

**Recurso nº 81/2019****Resolución nº 87/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 24 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. O.G.C. actuando en nombre y representación de ELEROC SERVICIOS, S.L. contra la exclusión de sus ofertas en la contratación de un servicio de limpieza respetuoso con el medio ambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo, expediente 311/2018, 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 la Universidad de Vigo se convocó la contratación de un servicio de limpieza respetuoso con el medio ambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo, 2 lotes, expediente 311/2018, con un valor estimado declarado de 1.201.750 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público y en el DOUE desde el 27.11.2018.

**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 (en adelante, LCSP).

**Tercero.-** Impugna el recurrente el acuerdo de exclusión de sus ofertas para el lote 1 y para el 2, publicado en la Plataforma el 11.03.2019 y notificado el mismo día.

**Cuarto.-** El 01.04.2019 ELEROC SERVICIOS, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces desde la web de este Tribunal.

**Quinto.-** Con fecha 01.04.2019 se reclamó a la Universidad de Vigo el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 05.04.2019.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados el 05.04.2019, recibándose las alegaciones de la empresa SERVICIOS AUXILIARES DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA S.L. (SAMYL S.L. en adelante) y de SAMAIN SERVIZOS A COMUNIDADE, S.A (SAMAIN, en adelante).

**Séptimo.-** Este TACGal en sesión del 04.04.2019 acordó suspender el procedimiento de licitación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Al amparo del artículo 35 bis 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.-** Las ofertas del recurrente tanto al lote 1 como al lote 2 fueron excluidas, por lo que dirigida esta acción hacia su anulación, ostenta la legitimación del artículo 48 LCSP.

**Cuarto.-** En virtud de los plazos descritos el recurso fue presentado en plazo.

**Quinto.-** Se impugna la exclusión de sendas ofertas en un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 €, por lo que el recurso es admisible.

**Sexto.-** Describiremos las alegaciones de los diferentes intervinientes en el recurso especial con el análisis del fondo.

**Séptimo.-** Lo que impugna el recurrente aquí es la exclusión de sus ofertas tanto al lote 1 cómo al lote 2 por oferta anormalmente baja, por lo que antes de comenzar a analizar lo sucedido en relación a cada uno de estos lotes es de interés reproducir como estaba diseñada esta cuestión en los pliegos concretamente en la hoja de resumen de características.

*“Parámetros de ofertas anormales o desproporcionadas*

*Criterio que se aplica: oferta económica.*

*Parámetro a aplicar: se tendrán en cuenta los criterios establecidos en los artículos 85 y 86 del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por lo que se aprueba el reglamento General de la LCAP.*

*Plazo para justificar la baja anormal o desproporcionada: el establecido por la mesa de contratación y, en todo caso, no inferior a cinco días hábiles.”*

Como sabemos lo que se recoge, concretamente, el artículo 85 del RD 1098/2001 es:

*“Artículo 85. Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas.*

*Se considerarán, en principio, desproporcionadas o temerarias las ofertas que se encuentren en los siguientes supuestos:*

*1. Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*

*2. Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*

3. *Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.*

4. *Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.*

5. *Excepcionalmente, y atendiendo al objeto del contrato y circunstancias del mercado, el órgano de contratación podrá motivadamente reducir en un tercio en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares los porcentajes establecidos en los apartados anteriores.*

6. *Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada.”*

Pues bien, siendo aquel el criterio fijado para determinar que una oferta esté en presunción de anormalidad, no podemos acoger la exclusión decretada para la propuesta de la recurrente en el lote 2 cuando, expresamente, en el expediente ya se recoge que la oferta económica de ELEROC SERVICIOS S.L, no está dentro del umbral de temeridad que resulta para tal lote.

A este respecto, el órgano de contratación argumenta que la oferta del recurrente incumple el convenio colectivo de aplicación, por lo que, a la vista de lo señalado en el artículo 149.4 de la LCSP no es necesaria una previsión en los pliegos al respecto para apreciar esa oferta como desproporcionada. Y, además, señala que, en todo caso, la cláusula 12.7 del PCAP recoge mención al respecto. El párrafo del 149.4 alegado señala:

*“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 ambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluido el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.”*

En este aspecto debemos aclarar que no cabe esa cita en el artículo 149.4 LCSP pues por texto y contexto el mismo es invocable en relación a una oferta identificada en presunción de anormalidad en base a lo fijado en los pliegos, lo que aquí, como acabamos de ver, no sucedía. Ya en la Exposición de Motivos de la ley se liga esa prevención normativa de ese precepto a que la oferta esté primeramente en ese umbral de anormalidad cuando recoge: *“Así, se establece que los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque no cumplen las obligaciones aplicables en materia ambiental, social o laboral.”*

Por otra parte, la cita del órgano de contratación al propio contenido de la cláusula 12.7 del PCAP no hace sino confirmar lo aquí señalado, puesto que la misma recoge:

*“A los efectos indicados en el artículo 149 de la LCSP la apreciación de ofertas con valores anormales o desproporcionados se efectuará según los parámetros objetivos que sean recogidos en el apartado 16 de la HRC y aplicando lo establecido por la normativa para el supuesto de que existan ofertas presentadas por empresas vinculadas.*

*En este aspecto, a los licitadores que presentaran ofertas inicialmente incursas en bajas anormales o desproporcionadas se les otorgará audiencia (...) En todo caso, las ofertas que se compruebe que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen los deberes en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, serán rechazadas”*

Por lo tanto, anulamos la resolución impugnada en cuanto a la exclusión de la oferta de la recurrente del lote 2.

**Octavo.-** La situación no es la misma en lo referido al lote 1 donde la oferta económica de ELEROC SERVICIOS S.L. traspasaba el umbral de temeridad calculado al amparo de lo antes reproducido en los pliegos.

Aquí sí estamos situados en el ámbito del citado artículo 149.4 LCSP, que recoge:

*“4. Cuando la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación identifique una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las presentasen y darles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen, razonada y detalladamente, el bajo nivel de los precios, o de los costes, o cualquier otro parámetro con base al cual se definió la anormalidad*

*de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes para estos efectos.*

(...)

*Se entenderá, en todo caso, que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta...”*

Pues bien, en este caso lo que observa este TACGal es que estamos ante una decisión de exclusión basada en un análisis del caso concreto, que aporta diversas razones para considerar la oferta como anormal, y una justificación previa de la empresa que no alcanza a justificar debidamente la baja de su oferta.

En este punto, significar que nos encontramos ante una licitación donde los diferentes costes estaban muy desarrollados en los pliegos, y sobre los que la oferta de la recurrente, aunque con desviación no cualificada frente al umbral de baja, tenía una bajada de un 20,67% en relación a aquellos cálculos del órgano de contratación. En todo caso, ya de estar en ese umbral de anormalidad recaía sobre esa empresa lo que marca el artículo 149.4 LCSP: *“justifiquen y desglosen, razonada y detalladamente, el bajo nivel de los precios, o de los costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se definió la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes para estos efectos”*.

En realidad, el recurso en lo que se centra prácticamente es en alegar que no hay imposibilidad potencial de disponer de trabajadores de empresas del grupo en el que se integra la licitadora y que eso no sería subcontratación. Ciertamente, sin ánimo de ser exhaustivo aquí, existe una doctrina jurisprudencial social, a la que parece responder el artículo 79 LCSP, que, con todos los matices de una cuestión con su complejidad, recoge (por todas, Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 26.11.1990, luego repetidamente citada por posteriores):

*“En todo caso queda claro que el problema que aquí se plantea es el que, con carácter general, se conoce como el de la circulación del trabajador dentro de las sociedades del mismo grupo, en el que resulta apreciable en la práctica una variada fenomenología, desde la situación de plantilla única y la actuación como empresario de todas las empresas del grupo a la sucesión de contratos o a la puesta a disposición del trabajador de otras sociedades del grupo manteniendo el contrato inicial con una de las sociedades de éste. (...) Pero, aparte de que las consecuencias*

*de la cesión son, en principio, las que establece el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, las diferencias entre misión en el grupo y cesión son también notables y han sido destacadas por la doctrina científica más autorizada: salvo supuestos especiales aquí no concurrentes, los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real. La movilidad responde a razones técnicas y organizativas derivadas de la división de trabajo en las empresas del grupo en una práctica que ha de considerarse, en principio, lícita siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, aplicando, en su caso, por analogía las que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. La situación guarda así alguna semejanza con la figura que para la función pública regulan los artículos 41.1.d) y 61 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado. Es cierto que, salvo previsión en contrario en las normas profesionales o en el contrato de trabajo, la misión dentro del grupo es de voluntaria aceptación para el trabajador. Pero el hecho de que en el presente caso no se haya contado con su consentimiento, aunque podría fundamentar una acción dirigida a poner fin a la comisión, no justifica la resolución del contrato de trabajo de conformidad con el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. Hay ciertamente una modificación de condiciones de trabajo por cambio del destinatario real de la prestación laboral, sin embargo no ha existido ninguna alteración significativa en el trabajo realizado, ni concurre circunstancia alguna que permita afirmar que la modificación subjetiva aludida determine un perjuicio para la formación profesional del trabajador o un menoscabo para su dignidad a los efectos de la causa de resolución que contempla el apartado a) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores y, aunque se considerara como un incumplimiento contractual la decisión de la empresa de imponer la comisión sin contar con el consentimiento del actor, ese incumplimiento tampoco podría calificarse como grave a efectos del apartado c) del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores cuando continúa realizándose el mismo trabajo, en la misma localidad y con idéntica retribución.”*

La empresa SAMYL S.L. en sus alegaciones señala que, en todo caso, y atendiendo a la redacción del Convenio colectivo gallego de centros especiales de empleo:

*“los centros especiales de empleo que no sean Centros especiales de empleo de economía social y sin ánimo de lucro, entendemos que es el caso de la mercantil recurrente, que es una S.L. y cuya actividad se regule por un convenio sectorial, este también sería el caso, ya que la limpieza de edificios y locales se regula en un convenio sectorial, pues bien, estos Centros especiales de empleo aplicarán los convenios colectivos sectoriales existentes en cada uno de los sectores en que la actividad productiva del centro se encuadra”.*

Ahora bien, aún partiendo de la hipótesis de esa potencial admisión de la circulación de trabajadores entre empresas del grupo argumentada en el recurso, sea a efectos dialécticos, lo cierto es que la empresa recurrente no logra desvirtuar a juicio del órgano de contratación otros óbices existentes para dar por válida la justificación de su oferta, sin que nada aporte al respecto el recurso formulado.

Como señalamos en nuestra Resolución 14/2018:

*“la función del TACGAL en este momento se limita a comprobar el cumplimiento de los principios y trámites legales, no pudiendo sustituir el juicio técnico del informe ni, tampoco, la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento de la oferta, que le corresponde al órgano de contratación. Procede, de este modo, comprobar que existe motivación racional en la decisión y que la misma no se fundamenta en criterios arbitrarios, lo que obliga a examinar la justificación del licitador y el informe emitido a efectos de determinar si la primera es o no suficiente y si los argumentos del informe técnico, aceptado por el órgano de contratación, son razonables para la decisión adoptada”.*

Si acudimos a la resolución de exclusión impugnada, la misma ya señala que:

*“En el requerimiento enviado a la empresa se le indicaba que en el supuesto de que los costes laborales fuesen inferiores a los 41.292,04 euros, se debería además “justificar de forma detallada dichos costes (salariales, cuotas de seguridad social, etc) al objeto de poder verificar que en todos los conceptos y componentes para cada uno de los trabajadores se asegura que se da cumplimiento al convenio colectivo anteriormente indicado”*

Dicha advertencia ya consta en el acta de la mesa de contratación que aprecia la anormalidad de la oferta y que el recurrente aporta con su recurso. Debemos partir además de que corresponde a la mercantil incurso en la presunción de baja desproporcionada el deber de aportar los elementos de carga que resulten convincentes para la aceptación de la oferta económica.

Analizada la justificación presentada por el recurrente, resulta que en la misma se recoge únicamente una cifra global de gastos salariales, 36.322,84 €, sin ajustarse por lo tanto al nivel de desagregación que le fuera exigido por el órgano de contratación ni, en consecuencia, al previsto artículo 149.4 de la LCSP citado anteriormente.

Como explicación de esos costes salariales el licitador se remite de forma genérica a indicar que una de las sociedades del grupo matriz es un centro especial de empleo, lo que le lleva a que *“estos costes sean sustancialmente inferiores, puesto que con esta modalidad de empresa, nos bonificamos de todos los costes en Seguridad Social, por lo que el coste de una jornada completa en la categoría específica para el servicio de este Contrato es de 15.246,27, puesto que únicamente nos supondría este coste máximo, pudiendo ser incluso inferior (12.600 euros anuales) al aplicar Centro Especial de Empleo”*, llegando a indicar la posibilidad de *“percibir subvenciones por cada trabajador integrado de este colectivo”*.

Sin embargo, no aporta cálculo que permita comprobar la realidad de esos costes aportados ni en que medidas esas cifras permiten acreditar como viable su oferta, concretamente los 36.322,84 € indicados como gastos salariales, de los que se desconoce su origen. Debemos destacar además que la resolución de exclusión recoge que:

*“Así mismo, debe tenerse en cuenta que los cálculos efectuados por él órgano de contratación se realizan considerando que se aplicarán al servicio 3 operarios, sin embargo, el licitador señala que “los costes salariales que generan todos los trabajadores, en este caso concreto 4 operario/la con jornada semanal de 90 horas semanales”. Sin embargo, nuevamente la licitadora no aclara ni justifica de donde sales los costes salariales”*

Por lo tanto, debemos concluir que la referencia en esa justificación a diversas cuantías globales e incluso a la posibilidad de recibir subvenciones, sin que se incorpore la necesaria desagregación y detalle al respecto, además de que los cálculos se efectúen sobre un personal diferente al previsto en la licitación, impide ya que este Tribunal se pueda apartar de la decisión que el órgano de contratación adoptó al respecto de la inviabilidad de la oferta.

Como señalamos en la Resolución 14/2018:

*“corresponde al licitador la justificación de su oferta, pues él es el único conocedor de las circunstancias que le permitieron alcanzar los precios ofertados, no pudiendo trasladar al órgano de contratación una labor de enmienda interpretativa de la documentación presentada”*.

Además, la resolución impugnada realiza otra serie de consideraciones que no se pueden pasar por alto:

*“el licitador no desglosa, de acuerdo con lo solicitado, todos y cada uno de los elementos recogidos en el apartado 5 del PPT, pues no destina importe a: los costes de supervisión del contrato (aspecto relevante ya que una persona actuando como delegado de la empresa (apartado 8 del PPT) se debe ocupar de la coordinación del personal, de las relaciones con el responsable del contrato, de llevar el seguimiento del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución en materia medioambiental (apartado 7.1 del PPT) y en materia de seguridad y salud (apartado 7.2 del PPT), al coste de las 100 horas extras fijadas en el PPT (apartado 4.2 del PPT). Asigna a la maquinaria y equipos un coste ridículo de 96,95 euros (un 0,23%).”*

Por lo tanto y a la vista del conjunto de la justificación presentada, este TACGAL no puede entender que con la misma se presente una prueba de la viabilidad del precio ofertado que permita contradecir el criterio del órgano de contratación. Como señala el artículo 149.6 de la LCSP:

*“Si el órgano de contratación, teniendo en cuenta la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el número cuatro, considera que la información solicitada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta”*

Por lo tanto, la empresa licitadora debe ser quien asuma la carga de la defensa de su oferta, con argumentos que la expliquen de forma satisfactoria. La superación de los límites fijados en el pliego se configura como presunción de temeridad que se debe destruir por el licitador, correspondiéndole solo a él la justificación de su proposición (Resolución 142/2013, de 10 de abril, con cita de la 121/2013, de 23 de mayo, ambas del TACRC), y si bien la misma no tiene que ser exhaustiva, lo cierto es que en este caso eran claros los parámetros fijados por el órgano de contratación en el requerimiento a los cuales se debía someter el recurrente, parámetros de detalle y concreción a los que no se ajustó la documentación aportada, sin que podamos apreciar falta de motivación en la resolución impugnada.

En conclusión, procede estimar el recurso al respecto del lote nº2 anulando el acuerdo de exclusión y retrotraer el procedimiento de licitación al momento inmediatamente anterior, a los efectos de que por la mesa de contratación se proceda a una nueva clasificación de las ofertas con inclusión de la presentada por la recurrente y a formular la propuesta de adjudicación.

Y, por los motivos señalados en esta Resolución, desestimamos el recurso en lo referido al lote 1 de la licitación.

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 ELEROC SERVICIOS, S.L., anulando el acuerdo de exclusión de su oferta en el lote 2 de la contratación de un servicio de limpieza respetuoso con el medio ambiente y con la seguridad y salud laboral en distintos centros de la Universidad de Vigo.

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 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 el 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.