

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 680/2016

Recurso nº 581/2016

Resolución nº 680/2016

En Madrid, a 09 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. U.X.M.P., actuando en nombre y representación de la mercantil FERROVIAL SERVICIOS, S.A., (en adelante, FERROSER), contra la Resolución de 25 de mayo de 2016 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante, por la que se acuerda adjudicar a la empresa OHL SERVICIOS- INGESAN el contrato para la prestación del "Servicio de limpieza en la sede de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante y sus Administraciones", para el periodo del 01 de julio de 2016 al 30 de junio de 2017; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fechas 22 y 23 de marzo, y 2, 4 y 5 de abril de 2016, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante publicó en el DOUE, Boletín Oficial del Estado, Plataforma de Contratación del Sector Público y Perfil del Contratante, respectivamente, anuncio de licitación por el que se convocaba, mediante procedimiento abierto, la contratación para la prestación del servicio de limpieza en la sede de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante y sus Administraciones, para el periodo del 01 de julio de 2016 al 30 de junio de 2017. Siendo un contrato con un valor estimado de 620.000 €

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 2 de octubre y en 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.

Tercero. Con fecha 26 de abril de 2016 finalizó el plazo de presentación de ofertas, presentándose por las empresas: SOLDENE, S.A., FISSA ALICANTE GESTIÓN INTEGRAL DE SERVICIOS, S.L., OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A.U., LIMPIEZAS Y DESARROLLOS INDUSTRIALES DE LA SAFOR, S.L.U. SERVICIOS DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO RASPEIG, S.L. NETALIA RASPEIG, S.L., U.T.E. CIA. VALENCIANA - BROLOLI, S.L., FERROVIAL SERVICIOS, S.A., AUXILIAR DE SERVICIOS SIERRA NORTE, S.L., AEMA HISPÁNICA, S.L., CLECE SERVICIOS INTEGRADOS, S.A., STV GESTIÓN, S.L., LIMPIEZAS, AJARDINAMIENTOS Y SERVICIOS SERALIA, S.A. KLUH LINAER ESPAÑA. S.L., GRUPO ABETO SERVICIOS INTEGRADOS, S.A., CONCENTRA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. y LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A.

Cuarto. La mesa de contratación, en sesión celebrada el día 5 de mayo de 2016 para la apertura de la documentación económica y técnica presentada por las empresas licitadoras, consideró que la oferta presentada por la empresa OHL SERVICIOS—INGESAN, S.A., incluía valores anormales o desproporcionados, de conformidad con lo establecido en el artículo 152.2 del TRLCSP y en el apartado 14.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la presente contratación. Con base en lo cual, acordó solicitar a la citada empresa informe justificativo sobre la valoración de su oferta, precisando las condiciones de la misma, en particular lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas y condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación.

Quinto. Por la empresa OHL SERVICIOS — INGESAN, S.A., se ha presentado escrito de fecha 10 de mayo de 2016, en el que se recogen, desglosadas, las partidas que componen la oferta económica (escandallo de costes): costes de personal, incluyendo los correspondientes a seguros sociales; el coste de materiales, uniformidad, coste de los equipos de protección individual, gastos de explotación, gastos por subcontratación de determinadas partidas, o el beneficio industrial, y otras partidas pertenecientes a la oferta, y el importe total.

Sexto. Considerándose suficiente la justificación de la oferta, con fecha 25 de mayo de 2016, fue dictado por la Directora Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante, acuerdo por el que se adjudica el contrato a OHL SERVICIOS-INGESAN. Estando disconforme con dicho acuerdo, que fue comunicado por correo electrónico en fecha 30 de mayo último, en fecha 16 de junio siguiente en virtud del artículo 44.2 y siguientes del TRLCSP, se presentó en el registro del órgano de contratación escrito de interposición del presente recurso.

Séptimo. En el escrito de interposición se alegaba en primer lugar que existen graves defectos procedimentales de carácter formal que deben conducir inexorablemente a la declaración de nulidad de

pleno derecho de la adjudicación, ello toda vez que el órgano de contratación había comunicado la adjudicación a la recurrente mediante correo electrónico, pero sin adjuntar a dicho correo la resolución de adjudicación en los términos previstos en la Ley y por otro lado, el acuerdo publicado en el perfil del contratante tampoco reviste las características exigidas por la Ley para considerarlo como la resolución de adjudicación, y aunque lo fuera, no bastaría con su publicación en el perfil del contratante sino que la misma tendría que ser expresamente notificada a los no adjudicatarios tal y como establece el apartado 4º del artículo 151 del TRLCSP.

Añadía que habida cuenta que en el presente contrato hay subrogación de personal, facilitándose a los licitadores un listado de subrogación completo con las condiciones salariales de los trabajadores a subrogar en los pliegos (página 39 del PCAP), listado en el que se reflejan 429,50 horas (11 jornadas completas) de servicio semanales a subrogar, con una antigüedad media de 17 años, y habida cuenta de los costes salariales actualmente vigentes en el Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Alicante, los costes de personal anual, sin incluir la cobertura de vacaciones del personal titular, ni su absentismo o posibles subidas salariales para 2017, entre otros, ascenderían a un total de 243.088 euros al año. Y, en cambio, la adjudicataria especificó que sus costes de personal durante la duración del servicio ascienden a 211.177,14 euros. Por lo que consideraba que la oferta de OHL SERVICIOS-INGESAN ha de considerarse inviable tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista económico.

Octavo. En fecha 21 de junio de 2016 se emitió por el órgano de contratación el correspondiente informe.

Noveno. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente. Trámite que utilizó la adjudicataria del contrato, afirmando en su escrito, que presentó en el Registro Electrónico de este Tribunal en fecha 18 de julio último, en primer lugar que no existen vicios de nulidad en la notificación de la resolución de adjudicación, y tampoco en relación con su motivación, toda vez que no sólo se comunicó a la recurrente que se había acordado adjudicar a la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A. el contrato, sino que se le remitió la correspondiente información “con las características de la proposición de la citada empresa que han determinado su consideración como la oferta económicamente más ventajosa, a lo que se añadía que la valoración se hizo exclusivamente con arreglo a criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas y en estos casos cabe entender que la notificación de la adjudicación se encuentra debidamente motivada cuando se informa de la puntuación obtenida respecto a cada uno de los criterios de adjudicación, que es lo que aquí ha sucedido.”

Añadía que había quedado acreditada la viabilidad de su oferta de manera suficiente en el trámite previsto en el artículo 152 del TRLCSP. Y, en fin, que el hecho de que una proposición económica sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio Colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato, siendo además, falso que la proposición vulnere la normativa laboral o el Convenio Colectivo de aplicación.

Décimo. La Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo y mediante acuerdo de 7 de julio de 2016, decide el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP

Segundo. En aplicación del artículo 42 del TRLCSP ha de entenderse que el recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Tercero. Se recurre la adjudicación a la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN del contrato para la prestación del servicio de limpieza en la sede de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante y sus Administraciones, para el periodo del 01 de julio de 2016 al 30 de junio de 2017.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones del plazo y lugar de presentación del escrito de interposición establecido en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. La cuestión suscitada en el presente recurso es la relativa, en primer lugar, a que ha habido defectos de notificación y motivación de la resolución de adjudicación.

Respecto a la consecuencia que pretende el recurrente de la supuesta incorrecta notificación de la resolución recurrida, se ha de decir que las notificaciones pueden ser correctas, defectuosas o inexistentes.

Los conceptos de nulidad y anulabilidad se predicán de los actos administrativos pero no de las notificaciones y la eventual notificación defectuosa no puede acarrear invalidez del acto. Así, si una notificación se practica de forma distinta a la prevista en la Ley, ésta no surte efecto alguno, ínterin el destinatario no realice alguna actuación que presuponga el conocimiento del acto objeto de notificación, pero en modo alguno conlleva la nulidad o anulabilidad del acto notificado.

A ello se añade que el correo electrónico por el que se le notificó a la recurrente la adjudicación, refiere que contiene en Anexo las características de la proposición de la citada empresa que han determinado su consideración como la oferta económicamente más ventajosa, habiendo en el expediente una copia de tal correo y del de confirmación de su recepción, sin que en éste último se pusiera reparo alguno a que no se acompañaba el anexo.

Pero es que, además, el concepto de indefensión es un concepto material, y en el caso que nos ocupa, en cuanto ha podido discutirse la oferta de la adjudicataria, hay que entender que un eventual vicio de la notificación y motivación del acuerdo de adjudicación no ha conllevado merma del derecho de defensa, toda vez que la recurrente tiene conocimiento de dicha oferta.

Sexto. Respecto del fondo, se plantea que es inviable la oferta de la adjudicataria, toda vez que a la vista del listado de subrogación completo con las condiciones salariales de los trabajadores a subrogar contenido en los pliegos y de los costes salariales actualmente vigentes en el Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Alicante, la adjudicataria especificó unos costes de personal durante la duración del servicio inferiores a los resultantes de la aplicación del Convenio.

Sobre tal cuestión este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de analizar en alguna de sus Resoluciones el problema de si la entidad contratante está ligada por los convenios colectivos a la hora de diseñar las prestaciones que van a definir el nuevo contrato. El criterio que hemos venido manteniendo de manera reiterada es que no es así, que la entidad contratante debe tener plena libertad para definir el objeto del contrato conforme a las disponibilidades presupuestarias y a las circunstancias concurrentes. Este problema se ha planteado en relación con la posible existencia de bajas temerarias en las ofertas de determinados licitadores que no respetarían presuntamente las condiciones mínimas establecidas en el convenio colectivo y también en relación con la indebida determinación de los precios del contrato que se iba a licitar extrayendo siempre una misma conclusión como es que la entidad contratante no debe quedar vinculada por esta circunstancia y que las posibles reclamaciones que se pudieran presentar en este punto serían siempre competencia de la jurisdicción laboral.

Así, en nuestra resolución 185/2012 señalábamos que "En este sentido, como ya dijimos en nuestra resolución 66/2012 de 14 de marzo (recurso 35/2012), interesa apuntar que en el momento de fijar el presupuesto o precio de un contrato habrá que partir del principio de control del gasto, cuya previsión normativa aparece en el artículo 1 del TRLCSP, al disponer que: La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa". (...)

El TRLCSP en el artículo 87 establece las pautas para determinar el precio del contrato pero no determina los conceptos que debe contener el presupuesto base de licitación de estos contratos. No obstante, si bien es cierto que el presupuesto de licitación no está definido en el TRLCSP, del contenido del artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP en adelante) referido al presupuesto en el contrato de obras, y de otros preceptos concordantes, se deduce que es el importe base de la licitación, IVA excluido, sin incluir las eventuales opciones, prórrogas y modificaciones. Es la referencia básica para que los licitadores realicen su oferta económica y debe de aparecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares tal y como dispone el artículo 67 del RGLCAP.

(...) En concreto y sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el informe 4/2001, de 22 de febrero, sobre el artículo 14.1, último párrafo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (LCAP), relativo a la adecuación del precio de los contratos al mercado, considera que es ajeno a la contratación administrativa, y, por tanto, no puede incidir sobre ella de forma directa, lo pactado en un convenio colectivo laboral. No obstante añade que se pueden considerar como momentos en los que el órgano de contratación puede tener en cuenta, de alguna manera, el contenido de los convenios colectivos, por una parte, cuando ha de fijar el presupuesto base de licitación, a la hora de cumplir con el mandato de que éste sea adecuado al precio de mercado (art.14 LCAP), fijando y justificando en la memoria correspondiente un precio que contemple, entre otros factores, el coste establecido en el Convenio Colectivo.

En consecuencia, se considera que si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no

son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato."

Por otra parte, en este punto es de inexcusable citar el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado quien en su informe 34/2001, de 13 de noviembre, refiriéndose a un contrato de servicios de seguridad, señala que la Administración contratante debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para formular su proposición económica y en concreto los efectos derivados del convenio colectivo de empresas de seguridad, puesto que ello desvirtuaría el sistema de contratación administrativa obligando al órgano de contratación a realizar un examen y comprobación de diversos elementos o componentes con influencia en la proposición económica, como pudiera serlo, además de los del convenio respectivo, el pago de impuestos, el disfrute de exenciones y bonificaciones, posibles subvenciones u otros aspectos de la legislación laboral. Y concluye que la circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica, sin perjuicio de la posible aplicación de los criterios para apreciar bajas desproporcionadas o temerarias en concurso con los requisitos del artículo 86, apartados 3 y 4, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en esencia, el que dichos criterios figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares criterio éste aplicado por el Tribunal en diversas resoluciones (por todas, resolución 298/2011 de 7 de diciembre, recurso 278/2011).

También es preciso recordar que este Tribunal ya analizó la cuestión de la indebida disminución del presupuesto del contrato cuando, sin embargo, no se había producido una correlativa disminución del número de horas a prestar por el adjudicatario, lo que obligaba a entender que la decisión del ente contratante no era ajustada a derecho. (Resolución nº 229/2011).

Pero no es esta la cuestión que se plantea en el presente caso. La recurrente en ningún caso han afirmado que los cálculos realizados para fijar el presupuesto del contrato no respondan a un precio objetivo para las prestaciones que se van a desarrollar. Por el contrario, lo que se pretende es que este Tribunal imponga al órgano de contratación el respeto de los acuerdos laborales, cuestión esta que excede con mucho de su competencia, y que se siente la doctrina de que la existencia de un convenio colectivo obliga al ente contratante a incluir en el servicio todas y cada una de las prestaciones que se contenían en el contrato anterior, a pesar de que las disponibilidades presupuestarias o las necesidades del servicio hayan cambiado. Tal consecuencia no es ajustada a derecho por los argumentos antes expuestos.

Este mismo criterio ha sido sostenido en las resoluciones anteriores de este Tribunal, en el sentido de que el órgano de contratación no tiene la obligación de comprobar el cumplimiento de la legislación laboral en el ámbito de los costes salariales ni rechazar una proposición o impedir la adjudicación del contrato a favor de un licitador por la única causa de su hipotético incumplimiento, planteamiento compartido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en reiterados informes, entre ellos el 34/01, que expone que "la circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica".

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar, por las razones expuestas, el recurso interpuesto por D. U.X.M.P., actuando en nombre y representación de la mercantil FERROVIAL SERVICIOS, S.A., contra la Resolución de 25 de mayo de 2016 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante, por la que se acuerda adjudicar a la empresa OHL SERVICIOS-INGESAN el contrato para la prestación del "Servicio de limpieza de en la sede de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Alicante y sus Administraciones", para el periodo del 1 de julio de 2016 al 30 de junio de 2017.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el art. 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 de TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.