

**Recurso nº 42/2019****Resolución nº 47/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 27 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. R.C.F. actuando en nombre y representación de SERVICIOS SOCIALES ULLA-SAR, S.L.U. contra el acuerdo de adjudicación del contrato del servicio de ayuda en el hogar, modalidad dependencia, con número de expediente 11/2018, licitado por el Ayuntamiento de Lousame, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Por el Ayuntamiento de Lousame se convocó la licitación del contrato del servicio de ayuda en el hogar, modalidad dependencia, con un valor estimado declarado de 681.588,08 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público el día 22.10.2018.

**Segundo.-** El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP, en adelante).

**Tercero.-** El recurrente impugna el acuerdo de adjudicación de fecha 18.01.2019 a favor de la entidad SANOA MY DE,S.L.

**Cuarto.-** El día 08.02.2019 SERVICIOS SOCIALES ULLA SAR, S.L.U. (ULLA SAR en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación.

**Quinto.-** Con fecha 11.02.2019 se reclamó al Ayuntamiento de Lousame el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 18.02.2019.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 18.02.2019, recibándose las alegaciones de la empresa SANAMEDE S.L.

**Séptimo.-** Este Tribunal en sesión del día 15.02.2019 acordó mantener la suspensión del procedimiento de licitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** El presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Tercero.-** La entidad recurrente fue la segunda clasificada en el procedimiento de licitación, por lo que su legitimación a la hora de impugnar el acuerdo de adjudicación es incuestionable.

**Cuarto.-** Publicándose el acuerdo de adjudicación el día 21.01.2019, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

Por la empresa adjudicataria se alega como motivo de inadmisión la no presentación por formato electrónico. A este respecto, debemos señalar que el

recurrente trasladó a este Tribunal la imposibilidad tras varios intentos para la presentación del recurso en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con apertura de incidente al respecto por los servicios informáticos de la sede a través del Centro de Atención al Ciudadano, así como remitió el propio recurso vía correo electrónico, por lo que, con todo esto, la presentación subsidiaria de manera presencial en el Registro de la Xunta de Galicia no debería imposibilitar su derecho al planteamiento de este recurso especial y su voluntad de interponerlo.

**Quinto.-** Se impugna el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios con valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el recurso es admisible en esos aspectos.

**Sexto.-** La entidad recurrente fundamenta su impugnación en que la adjudicataria, en el trámite concedido al efecto, no justificó de manera adecuada su oferta incurso en valores anormales o desproporcionados, principalmente por lo que se refiere a la justificación del cumplimiento del convenio colectivo sectorial en lo referido a los costes salariales y por no incluir la totalidad de gastos a tener en cuenta para la prestación del servicio.

**Séptimo.-** El órgano de contratación se opone al contenido del recurso indicando que la oferta del adjudicatario *“es suficiente para el cumplimiento de sus deberes laborales”*, por lo que no se da el incumplimiento del convenio alegado en el recurso.

**Octavo.-** La empresa adjudicataria SANAMEDE, S.L., además de solicitar la inadmisión ya analizada, defiende que la actuación del órgano de contratación se ajustó a los trámites legalmente previstos y que el recurso pretende de forma improcedente impugnar los pliegos de la licitación.

**Noveno.-** A la vista del debate expuesto, debemos comenzar señalando que el PCAP en su cláusula 16 correspondiente a las ofertas con valores anormales o desproporcionados señala lo siguiente:

*“Para considerar una oferta como desproporcionada o anormal, se estará al dispuesto en el artículo 85 apartados 1, 2, 3 y 4 del RGLCAP, sin que sea de aplicación la valoración excepcional prevista en el apartado 5 del dicho artículo. Serán criterios objetivos para apreciar o no el carácter desproporcionado o anormal de la oferta:*

*1.- La justificación de los precios ofertados.*

## 2.- Volumen de contratación.

*La documentación que deben aportar los licitadores con ofertas inicialmente incursas en valores anormales o desproporcionados es la siguiente:*

### 1. Justificación de los precios ofertados:

#### 1.1.- Materiales:

*Compra, alquiler ... : carta de compromiso de los proveedores y precios detallados.*

*Medios propios y/o materiales de producción propia: relación detallada de los medios propios con indicación de su coste individualizado o precio de venta al público.*

#### 1.2.- Personal:

*Desglose de salarios a pagar al personal que se adscribirá al servicio en el que deberá acreditarse la justificación del cumplimiento del convenio colectivo de aplicación en el sector.*

*Cualquiera otra documentación que se estime de interés a los efectos de justificar los valores anormales o desproporcionados de la oferta.*

*2. Volumen de contratación: Deberá justificarse la relación existente entre los contratos que tenga adjudicados y en ejecución y los medios personales y materiales de que dispone y determinar cómo incide dicha relación en los precios ofertados.”*

Encontrándose la oferta de SANAMEDE, S.L. incursa en valores anormales, la misma presenta al respecto justificación de una extensión de cinco páginas, de las cuales únicamente menos de tres se refieren a los aspectos numéricos de su oferta.

El acta de la mesa de contratación que recoge la propuesta de adjudicación a favor de SANEMADE, S.L. recoge sobre la justificación de su oferta lo siguiente:

*“- La documentación presentada por el licitador “SANAMEDE, S.L.” señala los gastos de personal de la empresa, los gastos de material, los servicios privados actualmente contratados, los ingresos indirectos de los servicios privados que presta, los gastos directos de personal, los de material, los gastos mensuales compartidos*

*entre los servicios privados u los licitados así como una estimación del total de beneficios.*

*También señala los precios de mercado en el que los ayuntamientos de Valga y Outes tienen contratada la prestación del servicio de ayuda en el hogar.*

*También aporta certificado de compra de material a la empresa "MAYPER, Vestuario Laboral, S.L."*

#### CONSIDERACIONES

*I.- De la documentación presentada se comprueba que la oferta económica presentada cumple con el Convenio colectivo considerado: II Convenio colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia (DOG 16/02/2010) y del 6/11/2018 de la DXRL (DOG 21/11/2012), es decir, se respeta lo normativa laboral aplicable.*

*II.- Por otro lado, en la actualidad, la misma empresa está prestando el servicio de ayuda a domicilio en este Ayuntamiento en virtud de contrato firmado el 15.09.2017 por un precio de 10,50 €, más IVA (4%) 0,42 €, de lo que resulta un total de 10,92 €/hora, sin que en ningún momento se haya detectado carencias en la prestación del servicio.*

*La oferta actual que se valora es de 10,65 €/hora, más 0,43 € de IVA, de lo que resulta un total de 11,08 €/hora, es decir, un precio superior al que se viene pagando por este Ayuntamiento hasta ahora."*

Este TACGal ya se pronunció en numerosas ocasiones sobre la cuestión de las bajas desproporcionadas. Con cita en nuestra Resolución 105/2018, podemos señalar que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí mismo, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de eso, tras un procedimiento contradictorio al respecto. La decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, que debe sopesar las alegaciones formulados por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. No se trata de que el licitador justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

Tampoco resulta necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de

ella, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta, a lo que añadir que los argumentos o justificaciones aportados por el licitador deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. Finalmente debe atribuirse al poder adjudicador un amplio margen en la apreciación de la temeridad, con límites como el error, la arbitrariedad, etc... También en nuestra Resolución TACGal 45/2018 indicábamos respecto a la exclusión de un licitador que este era un resultado especialmente gravoso, por lo que la proporcionalidad no es un principio menor al respecto.

El artículo 149 de la LCSP establece al respecto de las bajas anormales un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas sean rechazadas sin comprobar previamente su viabilidad, permitiendo al licitador explicar los elementos que tuvo en cuenta para configurar su oferta. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la adecuada competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

En este caso, el recurrente argumenta que la oferta del adjudicatario incumple lo establecido en los pliegos de la licitación y en el artículo 149 de la LCSP, ya que los costes salariales estimados no se corresponden con lo exigido por el convenio colectivo de aplicación. Además, señala que la justificación presentada no se ajusta a lo determinado en los pliegos de la licitación, puesto que no se refleja el desglose de los costes salariales y, finalmente, argumenta el recurrente que la justificación presentada no recoge otra serie de gastos, salariales y no salariales, necesarios para la ejecución del contrato.

Centrados en la justificación presentada por el licitador adjudicatario, lo primero que resalta es su limitada extensión y su carácter esquemático, teniendo en cuenta las características e importe de la licitación y las exigencias al respecto establecidas en el propio PCAP.

Debemos resaltar aquí que de la oferta realizada por la adjudicataria -10,65 euros/hora- resulta una baja considerable respecto al tipo de licitación del 26,45%, más aún puesta en relación con la baja de la otra licitadora, que no alcanza el 4%, todo eso en el marco de un servicio en el que el precio del mismo deriva de manera principal del gasto de personal. Procede señalar la relevancia de este dato, y no tanto del relativo a la diferencia de la oferta respecto al umbral de la baja temeraria como realiza el adjudicatario en sus alegaciones, puesto que en este caso se debe tener en

cuenta que existiendo únicamente dos adjudicatarios, ese umbral resulta de manera principal de la propia baja del adjudicatario.

Recordemos en este sentido que, en consonancia con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, el pliego fijaba con claridad los términos en los que se debía producir la justificación de la oferta desproporcionada, que debía aportar información sobre los materiales a emplear y los gastos de personal -acreditando la justificación del cumplimiento del convenio colectivo-, además de poder hacer referencia al volumen de contratación de la empresa ajena a esta licitación.

Pasando a analizar los gastos de personal y el cumplimiento en ese sentido del convenio colectivo aplicable, cabe señalar que la mesa de contratación en su análisis de la justificación presentada, dio ese cumplimiento como probado, de acuerdo con lo señalado en el informe técnico emitido en el que se indicaba que:

*“De la documentación presentada se comprueba que la oferta económica presentada cumple con el Convenio colectivo considerado: El Convenio colectivo para la actividad de ayuda a domicilio de Galicia (DOG 16/02/2010) y del 6/11/2018 de la DXRL (DOG 21/11/2012), es decir, se respeta lo normativa laboral aplicable.”*

Como se puede apreciar, no aparece reflejado razonamiento ni cálculo al respecto que acredite la conclusión expresada. Sin embargo, el informe del órgano de contratación a este recurso sí recoge argumentación en tal sentido, si bien de una manera difícilmente acogible.

Así, señala que según el convenio colectivo aplicable para el año 2018 resulta un *“coste hora por auxiliar de 10,46€ hora de trabajo, es decir, un importe inferior al precio hora ofertado por Sanamede S.L.”*. Y añade que esta cantidad multiplicada por las horas totales licitadas da como resultado de los gastos salariales *“un importe de 447.604,32€, es decir, una cantidad inferior a la ofertada por Sanamede S.L., que es de 455.734,80€”*.

Esto le lleva a concluir en otro punto del informe que *“la oferta total realizada sí es suficiente para cubrir dichos costes, aunque a costa de destinar a sufragar dichas obligaciones con cargo a otras partidas como es el beneficio industrial o los ingresos generados por otros contratos”*.

Pues bien, nada de lo dicho por el órgano de contratación resulta de la justificación de la oferta presentada por el adjudicatario. En la misma el coste de la

hora del auxiliar se cifra en 9,75 euros, no 10,46 como procedería según el órgano de contratación. En consecuencia, los gastos de personal sólo ascienden a 417.222 euros, muy por debajo de los 447.604,32 euros en los que los cifra el órgano de contratación.

Debemos destacar que lo que debió tener en cuenta el órgano de contratación era la justificación presentada por el licitador y los cálculos por él aportados y sobre ellos fundamentar su pronunciamiento sobre la viabilidad de la oferta.

Al respecto, no es acogible que el órgano de contratación modifique los términos en los que la oferta fue configurada por el licitador, hasta llegar a señalar que abonará salarios superiores a los indicados por la empresa y que esos mayores costes se sufragan con cargo a los beneficios de la licitación, algo que se aleja entonces de la voluntad expresada por el adjudicatario en el trámite concedido para justificar su oferta, y en la que no hizo ninguna referencia a lo señalado por el órgano de contratación.

Así, en ese trámite previsto legalmente en el artículo 149 de la LCSP es al licitador a quien le corresponde justificar su oferta, conforme a los parámetros establecidos en la propia ley y, en este caso concreto, en el propio PCAP de forma clara. Esa justificación a presentar, como ya expresamos y señala con rotundidad la doctrina de los Tribunales Administrativos, no tiene que suponer una justificación exhaustiva de cada elemento de la oferta, pero eso no significa de ninguna forma que el órgano de contratación pueda suplir los defectos de esa justificación hasta llegar a reconfigurar la propia oferta del licitador.

Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 16.03.2017 (Roj STSJ Gal 1888/2017) en el trámite de justificación de una oferta desproporcionada *“lo que se tiene que justificar es la oferta presentada, no otra en la que, aunque el importe total sea el mismo, se modifican los de los diversos conceptos que lo integran”*.

En consecuencia, procede anular el acuerdo de adjudicación, tal y como solicita el recurrente en su escrito de impugnación. Ahora bien, no siendo procedente aceptar las explicaciones recogidas en el informe del órgano de contratación a este recurso respecto la viabilidad de la oferta, tal y como analizamos anteriormente, y no existiendo como vimos un razonamiento de la mesa de contratación sobre esa viabilidad y, específicamente, sobre el cumplimiento de las condiciones salariales

establecidas en el convenio colectivo de aplicación en base a los datos aportados por el adjudicatario, procede acordar la retroacción del procedimiento a los efectos de que la mesa de contratación analice la justificación presentada por el licitador el día 7.12.2018 y se pronuncie expresa y fundadamente sobre su viabilidad y, de manera concreta, sobre el cumplimiento de las condiciones salariales fijadas en el convenio colectivo de aplicación, a los efectos de proponer al órgano de contratación lo procedente. También, en su caso, si tienen incidencia partidas como las derivadas de las bajas o del abstentismo laboral.

Al respecto de ese análisis a efectuar sobre la viabilidad de la oferta, ya debemos señalar que hay diversos aspectos a tener en cuenta. En lo referente a los gastos de personal, por ejemplo, el trabajador social, si de alguna manera participa en la prestación del objeto contractual, algún reflejo económico parece lógico que resulte. Por otra parte, también debe ser analizado el cálculo del gasto en medios materiales, ya que aunque en la justificación de los cálculos efectuados incorpora únicamente como gasto la compra de guantes, también anexa documento justificativo de la compra de los uniformes de trabajo exigidos en los pliegos de la licitación.

Para agotar los términos del debate, señalar que no se puede acoger la doctrina expresada en el informe del órgano de contratación, al respecto de la falta de relevancia de los deberes laborales en la justificación de las bajas de los licitadores, en el marco legislativo anterior a la LCSP. Por un lado, porque es el propio PCAP, como *lex contractus*, el que establece como obligación que “*deberá acreditarse la justificación del cumplimiento del convenio colectivo de aplicación en el sector*”. Pero además, y se cabe aún más relevante, es que esa redacción es consecuencia de lo establecido en la propia LCSP, que en el artículo 149 obliga a rechazar las ofertas si no cumplen “*los convenios colectivos sectoriales vigentes*”.

Lo aquí expresado es conforme con la reciente Resolución 1147/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que expresamente señala:

*“En todo caso, la oferta habrá de rechazarse si de la misma se deduce que los costes no cubren los salarios de los trabajadores, teniendo en cuenta el convenio sectorial de aplicación u otras obligaciones medioambientales o de la normativa sectorial o cuando se base en hipótesis o prácticas inadecuadas. Conviene destacar que esta exigencia legal obliga a este Tribunal a modificar la doctrina hasta ahora seguida al respecto, por ejemplo, en resolución 261/2016”.*

Tampoco se puede acoger la alegación del adjudicatario de que se está procediendo en este recurso a la impugnación indirecta de los pliegos de la licitación. El escrito del recurso se dirige contra lo que entiende como incorrecta e incompleta justificación de su oferta por la empresa adjudicataria, sin que se haga ninguna mención, apenas indirecta, a la existencia de incorrección de los pliegos de la licitación.

Pretender fundamentar esa alegación en que el coste del salario del personal auxiliar significado en la justificación de la oferta es coincidente con el recogido en los pliegos, no podría obviar el hecho de que el precio hora fijado en esos pliegos asciende a 14,48 euros siendo la oferta del adjudicatario de 10,65.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por SERVICIOS SOCIALES ULLA-SAR, S.L.U. contra el acuerdo de adjudicación del contrato del servicio de ayuda en el hogar, modalidad dependencia, licitado por el Ayuntamiento de Lousame, ordenando la retroacción del procedimiento según lo expresado en esta Resolución.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.