma, reúne todos y cada uno de los requisitos establecidos en los pliegos para poder ser una de las profesionales que, en caso de resultar ser adjudicataria del contrato, presten el servicio.

En cuanto al segundo motivo del recurso, el informe del órgano de contratación indica que lo que sostiene la persona adjudicataria no es que pueda prescindir de un determinado coste previsto en el estudio económico, sino que éste contempla un coste –sustitución por vacaciones– que en su caso particular *«(...) no existe, no es un coste real que se vaya a producir por la prestación del servicio»*.

3. Alegaciones de la persona adjudicataria.

La entidad ahora adjudicataria se opone a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos. En concreto, con carácter general viene a afirmar que ha justificado correctamente su oferta y que cumple tanto con los pliegos como con la normativa laboral.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Primera. Sobre el principio de discrecionalidad técnica que rige en la determinación de si una oferta, incura inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad.

Con carácter previo al análisis de los argumentos en que se funda el recurso, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar entre otras muchas la Resolución 90/2019, de 21 de marzo, y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales, en la determinación de si una



oferta, incursa inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Dicha Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento quinto lo siguiente:

«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.

En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.

(...)

En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego».

En este mismo sentido, cabe destacar las Resoluciones de este Tribunal 330/2021, de 16 de septiembre, 379/2021, de 8 octubre, 26/2022, de 21 enero, 314/2022, de 10 de junio, 22/2023, de 13 de enero y 102/2023, 17 de febrero, entre otras.

En el supuesto que se examina, de lo expuesto se infiere que la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de la oferta de la recurrente, ni que el informe de viabilidad de dicha oferta adolezca de arbitrariedad, ni que se haya cometido desviación de poder, ni que el acto de admisión no esté adecuadamente motivado, lo que plantea es la comisión de errores en relación con el incumplimiento por parte de la persona adjudicataria de los pliegos y de la normativa laboral y con eliminación en la justificación de la viabilidad de la repercusión del coste de la sustitución por vacaciones.

Segunda. Sobre el incumplimiento por parte de la persona adjudicataria de los pliegos y de la normativa laboral.

Afirma la recurrente que la oferta presentada por la persona adjudicataria incumple tanto los pliegos como la normativa laboral, basándose en prácticas inadecuadas, por lo que debe de ser excluida conforme al artículo 149.4 de la LCSP, dado que su fórmula para ahorrar costes consiste en sortear el convenio colectivo de aplicación contratando a su hija en régimen de trabajadora autónoma en lugar de como otra trabajadora más, de manera que solo tenga que pagar según convenio a las otras dos trabajadoras que está obligada a subrogar.

En este sentido, la recurrente cita y reproduce en parte o en su totalidad la justificación aportada por la persona adjudicataria para acreditar su viabilidad, documentación de la que manifiesta que se le dio completa y anonimizada el día 12 de julio de 2024 tras la petición de acceso al expediente en sede del órgano de



contratación, de lo que extrae parte de lo reproducido en el párrafo anterior; y también alude y expone en parte la cláusula 25 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), afirmando que los pliegos exigen una relación laboral con la personas profesionales adscritas a la prestación del servicio, con unas marcadas notas de ajenidad y dependencia en el desempeño de su trabajo, trayendo a colación al respecto para reforzar su argumento la Resolución 193/2024, de 8 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la Sentencia 45/2018, de 24 de enero de la Sala de lo social del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2018:588), que según afirma deslinda los requisitos definitorios de una relación de trabajo y de los de un mero arrendamiento de servicios con un profesional autónomo; tras lo cual afirma -según indica como acertadamente apunta el citado Tribunal Administrativo Central- que es cuestión llana que si los pliegos exigen a la persona empresaria que el servicio lo presten personas con unas marcadas notas de dependencia y de ajenidad, dicho trabajo solo pueden desempeñarlo personas sometidas a una relación de trabajo regida por el estatuto de los trabajadores, y el pretender prestarlo con personal autónomo, que por definición estatutaria no puede ejercer su actividad de esa manera, contraviene el tenor de los pliegos, que son la ley del contrato, debiendo por tanto la oferta excluirse por fundarse en prácticas inadecuadas, al infringir la legislación laboral y el convenio colectivo aplicable, ex artículo 149.4 de la LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso indica que el vínculo existente entre la figura de la adjudicataria y una de las profesionales que van a prestar el servicio -relación padre e hija-, y dado que la última permanece, a efectos de residencia, en el domicilio familiar, reuniendo por tanto los requisitos legalmente exigidos de convivencia y dependencia económica, la persona adjudicataria excluye a su hija del régimen de aplicación del personal por cuenta ajena, y la considera trabajadora por cuenta propia o autónoma, y más concretamente, familiar colaboradora.

En este sentido, cita y reproduce el artículo 1 del texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante ET), y los apartados 1 y 2 del artículo 12 del texto refundido de la ley general de la seguridad social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante LGSS), tras lo cual afirma que de lo expuesto cabe deducir que un autónomo puede contratar a un descendiente (como es el caso) en doble régimen: por cuenta propia (autónomo colaborador) o por cuenta ajena, quedando bajo el régimen general de seguridad social y sometido a convenio colectivo; en este caso, la persona adjudicataria optó por el primer caso, figurando su hija como autónoma colaboradora, de tal forma que en virtud del citado artículo 12 de la LGSS, la opción escogida por la adjudicataria es la regla general del tratamiento de un familiar en el seno de un negocio familiar, señalando expresamente que los familiares *«no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena»*, sin perjuicio de que el apartado segundo legitime para su contratación por cuenta ajena, con las circunstancias descritas.

Respecto a ello, señala el informe al recurso que surge así la figura del autónomo colaborador, regulado en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del estatuto del trabajo autónomo, del que tras reproducir su artículo 1.1 manifiesta que cabe la posibilidad de contratar a familiares de un empresario autónomo, siempre que se den las notas de convivencia y dependencia económica; circunstancias acreditadas por la persona adjudicataria en la contestación al requerimiento formulado para la justificación de la baja anormal incurrida.

Por último, la persona adjudicataria en su escrito de alegaciones al recurso indica lo siguiente:

«Un autónomo colaborador es un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad del trabajador autónomo titular que convive y trabaja con él y para él, cuya incorporación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) resulta obligatoria, al amparo de lo establecido en el artículo 305.2.k) de la Ley General de Seguridad Social.



El autónomo colaborador, conforme al art. 3.b) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, está obligatoriamente incluido en el RETA y, conforme al art. 43 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, el autónomo titular es responsable subsidiario respecto de la obligación de cotizar del autónomo colaborador, que es el responsable directo de la obligación de cotizar por sí mismo.

El familiar autónomo colaborador no podrá elegir una base de cotización mensual inferior a aquella que determine la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado como base de cotización mínima para contingencias comunes para los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social del grupo de cotización 7 [art. 44.3.b) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, D.T. 7.º Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio y art. 16.4 de la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero].

Lo anterior no implica, como se argumenta de contrario, que con ello se pueda en sortear el convenio colectivo de aplicación, puesto que a su hija -cuya particularidad para el ahorro de costes está en la cotización en el RETA como autónomo colaborador-, se le tiene que pagar según convenio de la misma manera que a las otras dos trabajadoras que está obligado a subrogar. La cotización en el RETA, que puede suponer un ahorro en los costes sociales, no supone una actuación fraudulenta, sino el cumplimiento de una obligación legal».

A continuación, la adjudicataria afirma que no se puede confundir la figura del falso autónomo con la de familiar colaborador obligatoriamente incluido en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA), argumentando a su entender las diferencias entre ambas figuras.

Pues bien, en esencia la controversia radica en que para la recurrente si los pliegos exigen a la adjudicataria que el servicio lo presten personas con unas marcadas notas de dependencia y de ajenidad, dicho trabajo solo pueden desempeñarlo las sometidas a una relación de trabajo regida por el ET, y el pretender prestarlo con personal autónomo, que por definición estatutaria no puede ejercer su actividad de esa manera, contraviene el tenor de los pliegos. Y para el órgano de contratación y la persona adjudicataria esa relación de trabajo o laboral que requieren los pliegos puede estar incluida no solo en el régimen general de la seguridad social, sino también en el régimen especial de autónomos como trabajadores familiares colaboradores del empresario autónomo titular.

Procede, pues, en primer lugar, analizar la existencia del familiar autónomo colaborador. En este sentido, en lo que aquí concierne, el artículo 1 -ámbito de aplicación- del ET dispone lo siguiente:

«1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

(...)

3. Se excluyen del ámbito regulado por esta ley:

(...)

e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

(...)».

Asimismo, interesa reproducir los apartados 1 y 2 del artículo 12 -familiares- de la LGSS que señala que:



«1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 7.1, no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, y de conformidad con lo establecido en la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo.

(...)».

Dicha Ley 20/2007, de 11 de julio, del estatuto del trabajo autónomo (LETA) establece en su artículo 1 -supuestos incluidos en el ámbito de aplicación subjetivo- lo siguiente:

«1. La presente ley se aplicará a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

También será de aplicación esta ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre».

Igualmente, el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, dispone en su artículo 3 -supuestos incluidos- que:

«Estarán obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social los españoles mayores de dieciocho años, cualquiera que sea su sexo y su estado civil, que residen y ejerzan normalmente su actividad en el territorio nacional y se hallen incluidos en alguno de los apartados siguientes:

a) Los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de Empresas individuales o familiares.

b) El cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de los trabajadores determinados en el número anterior que, de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto a aquéllos.

(...)».

También interesa traer a colación el artículo 43 -sujetos de la obligación de cotizar- del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general de cotización y liquidación de otros derechos de la seguridad social, que dispone que:

«1. En el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos son sujetos de la obligación de cotizar las personas que, por razón de su actividad, se encuentran obligatoriamente incluidas en su campo de aplicación.



2. Los sujetos de la obligación de cotizar en este régimen especial son también responsables directos del cumplimiento de dicha obligación respecto de sí mismos.

*Son responsables subsidiarios del cumplimiento de la obligación de cotizar los trabajadores autónomos y los titulares de explotaciones agrarias incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios con respecto a sus cónyuges y demás parientes incorporados en este régimen, respectivamente, en virtud de los artículos 305.2.k) y 324.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como las sociedades a que se refiere el artículo 305.2.c) del citado texto refundido con respecto a sus socios; sin perjuicio, en ambos casos, del derecho del responsable subsidiario a repetir contra el principal obligado al pago.
(...).*».

El citado artículo 305 de la LGSS, incardinado dentro del título IV relativo al régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, establece en lo que aquí concierne en su apartado 2.k) que a los efectos de esta ley se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial:

«k) El cónyuge y los parientes del trabajador por cuenta propia o autónomo que, conforme a lo señalado en el artículo 12.1 y en el apartado 1 de este artículo, realicen trabajos de forma habitual y no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena».

De lo expuesto se infiere, en el supuesto que se analiza y en lo que aquí concierne que la persona adjudicataria, trabajador autónomo, puede contratar a su hija como trabajadora por cuenta ajena, como trabajadora autónoma colaboradora o como trabajadora autónoma mediante arrendamiento de servicios. En el presente caso, la persona adjudicataria optó por la segunda opción, esto es contratarla como trabajadora autónoma colaboradora, no teniendo dicha relación la consideración de trabajo por cuenta ajena.

En definitiva, como ocurre en el supuesto que se analiza, cabe la posibilidad que un empresario autónomo contrate a familiares como trabajadores autónomos colaboradores siempre que se den las notas de convivencia y dependencia económica exigidas por la normativa aplicable; circunstancias que afirma el informe al recurso acreditadas por la adjudicataria en la contestación al requerimiento formulado para la justificación de la baja anormal incurrida, que este Tribunal ha podido constatar y que la recurrente conoce al haber accedido a la documentación aportada por la adjudicataria para justificar la viabilidad de su oferta.

En este sentido, ha de darse la razón a la adjudicataria cuando manifiesta que cuando los pliegos (cláusula 25 del PCAP) exigen a la persona contratista que el servicio lo preste personas con unas marcadas notas de dependencia y de ajenidad, prestación que solo pueden desempeñarla personas sometidas a una relación de trabajo o laboral, que pueden estar incluidas en el régimen general de la seguridad social y régimen especial de trabajadores autónomos, en este último caso como personas trabajadoras familiares colaboradoras del empresario autónomo titular, sin que en el presente caso la relación de trabajo entre la persona adjudicataria y su hija pueda calificarse como arrendamiento de servicios con un profesional autónomo, ni ello suponga sortear las tablas salariales del convenio colectivo de aplicación, como pretende la recurrente.

Asimismo, conforme a la normativa reproducida, en concreto conforme a lo establecido en el citado artículo 43 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, la persona adjudicataria es responsable subsidiaria del cumplimiento de la obligación de cotizar por los trabajadores autónomos colaboradores, en virtud de lo dispuesto en el artículo 305.2.k) de la LGSS.

En este sentido, tampoco es posible admitir la alegación de la recurrente cuando indica que la persona adjudicataria, según afirma ella misma, se va a hacer cargo de ingresar a la seguridad social las cotizaciones de la



supuesta trabajadora autónoma, incluyéndolas dentro de los gastos de personal, al igual que las cotizaciones a la seguridad social de las otras dos trabajadoras, dado que en la justificación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, a la que ha tenido acceso la recurrente, aquella afirma que *«En el caso de la trabajadora autónoma colaboradora, la misma se hará cargo de todas las obligaciones aplicables en materia social y laboral»*.

En todo caso, en el estudio de viabilidad lo relevante es que aparezca dicho coste, con independencia de que en dicho estudio figure como abonado por la trabajadora autónoma colaboradora o por el empresario autónomo titular, obligado subsidiariamente a su abono como se ha expuesto.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso en el que la recurrente denuncia el incumplimiento por parte de la adjudicataria de los pliegos y de la normativa laboral, sin que se haya acreditado en el recurso que la persona adjudicataria se haya basado en prácticas inadecuadas en la justificación de la viabilidad de su oferta.

Tercera. Sobre la eliminación por la adjudicataria de la repercusión del coste de la sustitución por vacaciones en la justificación de la viabilidad de su oferta.

Como se ha expuesto, denuncia la recurrente que la persona adjudicataria comete en un error patente en la justificación de la viabilidad de su oferta, aceptada por el órgano de contratación, al haber eliminado la repercusión del coste de la sustitución por vacaciones, dado que la jornada anual máxima de las tres personas trabajadoras adscritas al servicio supera el máximo de horas de prestación del servicio, que no son 5.000 como se reseñan en el cuadro aportado por la adjudicataria en la justificación de la viabilidad de su oferta, sino 5.210 al haber ofertado una bolsa de 200 horas, además de otras 10 horas más para impartir talleres.

En este sentido, indica que si se toma la jornada máxima anual de las personas trabajadoras conforme al convenio y se multiplica por el número de personas trabajadoras arroja un total de 5.160 horas (1720 x 3 trabajadores), por lo que para prestar el servicio respetando la jornada máxima anual y el derecho a un mes de vacaciones de las personas trabajadoras es necesario contratar personal adicional o sustituto para compensar el déficit de horas existente, al menos debería contratar una persona trabajadora adicional encargada de compensar el déficit de horas existentes.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que lo que sostiene la persona adjudicataria no es que pueda prescindir de un determinado coste previsto en el estudio económico, sino que éste contempla un coste –sustitución por vacaciones– que en su caso particular *«(...) no existe, no es un coste real que se vaya a producir por la prestación del servicio»*. En este sentido, el informe al recurso afirma lo siguiente:

« La recurrente emite unos cálculos, como los realizados en el apartado 2.1.b de su recurso, basándose en la contratación de tres trabajadores por cuenta ajena, si bien el licitador adjudicatario no determina en ningún momento el número de profesionales que contratará en régimen laboral, únicamente hace referencia a que a día de hoy el servicio viene siendo prestado por dos trabajadoras por cuenta ajena y otra trabajadora incluida en el RETA por ser colaboradora en la empresa familiar.

• El licitador adjudicatario no concluye que al subrogar a las dos trabajadoras por cuenta ajena lo haga según el número de horas anuales actualmente contratadas y contratar a una tercera hasta completar el compromiso de 3.440 horas anuales o si tiene pensado ampliarlas, como legalmente proceda, a 1.720 horas cada una, de ahí que no podamos establecer a priori el número exacto de trabajadores por cuenta ajena a contratar.



• A los efectos previstos en el artículo 27.4 del XV Convenio sectorial “no tendrán la consideración de trabajadores y, por tanto, no serán objeto de subrogación por la nueva adjudicataria los socios cooperativistas y los trabajadores autónomos aun cuando vinieran prestando servicios, directa y personalmente, en el centro o contrata en el que se produjese el cambio de contratista”. De ahí que entendamos perfectamente asumible la prestación de 1.770 horas anuales a cargo de la trabajadora autónoma colaboradora.

• El recurrente plantea dudas respecto al posible cumplimiento por parte del licitador de la prestación del servicio en la franja horaria delimitada en el PPT. Al respecto no nos consta que en ningún momento (...) [la persona adjudicataria] haya hecho alusión expresa a contratar a sus trabajadores en determinada franja horaria.

La que suscribe quiere dejar constancia del que, en primer lugar, el PPT aplicable a este contrato establece que el horario de atención será «preferentemente por la tarde», y en segundo lugar, a tenor del PPT del Concierto Social de la Junta de Andalucía que regula la gestión del servicio público de Atención e Intervención Temprana en el apartado 6 del Título III establece el horario de atención en los siguientes términos: “los CAIT deberán contemplar horarios de atención, de lunes a viernes en horario de mañana y tarde, siendo preferente el horario de tarde (igual o superior al 51%), a fin de facilitar la integración del niño o niña en su Centro de Educación Infantil. La atención se mantendrá a lo largo de los doce meses al año. Durante los periodos vacacionales, los CAIT mantendrán una vía de atención y comunicación con los niños o niñas y las familias que lo precisen”».

Por último, la persona adjudicataria en su escrito de alegaciones al recurso en su punto tercero indica lo siguiente:

«3.1.- Me ratifico en lo expuesto en el escrito de justificación de temeridad de fecha 5 de junio de 2024 que consta en el expediente SE-13/24 en relación a la repercusión del coste por sustitución de vacaciones, entendiendo que el estudio económico que se contiene en el expediente de licitación tiene carácter genérico y que no resulta de aplicación a la oferta económica por mí presentada puesto que dicha oferta se basa en el compromiso de contratar 5.210 horas de servicio durante 12 meses sin que resulte necesario añadir el coste de la contratación de más personal para cubrir vacaciones del personal que llevará a cabo las mencionadas 5.000 horas licitadas más las 210 horas de mejoras.

3.2.- La exigencia contenida en el PPTP de mantener la atención durante los 12 meses del año y de cubrir cualquier ausencia del personal mediante profesionales con la misma titulación y condiciones exigidas para el titular para evitar cualquier interrupción en la prestación del servicio, queda plenamente cumplida por parte de la empresa mediante la planificación y distribución de las 5.210 horas contratadas en un cuadrante anual de turnos de trabajo, sin que en ningún caso los profesionales que vayan a prestar el servicio de Logopedia puedan disfrutar de vacaciones simultáneamente.

3.3.- Reitero de nuevo mi compromiso de contratar el número de profesionales en número suficiente para la prestación de 5.210 horas durante 12 meses conforme a la normativa laboral vigente, conforme a la siguiente distribución:

- Personal contratado en régimen laboral: 3.440 horas.

- Personal autónomo colaborador: 1.770 horas».

Pues bien, en el estudio económico del servicio de logopedia (lote 2) que sirve de base para la elaboración del presupuesto base de licitación y para el valor estimado del contrato, se establece un precio unitario por hora para el servicio de logopedia de 24,38 euros, impuesto sobre el valor añadido (IVA) excluido, para un número total de horas anuales de 5.000. Dentro del citado precio unitario por hora de servicio se estima como repercusión del coste de sustitución de vacaciones un importe de 1,02 euros, que ha de incrementarse en una



estimación de costes de seguridad social del 32,56%, lo que haría un total de 1,35 euros por hora de coste de sustitución de vacaciones [1,02 + (1,02 x 32,56/100)].

Al respecto, en el punto 2 del documento de justificación de la viabilidad de la oferta de la persona adjudicataria, formalizado por ésta el 5 de julio de 2024, en concreto sobre el citado coste de sustitución de vacaciones se afirma expresamente lo siguiente:

«II.- Eliminación de la repercusión del coste de sustitución de vacaciones.

Tal coste, que en el estudio económico realizado se cuantifica no existe, no es un coste real que se vaya a producir por la prestación del servicio.

Es cierto que el PPTP dispone lo que sigue: “La atención se mantendrá a lo largo de los doce meses del año. Los permisos, vacaciones y ausencias del personal deberán ser cubiertos por la empresa mediante profesionales con la misma titulación y condiciones exigidas para el titular para evitar cualquier interrupción en la prestación del servicio.”

Ahora bien, ello no significa que, cuando una profesional este de vacaciones haya que contratar a otra que la sustituya. No existe tal sustitución. Para la prestación del servicio el contratista está obligado a contratar, en el caso de que preste el servicio con personal contratado en régimen laboral, un número de profesionales que le permita, con pleno cumplimiento de lo establecido en la normativa laboral, prestar el total de horas de servicio se compromete a prestar. Esto es, por cada profesional contratada en régimen laboral a jornada completa el contratista estará en disposición de prestar al Ayuntamiento 1.720 horas de servicio.

Si, tal como contempla el estudio económico, por cada profesional contratado a tiempo completo el contratista ha de contratar, adicionalmente, y por un mes, a otro profesional para sustitución en vacaciones se produciría un coste innecesario como a continuación se explica.

Número total de horas de servicio a prestar	5.000,00
Jornada anual máxima de cada profesional contratado a tiempo completo	1.720,00
Total de profesionales necesarios para la prestación del servicio (5000/1720)	2,91
Número de profesionales a contratar por sustitución en vacaciones durante un mes	2,91
Jornada mensual estimada de los profesionales contratados (1720/12)	143,33
Número total de horas contratadas en régimen laboral (1720 x2,91+143,33x2,91)	5.422,29
Horas innecesariamente contratadas por exceder el máximo de horas a prestar	422,29

La exigencia antes transcrita del PPTP no obliga a contratar a ningún profesional en sustitución. Sencillamente impone que los profesionales contratados no podrán irse todos simultáneamente de vacaciones, debiendo la empresa garantizar mediante el oportuno cuadrante de vacaciones que la transcrita exigencia del PPTP se cumple».

Así las cosas, lo primero que hay que poner de manifiesto es que la persona adjudicataria parte de un error en el número de horas de servicio a prestar, pues considera que son 5.000 horas, no teniendo en cuenta que ofertó una bolsa de 200 horas adicionales de atención directa a las familias, además de otras 10 horas más para impartir talleres, como ella misma reconoce tanto en la justificación de la anormalidad de su oferta como en sus alegaciones al recurso. Ello supone que para cubrir 5.210 horas no sean suficientes 2,91 profesionales como indica el cuadro anterior, sino 3,029 (5210/1720) entendiéndose que la jornada máxima anual según convenio colectivo de aplicación es de 1.720 horas, circunstancia que no cuestiona ninguna de las partes. Esto es, con tres



profesionales se cubrirían 5160 horas (1720 x 3), 50 horas menos que la que la adjudicataria se comprometió a realizar en su oferta.

Dichas 5.210 horas, aun cuando como se ha expuesto no figuran en el punto 2 de la justificación de la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, relativo a la eliminación de la repercusión del coste de sustitución de vacaciones, sí constan recogidas y acreditadas su coste, en la tabla de estimación de costes anuales del servicio contenida en el punto 1, sobre el cumplimiento de los gastos de personal, de la justificación de la anormalidad de la oferta de la adjudicataria.

En efecto, en dicha tabla en el apartado de total costes del personal autónomo colaborador figura la cantidad de 22.050,60 euros para un total de 1.560 horas anuales, lo que supone un coste por hora de 14,14 euros. Por otro lado, en el apartado otros de la tabla además de los gastos generales figuran los apuntes denominados “Mejora 200 horas bolsa” con un importe de 4.776,00 euros y “Mejora formación-talleres” con un importe de 100 euros, que totalizan 4.876,00 euros. Asimismo, teniendo en cuenta que en la justificación de la anormalidad de su oferta la adjudicataria, en el punto 4 de la misma, afirma que «*En relación con las mejoras ofertadas indicar que serán llevadas a cabo por (...) [la trabajadora autónoma colaboradora] como responsable de la Unidad Asistencial de Logopedia*», por lo que si se multiplican las 210 horas (200 bolsa + 10 talleres de formación) por el coste por hora de la persona autónoma colaboradora, esto es por 14,14 euros, arroja un importe de 2.969,40 euros, muy por debajo de los 4.876,00 euros previsto en la mencionada tabla.

Resta por analizar si en la estimación de costes del personal que va a realizar la prestación se incluyen los costes de derivados de la retribución por vacaciones. En este sentido, en la mencionada tabla de estimación de costes anuales del servicio, contenida en el punto 1 de la justificación de la anormalidad de la oferta de la adjudicataria, figura para la trabajadora autónoma colaboradora su coste mensual, incluida la cotización a la seguridad social, multiplicado por 12 mensualidades, por lo que ninguna duda cabe que en dicha justificación se ha tenido en cuenta el coste de las vacaciones de la trabajadora autónoma colaboradora.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el coste de las 3.440 horas del personal en régimen laboral. En este caso, consta en la citada tabla de estimación de costes anuales del servicio lo siguiente:

Coste personal en régimen laboral 3.440 horas	Coste salarial/hora de servicio personal contratado en régimen laboral	12,26
	Estimación de otros complementos salariales (10%)	1,23
	Estimación de costes Seguridad Social: 32,56 %	4,39
	Total coste horas prestadas en régimen laboral (17,88 € x 3.440 horas)	61.507,20

Al respecto, teniendo en cuenta el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, de aplicación conforme lo afirmado por la adjudicataria en la justificación de la viabilidad de su oferta, que en el primer inciso de su artículo 51.1 dispone que todo el personal tendrá derecho a disfrutar, preferentemente en verano, de 25 días laborables de vacaciones anuales retribuidas, aun cuando pueda admitirse la posibilidad de que en determinados periodos pueda realizarse la prestación del servicio con un menor número de profesionales, no cabe duda que los 25 días laborables de vacaciones anuales -o en su caso la parte proporcional que corresponda- son retribuidas y lógicamente suponen un coste para la persona adjudicataria que debe justificarse en la viabilidad de su oferta, circunstancia que no acontece en el supuesto examinado en el caso del personal en régimen laboral, dado que en dicha tabla de estimación de costes anuales del servicio -reproducida en el párrafo anterior- no figura mención alguna al respecto, ni siquiera de forma indicaría, sin que sea posible con los datos aportado comprobar si el citado costes de vacaciones está o no



incluido en la justificación de la viabilidad de la oferta, lo que supone que el presente motivo haya de estimarse parcialmente con los efectos que se exponen en el siguiente fundamento de derecho.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar parcialmente en los términos expuestos el segundo motivo del recurso en el que la recurrente denuncia la eliminación por la adjudicataria de la repercusión del coste de la sustitución por vacaciones en la justificación de la viabilidad de su oferta.

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

La corrección de la infracción legal cometida, que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho quinto y sexto de la presente resolución, debe llevarse a cabo anulando la resolución del órgano de contratación de 12 de julio de 2024 de adjudicación del contrato, respecto del lote 2, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por la mesa o el órgano de contratación a requerir a la entidad ahora adjudicataria cuanta información y documentación complementaria considere precisa a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, entre otras para que aporte el desglose de los costes del personal en régimen laboral, sin que pueda dicha entidad modificar la misma, en los términos recogidos en los citados fundamentos de derecho, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En este sentido, dada las funciones exclusivamente revisoras de los actos emanados de los poderes adjudicadores que competen a este Tribunal, no le es posible declarar el rechazo de la oferta de la persona ahora adjudicataria por no justificar su viabilidad, al haberse estimado parte de las alegaciones del recurso, ni confirmar su admisión por desestimar el resto de alegaciones, siendo esta una función que únicamente compete al órgano de contratación, ex artículo 149 de la LCSP, de tal suerte que en el supuesto examinado una vez que la mesa o el órgano de contratación, en cumplimiento de la presente resolución y previo requerimiento al efecto, haya examinado la eventual información y documentación que haya aportado la entidad ahora adjudicataria a los efectos de justificar la viabilidad de su oferta, entre otras el desglose de los costes del personal en régimen laboral, sin que ello en ningún momento pueda suponer modificación de la misma, podrá efectuar una apreciación conjunta de todos los elementos concurrentes y decidir el órgano de contratación de forma motivada, previa propuesta de la mesa en su caso, la aceptación o rechazo de la oferta de la entidad ahora adjudicataria (v.g. entre otras Resoluciones 171/2021, de 6 de mayo, 196/2021, de 20 de mayo, 215/2021, de 27 de mayo, 497/2021, de 25 de noviembre, 555/2023, de 3 de noviembre y 169/2024, de 19 de abril, de este Tribunal) .

Con respecto al principio de inalterabilidad de la oferta, este Tribunal quiere poner de manifiesto lo analizado en la Resolución 586/2022, de 2 de diciembre, que en lo que aquí concierne, en la consideración tercera de su fundamento de derecho sexto indicaba lo siguiente:

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

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



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

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

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

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

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

Asimismo, en relación con las ofertas anormales o desproporcionadas, este Órgano quiere señalar lo examinado en su Resolución 555/2023, de 3 de noviembre, sobre la necesidad de que el requerimiento de información que efectúe el órgano de contratación no puede ser genérico ni impreciso, existiendo la posibilidad de solicitar



aclaraciones en la documentación justificativa de la viabilidad de una oferta, inicialmente incurra en presunción de anormalidad, sin que ello suponga modificación de la misma. Así, en el fundamento de derecho séptimo de la citada resolución se indicaba lo siguiente:

«(...) Al respecto, las afirmaciones del informe de viabilidad de la necesidad de una acreditación exhaustiva de determinadas partidas, de ausencia de listados de productos, de falta de justificación de la viabilidad de los descuentos según precios de mercado sin afectar a ciertas calidades y de falta de justificación que permita asegurar el cumplimiento de los convenios colectivos de referencia, no pueden compartirse por este Tribunal.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que estamos ante la proposición económicamente más ventajosa, por lo que si el impedimento para aceptar la oferta, inicialmente incurra en baja anormal, es en gran medida que la misma en determinados aspectos no está justificada o acreditada en los términos que el órgano de contratación considera necesarios, por el principio de proporcionalidad, y antes de proceder a su rechazo es necesario solicitar aclaración de la misma, con el objeto de justificar o acreditar los extremos que se consideren necesarios, sin que la licitadora pueda modificar su oferta, únicamente para aclarar o acreditar aquellas cuestiones que sean necesarias.

Máxime en este supuesto, en que el requerimiento efectuado por el órgano de contratación es genérico e impreciso, pues se limita a reproducir parte del tercer párrafo del artículo 149.4 de la LCSP. En este sentido, la suficiencia de la información ofrecida por la licitadora para justificar o acreditar la viabilidad de su oferta debe analizarse a la vista y en función de lo solicitado en el requerimiento por el órgano de contratación, de tal modo que, si este considera imprescindible que se desglose, justifique o acrediten determinados aspectos de la proposición necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento. De lo contrario, como sucede en el supuesto que se examina, la motivación del rechazo de la oferta recogida en los apartados uno, tres y cuatro del informe de viabilidad ha de considerarse puramente formal e insuficiente, pues no se analiza en qué medida dichas partidas, cartas de compromiso o coste de mano de obra inciden en la viabilidad de la oferta.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso, los términos genéricos del requerimiento de información, la motivación en gran medida formal del informe de viabilidad, el principio de proporcionalidad y la necesidad de una motivación sustantiva en el sentido expuesto, para excluir una oferta que es la económicamente más ventajosa, debiera haberse concedido a la UTE la oportunidad de aclarar y/o completar la información, sin que ello suponga modificar la oferta, al considerarla la mesa o el órgano de contratación tan determinante y no haberla solicitado expresamente en el requerimiento.

En sentido similar se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 213/2020, de 18 de junio, 331/2020, de 8 de octubre, 352/2022, de 30 de junio, 449/2022, 15 de septiembre, 491/2022, de 14 de octubre y 318/2023, de 6 de junio. Así como, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones, 1079/2018, de 23 de noviembre y 76/2022, de 20 de enero».

Igualmente, en relación con las ofertas anormales o desproporcionadas, y en concreto sobre la motivación del informe de viabilidad emitido por los servicios técnicos del órgano de contratación, este Tribunal tiene una consolidada doctrina. Entre las más recientes, en la consideración tercera del fundamento de derecho séptimo de su Resolución 531/2023, de 27 de octubre, se indicaba en lo que aquí concierne lo siguiente:

«(...) en cuanto a la documentación justificativa de la oferta inicialmente incurra en baja anormal o desproporcionada y a los informes técnicos sobre viabilidad de las mismas, con base en el artículo 149 de la LCSP, de aplicación al presente caso, este Tribunal se ha manifestado en varias ocasiones sobre la necesidad de que en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que no se justifica adecuadamente la oferta, inicialmente, incurra en baja anormal o desproporcionada, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva que en los



supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la misma, en los que no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación (v.g. Resoluciones 294/2016, de 18 de noviembre, 10/2018, de 17 de enero y 30/2018, de 8 de febrero, de este Tribunal, entre otras).

En el mismo sentido se ha expresado ya desde sus inicios el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, manifestando su criterio entre otras muchas en su Resolución 142/2013, de 10 de abril, que resume su doctrina sobre ello; dice así: «Como hemos reiterado en diversas resoluciones en caso de exclusión de una oferta incurso en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”. Por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación».

Asimismo, dicho Tribunal Central en su Resolución 867/2014, de 20 de noviembre, que comparte este Órgano, indica que «Si la justificación del licitador se considera suficiente, nada obliga a que el informe incluya unos argumentos o motivación distinta o complementaria de la ya expuesta por el licitador. Si ésta se considera suficiente, nada exige que el asesor técnico recoja en el informe sus propias motivaciones motivando su aceptación», en el mismo sentido, las Resoluciones del citado Tribunal 1162/2017, de 12 de diciembre, 207/2018, de 2 de marzo, y 389/2018, de 23 de abril.

Sobre el particular, el 4 de julio de 2017, el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) ha emitido Sentencia, asunto T-392/15, en relación con un procedimiento de licitación de un contrato público de servicios, en la cual se analiza, entre otros extremos, el alcance de la obligación de motivación que incumbe al órgano de contratación cuando considera que la oferta seleccionada como más ventajosa en un procedimiento de contratación no es anormalmente baja. Según indica el TGUE, esta obligación de motivación tiene un alcance limitado, de manera que cuando un órgano de contratación selecciona una oferta, no está obligado a señalar expresamente, en respuesta a cualquier solicitud de motivación que le sea presentada, las razones por las cuales la oferta que ha seleccionado no le ha parecido anormalmente baja. En efecto, el Tribunal General señala que si la oferta ha sido seleccionada por el órgano de contratación, se deduce –implícita pero necesariamente– que este órgano ha considerado que no existían indicios de que dicha oferta fuera anormalmente baja.

En definitiva, en lo que aquí interesa, conforme a la doctrina expuesta, por un lado, en los supuestos en los que el órgano de contratación considere que se justifica adecuadamente la viabilidad de la oferta, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de la aceptación, y por otro lado, si la justificación de la oferta inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada no se considera suficiente, la motivación del informe ha de ser más exhaustiva de forma que desmonte las justificaciones aportadas por la entidad licitadora. (...).

En cuanto a la posibilidad de compensación entre distintas partidas de costes, en la justificación de la viabilidad de una oferta en presunción de anormalidad, en el fundamento de derecho octavo de la citada Resolución 555/2023, este Tribunal manifestó lo siguiente:

«(...) Por los mismos motivos expuestos, ha de darse la razón a la recurrente cuando afirma que los déficits de determinadas partidas de costes podrían ser compensadas con el beneficio industrial. En efecto, este Tribunal en una de sus resoluciones más recientes, en concreto en la Resolución 467/2023, de 22 de septiembre, ha puesto de manifiesto que el beneficio industrial es una partida que depende exclusivamente de la voluntad de la entidad licitadora, por lo que dicho beneficio podría asumir en parte o en su totalidad el déficit que se genere en otras partidas de costes de la prestación (v.g., entre las más recientes, Resoluciones de este Tribunal 371/2022, de 6 de julio, 22/2023 y 24/2023 de 13 de enero y 50/2023 a 54/2023, de 23 de enero, y del Tribunal Administrativo Central del Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 1966/2021, de 29 de diciembre).



En este sentido, en términos generales, si la licitadora ha omitido en la justificación de la viabilidad de su oferta determinados costes, a criterio del órgano de contratación, o los ha calculado en cuantía insuficiente, o no han sido debidamente acreditados, dichos costes deben disminuir el beneficio industrial estimado en su justificación, en cuanto ello sea posible, sin necesidad de que la entidad licitadora deba hacer una mención expresa sobre esta cuestión (Resoluciones de este Tribunal 22/2023 y 24/2023, de 13 de enero y 467/2023, de 22 de septiembre).

En el presente caso, no consta que en la evaluación de la viabilidad de la oferta de la UTE ahora recurrente el órgano de contratación haya tenido en cuenta la posibilidad de que la supuesta insuficiencia de la partida referida a la aplicación de descuentos sobre los precios unitarios de la “Base de Precios de Paisajismo” para la ejecución de partidas extraordinarias y de suministro/medición, pueda ser considerada válida si se puede entender subsumida dentro de la oferta global o del beneficio industrial, más bien todo lo contrario pues como se ha expuesto dicho informe de viabilidad afirma que los parámetros de anormalidad no se refieren a la oferta económica, sino a la aplicación de descuentos sobre los precios unitarios de la base de precios de paisajismo.

En cuanto a los gastos generales de estructura, éstos como cualquier otro coste siempre que se acredite que los mismos se han justificado en exceso, pueden absorber los déficits de otras partidas de costes, pues como se ha expuesto para la viabilidad de la oferta ha de considerarse ésta en su conjunto.

Asimismo, discrepa este Tribunal con la afirmación de la recurrente en la que señala que en caso de que la entidad licitadora tuviera pérdidas, éstas podrían ser compensadas incluso a costa de los resultados de la empresa en su conjunto, pues con carácter general ello impide que quede garantizada la correcta ejecución del contrato.

Por último, ha de indicarse que el órgano de contratación en el informe al recurso hace determinadas apreciaciones sobre las cartas de compromiso que este Tribunal no puede compartir. Así manifiesta el informe en esencia que puede darse un hipotético caso en el que la recurrente deje de disfrutar del descuento que le aplique su empresa proveedora, circunstancia que no solo le podría ocurrir a la UTE ahora recurrente, sino a cualquier entidad que pudiese ser la adjudicataria, y que entraría dentro del riesgo y ventura al que la persona contratista está expuesta en la ejecución de cualquier contrato y que puede repercutir en el beneficio que espera obtener».

También entiende este Tribunal necesario hacer referencia a su Resolución 449/2022, de 15 de septiembre, sobre la improcedencia de determinar la viabilidad de las ofertas en presunción de anormalidad mediante comparativas con las de otras licitadoras, que en su fundamento de derecho séptimo indica que:

*«(...) Por ello, el juicio de viabilidad ha de centrarse en analizar si, con la justificación dada por la ahora recurrente, es posible que ésta ejecute adecuadamente el objeto del contrato por el precio y las condiciones ofrecidas, sin que el hecho de que la concurrencia en otras posibles licitadoras de los elementos justificativos de la baja presentada, pueda condicionar la viabilidad de la oferta que se examina individualmente considerada y no en relación con el resto. En este sentido, la no existencia de elementos o circunstancias diferenciadoras con el resto de las entidades licitadoras, pudiese ser un indicio pero nunca una circunstancia determinante para la aceptación o rechazo de la viabilidad de una oferta inicialmente incurso en baja anormal (v.g. Resoluciones 69/2017, de 6 de abril, 75/2017, de 21 de abril, 5/2021, de 14 de enero y 416/2021, de 28 de octubre, de este Tribunal, entre otras).
(...)».*

Por último, ha de señalarse asimismo que la subcontratación no está eximida de la acreditación de la viabilidad de una oferta, inicialmente incurso en baja anormal, y de su comprobación por el órgano de contratación, como señala el penúltimo párrafo del artículo 149.4 de la LCSP, que 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». En este sentido, este Tribunal en su reciente Resolución 71/2024, de 9 febrero, en la consideración tercera de su fundamento de derecho séptimo señala en lo que aquí concierne lo siguiente:

«Al respecto de la subcontratación, si eso fuese así en el supuesto examinado, en la acreditación de la viabilidad de una oferta, inicialmente incurra en baja anormal, dispone el primer párrafo del artículo 215.4 de la LCSP que «Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato; incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201, así como de la obligación a que hace referencia el último párrafo del apartado 1 del artículo 202 referida al sometimiento a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos.» (el subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 201 de la LCSP, como se ha reproducido anteriormente, dispone en lo que aquí concierne que los órganos de contratación tiene la potestad de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que las personas candidatas y licitadoras cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V de la citad ley.

Así las cosas, tomando como ejemplo uno los trabajos previstos en las cláusulas 9 y 10 del PPT, en concreto el de resiembra de césped, conforme a los datos aportados por el órgano de contratación en el informe al recurso, la oferta del 65% sobre la BPP para la mano de obra no permite que pueda cumplirse en materia salarial el convenio estatal de jardinería, de aplicación a la práctica totalidad de la oferta de la UTE ahora recurrente».

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MONSECOR S.L.** contra la resolución, de 12 de julio de 2024, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicios de fisioterapia y logopedia para el Centro Municipal de Atención e Intervención Infantil Temprana», (Expediente SE-13/24), respecto del lote 2 «Servicios de logopedia», convocado por el Ayuntamiento de Lucena (Córdoba) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por la mesa o el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación, respecto del lote 2.

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.

