

Recurso 334/2023
Resolución 389/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 4 de agosto de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FISSA FINALIDAD SOCIAL S.L.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Limpieza del Edificio World Trade Center sede de los Servicios Centrales de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo”, (Expte. CONTR 2023 0000081667), convocado por la citada Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de abril de 2023 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía 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. En dicha fecha los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 1.315.814,96 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la correspondiente tramitación procedimental, el 23 de junio de 2023 se dicta resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería por la que se adjudica el contrato a la entidad OHL SERVICIOS INGESÁN, S.A., (en adelante OHL o la adjudicataria). Con esa misma fecha se publica en el perfil de contratante y se notifica a la entidad FISSA FINALIDAD SOCIAL S.L. (en adelante FISSA o la recurrente), la adjudicación del contrato, así como, su exclusión del procedimiento de licitación.

SEGUNDO. El 13 de julio de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FISSA, formalmente contra la resolución de adjudicación del contrato, si bien sustantivamente el mismo se dirige contra la exclusión de su oferta.

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 las presentadas por la entidad adjudicataria OHL.

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 Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

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

En este sentido, aun cuando el acto formalmente impugnado es la resolución de adjudicación del contrato de 23 de junio de 2023, sustantivamente el recurso se dirige contra el acuerdo de exclusión de la recurrente por no justificar la viabilidad de su oferta. Al respecto, este Tribunal quiere poner de manifiesto que la propuesta de exclusión acordada por la mesa de contratación, en la sesión de 6 de junio de 2023, en el ejercicio de sus funciones de conformidad con lo dispuesto en el 149.6 de la LCSP, si bien no ha sido objeto de ratificación formal en la resolución de adjudicación del contrato, tal como lo pone de manifiesto la recurrente solicitando por este motivo su nulidad, ha de entenderse ratificada tácitamente conforme a las actuaciones llevadas a cabo en la tramitación del expediente, tanto por los términos de la adjudicación del contrato, como por la notificación de la exclusión practicada a la recurrente. En tal sentido si bien la falta de acuerdo expreso del órgano de contratación sobre la exclusión de la oferta, por no entender justificada su viabilidad, constituye una irregularidad, la misma tiene carácter no invalidante, puesto que no ha producido indefensión material a la recurrente como a lo largo de esta resolución se expondrá.

Por otro lado, el órgano de contratación en su informe plantea indirectamente la inadmisión del presente recurso al argumentar frente al recurso presentado que: *“la empresa licitadora FISSA tuvo la oportunidad de interponer recurso especial en materia de contratación frente al acto de trámite cualificado de propuesta de exclusión, es decir contra el acta de la 3ª sesión de la Mesa de Contratación publicada en el perfil del contratante, en virtud del artículo 44.2.b) de la LCSP relativo a los actos recurribles.”*



Pues bien, tal alegación en ningún caso puede ser estimada. De acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, la competencia para la aceptación o rechazo de una oferta, incurra inicialmente en baja anormal o desproporcionada, es del órgano de contratación, la mesa de contratación solo tiene competencia para la identificación de las ofertas incursas inicialmente en baja anormal, para la tramitación del procedimiento contradictorio en el que se ha de solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente, y para la propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación (v.g., entre otras, Resoluciones 150/2021, de 22 de abril, 156/2021, de 29 de abril, 322/2021, de 10 de septiembre, 408/2021, de 21 de octubre y 467/2021, de 23 de diciembre, de este Tribunal).

En el supuesto examinado, según consta en el expediente remitido, la mesa de contratación ha realizado la función que le encomienda el citado artículo 149 de la LCSP, esto es ha identificado la oferta incurra inicialmente en baja anormal, ha tramitado el procedimiento contradictorio en el cual se ha evacuado el informe de inviabilidad de la oferta y, finalmente, ha propuesto el rechazo de la oferta de FISSA al órgano de contratación por no acreditar la viabilidad de esta.

Sobre lo anterior, el artículo 44.2 b) del citado texto legal dispone que podrán ser objeto del recurso: *«Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149».*

En este sentido, procede concluir que el acto de la mesa de contratación por el que propone el rechazo de la oferta de la entidad ahora recurrente, no es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, dado que no concurre en él ninguna de las circunstancias del artículo 44.2 b) para alcanzar el carácter de cualificado, pues no determina la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causa un perjuicio irreparable ni decide sobre la adjudicación, sino que el supuesto defecto de tramitación, esto es la apreciación de la inviabilidad de su oferta, puede ser alegada al recurrir el acto de exclusión o, en su caso, el de adjudicación, adoptados por el órgano de contratación, como así ha ocurrido con la interposición del recurso especial que ahora nos ocupa.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de exclusión de la oferta de la ahora recurrente, contenido implícitamente en la resolución de adjudicación, consta publicado en el perfil de contratante y notificado a la recurrente el 23 de junio de 2023, por lo que el recurso presentado el 13 de julio de 2023 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 recurso. Alegaciones de las partes.

A. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, FISSA interpone el presente recurso contra la adjudicación del contrato y la exclusión de su oferta,



solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo *«declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de adjudicación del contrato, o subsidiariamente, la anulación, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de la viabilidad de la oferta presentada por FISSA en base a la justificación por esta aportada, para que dicha oferta sea admitida y, por tanto, esta mercantil resulte adjudicataria de la licitación.»*.

La recurrente combate su exclusión y se opone al contenido y a la conclusión alcanzada por el informe de 6 de junio de 2023 del Servicio de Administración General y Contratación, en el que se considera que *“las alegaciones esgrimidas por la licitadora no logran desvirtuar la presunción de tratarse de una oferta anormalmente baja”*.

Frente a tal afirmación FISSA defiende la viabilidad de su oferta que a su juicio se encuentra perfectamente justificada, calificando de errónea la valoración que de la misma se hace en el Informe por los siguientes motivos:

(i) En cuanto las cotizaciones a la Seguridad Social, respecto a las que el informe considera inadecuado el 34,00% calculado por FISSA en su oferta argumentando que el porcentaje a aplicar ha de ser del 35,00% previsto en el presupuesto base de licitación; la recurrente defiende la suficiencia de su propuesta.

(ii) Respecto al gasto por la sustitución por vacaciones, argumenta FISSA que tal y como alegó en la justificación aportada, las vacaciones de la totalidad de la plantilla subrogada se cubrirán mediante sustituciones realizadas por personal en situación de discapacidad perteneciente a la propia empresa, lo cual justifica el ahorro de costes reflejado en su oferta, ya que los seguros sociales de dicho personal se encuentran bonificados. Afirma que conforme a los costes ofertados *“el personal subrogado disfrutará con normalidad de los períodos vacacionales que les corresponden, si bien la empresa, gracias a su propia estructura y plantilla, podrá, legítimamente, realizar dichas sustituciones con un coste inferior al estimado de inicio por el órgano de contratación.”*.

(iii) En cuanto al coste de la sustitución de vacaciones del trabajador/a con categoría encargado/a indica que: *“el encargado pertenece, según el Convenio Colectivo de aplicación, al grupo III (y no al grupo I como defiende el Informe), por lo que el coste de sustitución de vacaciones ascendería, como mucho, a 1.914,28 € anuales, siendo aún inferiores en el caso de la oferta de FISSA porque contamos con encargados en situación de discapacidad en la Provincia de Sevilla, produciéndose, nuevamente, la bonificación y consiguiente ahorro en seguros sociales al que nos hemos referido en el párrafo anterior (hasta 1.428,57 €). En ambos casos el coste quedaría perfectamente cubierto con la partida de gastos generales.”*.

(iv) La recurrente defiende la corrección de la previsión formulada en su oferta para absentismo que calcula en un 0,5%, frente al 6% previsto en el pliego. FISSA, en este punto, apela al concepto de riesgo y ventura del contratista, de modo que cualquier error en su estimación será asumido por la empresa sin perjudicar el buen desarrollo del servicio. Alega además que su propuesta la avala *“la amplia experiencia que el día a día nos diferencia al gestionar a nivel nacional una plantilla de más de alrededor de 5.000 personas trabajadoras”*.

(v) En cuanto al coste de las pagas extras el informe afirma que: *“Destaca que la entidad reduce el coste anual de las pagas extras en 873,14 €, lo cual no se justifica”*. Frente a tal afirmación la recurrente argumenta que: *“el concepto de paga extra se calcula como 30 días de salario base + antigüedad –y esta, a su vez como n.º de quinquenios * 4,00 % * salario base día * (365+30+30+30)–, de modo que, en nuestra justificación, la antigüedad referente a las pagas extras se contempla en el campo “Antigüedad”, procediendo de este punto la diferencia entre las tablas de FISSA y del órgano de contratación, tanto en antigüedad, por exceso, como en el concepto de pagas extras, por defecto. La antigüedad de las pagas extras está recogida en la partida antigüedad”*.



(vi) Para el gasto de materiales los pliegos previeron un coste del 6 % de los gastos totales de personal del contrato; FISSA alega que *“se encuentra en disposición de reducir dicha partida, basándose en su experiencia previa, hasta el 2,00 %, debido, como ya indicábamos en nuestra justificación, a que contamos con acuerdos comerciales suscritos a nivel nacional con nuestros diferentes proveedores que nos permiten comprar a precios muy competitivos y, además, tenemos instaurado un modelo sin almacenaje, que también supone un ahorro en costes. Con ello, ha de considerarse debidamente justificada la partida consignada a tal efecto, sin que sea de recibo que se nos exija acreditar el contenido de dichos acuerdos, pues son confidenciales.”*.

(vii) En relación con el beneficio industrial previsto en la oferta del 0,35%, frente al 6% estimado en el pliego, la recurrente alega que *“debe concederse a la empresa licitadora la libertad de decidir el margen de beneficios con el que está dispuesta a trabajar durante la ejecución del contrato, redundado, en todo caso, en beneficio del contrato la rebaja planteada por FISSA”*.

Por todo lo expuesto, concluye la recurrente, que han quedado acreditado los errores en los que ha incurrido el informe de valoración de la viabilidad de su oferta, y por consiguiente probado que el importe ofertado por FISSA es suficiente para atender las necesidades del servicio de limpieza, con estricto cumplimiento de la LCSP que en su artículo 1 exige que en los procesos de contratación se asegure *“en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, 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”*, en orden a obtener *“una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”*.

B. Alegaciones del órgano de contratación.

El informe al recurso basa su argumentación en lo razonado en el informe de viabilidad elaborado por el Servicio proponente. En este sentido, va ratificando a lo largo de su alegato los razonamientos puestos de manifiesto en el informe de viabilidad para concluir oponiéndose a los motivos que sustentan el recurso. Así manifiesta:

(i) En cuanto a los gastos de Seguridad Social, el órgano de contratación alega que el presupuesto base de licitación se calcula en base a un 35% en concepto de cotizaciones de la seguridad social. Afirma que: *“No se entra a valorar si es suficiente con un 34% pues su repercusión en el cálculo es insignificante. Pero lo cierto es que el listado de personal sujeto a subrogación obligatoria no es indefinido, sino que está perfectamente concretado en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT)”*

(ii) En el apartado de cobertura de vacaciones el informe al recurso reproduce lo argumentado en el informe de viabilidad, en el que se dice *“La mayor deducción con respecto al PBL se justifica en la sustitución de vacaciones, que se realizará con personal discapacitado de las empresas del grupo. Sin embargo, la empresa no aclara la situación laboral en la que queda el personal subrogado en esos periodos de vacaciones, puesto que no se contemplan los costes de las vacaciones anuales retribuidas de este personal”*.

(iii) Respecto al coste correspondiente al trabajador encargado el órgano de contratación manifiesta que: *“es cierto que en el informe cuando se habla de grupo I parece que se comete un error material, queriéndose decir grupo III. Esto se demuestra puesto que, en el propio informe, en las tablas, se cita grupo III”*. Insiste, al igual que en el apartado anterior, que se ha obviado el coste vacacional del personal subrogado.



Además cuestiona que dicho coste se pueda imputar a gastos generales, argumentando al efecto que: *“Es difícilmente creíble que unos costes generales declarados de 3.907,73 € para el periodo de ejecución del contrato de 24 meses, sean absorbidos en su mayor parte por el coste de la sustitución vacacional de este trabajador (1.914,18 € anuales según declara FISSA; 3.828,36 € para el total del contrato), no dejando margen para otras partidas fundamentales para la ejecución del contrato integrables en la partida de Gastos Generales (salarios de personal administrativo, alquiler de edificios, por ejemplo)”*.

(iv) Sobre las pagas extra el informe alega que: *“Según el artículo 27 del Convenio de aplicación, la “Paga extraordinaria de Navidad: Consiste en treinta días de salario base diario, más antigüedad, y se abonará del día 1 al 15 de diciembre”, siendo similar para la paga extra de verano y la paga de beneficios. Tomando como ejemplo el trabajador encargado, siendo según convenio para 2023 el salario diario de 28,09 €, resulta un importe de cada paga extra: $28,09 \text{ €} \times 30 = 842,70 \text{ €}$. A esta cantidad habría que añadir el prorrateo mensual de la antigüedad de este trabajador (teniendo en cuenta que cuenta con dos quinquenios de antigüedad según el mismo artículo le corresponde 963,88 €). Por tanto: $842,70 + 963,88/365 \times 30 = 921,92 \text{ €}$ frente a los 854,40 € que resultan de la oferta de la licitadora FISSA para este trabajador.*

Con todo, resulta un déficit en los costes salariales de 873,14 € anuales por cada paga extraordinaria para el conjunto del personal de subrogación obligatoria.”

(v) El órgano de contratación se opone a la previsión de la partida del coste para material de limpieza contenida en la oferta alegando que: *“Con independencia de la existencia de dichos acuerdos comerciales y su confidencialidad, lo cual no se cuestiona, sí que es cierto que supone una rebaja de alrededor de 30.000 € anuales con respecto al PBL (una rebaja de un 75%). La experiencia de este órgano de contratación en este tipo de contratación llama a ser prudente con estas rebajas tan sustanciales en la partida de los suministros de material de limpieza e higiénico-sanitario, pues suponen problemas graves en la ejecución del contrato y quejas del personal trabajador de la sede.”*

(vi) En cuanto al beneficio industrial el informe manifiesta que: *“El beneficio industrial, alegando al riesgo y ventura, se baja del 6% establecido en el PBL al 0,35% lo cual también pone en riesgo la correcta ejecución del contrato”*.

C. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

Por último, la entidad OHL se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegación, y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre la justificación de la viabilidad de la oferta de la entidad recurrente.

Con carácter previo al análisis de los motivos en los que se funda el recurso, ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, en la que cabe mencionar 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, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad, rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa está 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 y 314/2022, de 10 de junio, entre otras.

Expuesto lo anterior, hemos de puntualizar, que, en el caso que examinamos, a la vista de las posiciones de las partes, se infiere que la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de su oferta, ni que el informe de viabilidad de dicha oferta adolezca de arbitrariedad, ni tampoco que se haya cometido desviación de poder, sino que el informe de viabilidad, cuyo contenido y conclusiones son aceptados por la mesa de contratación, ha incurrido en diversos errores que la recurrente rebate al entender que su proposición sí está convenientemente justificada.

Cabe señalar que el citado informe de viabilidad tras analizar la justificación de costes de la oferta económica presentada por FISSA concluye en los siguientes términos: “*Que en virtud de los anteriores, se considera que el informe de justificación aportado por la entidad licitadora FISSA FINALIDAD SOCIAL S.L., a pesar de contemplar un ahorro significativo en los costes salariales, por medio de la sustitución del 100% de las vacaciones del personal titular por personal discapacitado que grupo Fissa tiene en su actual plantilla de trabajadores de la provincia de Sevilla, en su conjunto adolece de argumentos que sustenten el ahorro en otras partidas apelando al riesgo y ventura de la empresa. Especialmente significativo el porcentaje de baja en la partida de gastos generales, donde además manifiesta que estarían incluidos los costes salariales del encargado que sería sustituido por una persona de su plantilla. Del mismo modo, el coste de materiales se reduce a un 2% frente al 6 % fijado en el PCAP. Todo ello, unido al exiguo beneficio del 0,35%, ante cualquier imprevisto pondría en peligro la correcta ejecución del contrato.*”

En consecuencia, salvo mejor criterio de la Mesa de Contratación, las alegaciones esgrimidas por la licitadora no logran desvirtuar la presunción de tratarse de una oferta anormalmente baja”.

La recurrente, como se ha expuesto en el fundamento anterior, se opone a las observaciones y conclusiones que alcanza el informe de viabilidad, por tanto, la discrepancia que el presente recurso plantea se centra en discernir si el informe de viabilidad de la oferta ha incurrido en los errores manifestados en el escrito de recurso, o por el contrario si las conclusiones alcanzadas en el informe son correctas y la oferta presentada no puede ser cumplida por la inclusión en la misma de valores anormales.



1. El primer motivo de recurso se refiere a la previsión que para la cotización de gastos de Seguridad Social propone FISSA. Al respecto el informe sobre la viabilidad de la oferta se limita a poner de manifiesto que el porcentaje ofertado por FISSA no coincide con el previsto para el cálculo del presupuesto base de licitación, pero sin esgrimir argumento alguno de fondo sobre la suficiencia o no del mismo. Tampoco el órgano de contratación, en su informe al recurso, esgrime oposición sobre ello, limitándose a decir que la diferencia del uno por ciento es insignificante, y centrando su oposición sobre una afirmación contenida en el recurso respecto a la indefinición del listado de personal a subrogar, cuestión que en nada afecta al debate de fondo que el presente motivo de recurso plantea.

Por su parte la recurrente en el informe de justificación de su oferta defiende la propuesta del 34% para gastos de Seguridad Social, desglosando su composición en los siguientes epígrafes: *“Contingencias comunes (23,60%), Desempleo tipo general (5,50%), FOGASA (0,20%), Formación profesional (0,60%), Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (3,60%) y Mecanismo de Equidad Intergeneracional (0,50%)”*.

Pues bien, atendido al desglose aportado por la recurrente en la que se incluyen los componentes de la cuota patronal que corresponde abonar a la empresa en concepto los seguros sociales del personal adscrito a la prestación del servicio, este Tribunal concluye que la previsión de un 34 % sobre los costes salariales de la plantilla es un porcentaje suficientemente justificado para hacer frente a tales gastos. Por consiguiente, se estima esta primera alegación del recurso y en su consecuencia se considera errónea la valoración efectuada en el Informe de viabilidad de la oferta, cuya única fundamentación se centraba en que la previsión del 35% en gastos por Seguridad Social era la prevista en los pliegos.

2. El segundo de los motivos hace referencia a la previsión del coste de sustitución por vacaciones. El Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares, denominado “Características del contrato”, en su apartado 2 “Presupuesto base de licitación y precio del contrato”, dispone: *“El estudio del presupuesto se ha basado en la configuración horaria del contrato actual del servicio de limpieza de la sede de esta Consejería y en el Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Sevilla (BOP 176 de 1 de agosto de 2022), con vigencia desde el 1 de enero de 2021 a 31 de diciembre de 2023, último publicado. Puesto que este convenio colectivo solo incluye tablas salariales para el 2023, para el cálculo de los costes en los ejercicios 2024 y 2025 se ha partido del coste total anual para 2023 incrementado en 2,5% anual acumulativo. (...)”*

El pliego recoge los importes de los distintos conceptos salariales correspondientes a cada una de las categorías laborales en una tabla, en la que en una de las columnas se prevé el gasto para sustituciones de vacaciones y cuyo importe total asciende a 18.739,66 euros en cómputo anual. El informe de viabilidad de la oferta realiza un cuadro comparativo entre la previsión de costes salariales contenidas en el pliego y la oferta de la entidad ahora recurrente, en el que se refleja, en cuanto a los costes de sustitución por vacaciones, una diferencia a la baja de 8.836,64 euros en la oferta de la recurrente. Como justificación de esta baja FISSA alega que los gastos en seguros sociales del personal que va a cubrir la sustitución por vacaciones se encuentran bonificados, argumento frente al que no manifiesta oposición alguna ni el informe ni el órgano de contratación en su informe. La oposición esgrimida sobre la viabilidad de la partida se centra en que, *“la empresa no aclara la situación laboral en la que queda el personal subrogado en esos periodos de vacaciones, puesto que no se contemplan los costes de las vacaciones anuales retribuidas de este personal”*

Pues bien, analizada la justificación de la oferta aportada por FISSA, así como, la comparativa de gastos contenida en el informe de viabilidad se constata que la oferta de la recurrente contiene el gasto total correspondiente a la



plantilla de personal en cómputo anual, por tanto, incluyendo el coste correspondiente al mes de vacaciones de todo el personal. Además, esos son los términos en los que se pronuncia la recurrente al afirmar que gracias a la partida del coste de vacaciones ofertados “el personal subrogado disfrutará con normalidad de los períodos vacacionales que les corresponden.

Por lo expuesto se estima esta segunda alegación contenida en el recurso respecto al coste por sustitución de vacaciones, cuya minoración en la oferta ha sido justificada por FISSA, sin que lo argumentado por el órgano de contratación desvirtúe la suficiencia de esta.

3. En cuanto al coste de sustitución por vacaciones del encargado, las objeciones alegadas en el informe de viabilidad se centran por un lado en la no previsión del coste salarial del encargado sustituido; este argumento no puede prosperar dado que, al igual que en el anterior motivo, consta en la oferta presentada que el coste del encargado del equipo se encuentra cuantificado en importe anual y por tanto con vacaciones incluidas.

La segunda controversia sobre esta cuestión es la relativa a la imputación de este coste a la partida de gastos generales. En tal sentido, y aclarado que es un puesto correspondiente al grupo III, la cuantificación del coste que sobre el mismo se realiza por ambas partes discrepa entre los 2.101,09 cuantificado por el órgano de contratación y la estimación de la recurrente que oscila entre 1.914,28 euros anuales, que podría minorarse en el caso de FISSA, por bonificaciones en los seguros sociales hasta los 1.428,57 euros. Pues bien, sin que por este Tribunal se obtenga ninguno de los resultados propuestos en aplicación de las tablas del convenio y siendo sus diferencias poco significativas es por lo que a los solos efectos del análisis de la presente cuestión se partirá del importe con bonificaciones declarado por la recurrente de 1.428,57 euros

El órgano de contratación cuestiona que, con unos gastos generales que, conforme a la oferta presentada, ascienden a 3.907,73 euros para el periodo de ejecución del contrato de 24 meses, puedan asumirse los 3.828,56 euros del coste de la sustitución vacacional de este trabajador durante ese periodo.

La primera consideración que ha de ponerse de manifiesto es la inadecuación de la imputación de un coste directo del servicio, como es la sustitución de las vacaciones del encargado, a la partida de gastos generales. Al respecto, el Informe 40/19 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado define los gastos generales de estructura 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.

En cuanto a la suficiencia y viabilidad de compensar el importe de este coste a la partida de gastos generales ofertado por la recurrente, a tal efecto y en primer lugar se ha de tener en cuenta las previsiones contenidas en el Anexo I del pliego que sobre gastos generales dispone lo siguiente.

Presupuesto base de licitación		
TOTAL GASTOS		515.601,47 €
Gastos Generales	10%	51.560,15 €

Por su parte de la oferta presentada por FISSA y de la justificación de su viabilidad se extrae la siguiente cuantificación para la partida de gastos generales.



	AÑO 2023 (5 MESES)	AÑO 2024 (12 MESES)	AÑO 2025 (7 MESES)	TOTAL
TOTAL GASTOS	89.490,33 €	216.932,31 €	127.769,63 €	434.192,27 €
Gastos Generales (0,9%)	805,41 €	1.952,39 €	1.149,93 €	3.907,73 €

Por tanto y aun partiendo de la estimación de coste más baja para la sustitución de las vacaciones del encargado, cuantificada en 1.428,57 euros y que para los dos años alcanzaría la cifra de 2.857,14 euros, tras la imputación de esta a gastos generales, resultaría un importe para hacer frente a los gastos generales de un contrato de limpieza durante dos años de 1.050,59 y por consiguiente de 525,29 euros al año. Y que en términos porcentuales supone unos gastos generales del 0,24%, partida muy inferior a la estimada en los pliegos del 10%. Frente a tan notable bajada de gastos generales la recurrente en la justificación de la viabilidad de su oferta se limita a afirmar que *“En base al volumen de facturación del presente contrato, así como al coste incurrido en la prestación del mismo, se ha establecido un porcentaje para estos de un 0.9% para abordar esta partida.”* Justificación que, a juicio del informe de viabilidad deviene insuficiente, más aún al imputarse a la misma el coste ya analizado de sustitución de vacaciones.

Pues bien, en efecto y a juicio de este Tribunal la justificación aportada por la recurrente no prueba la viabilidad de su oferta para hacer frente a los gastos generales del contrato, ni prueba que las conclusiones alcanzadas por el informe de viabilidad al respecto hayan incurrido en error alguno.

Además, tal y como señalamos con anterioridad, sobre la justificación de la viabilidad de la oferta rige el principio de discrecionalidad técnica, y la actuación del órgano de contratación está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad que, en el presente asunto, ni la justificación de la oferta ni el escrito de recurso han conseguido rebatir.

Por lo expuesto se desestima esta alegación del recurso.

4. En la partida de absentismos la recurrente defiende la corrección de la previsión formulada en su oferta que calcula en un 0,5%, frente al 6% previsto en el pliego. FISSA, en el recurso alega su amplia experiencia en la materia obtenida por la gestión de una plantilla de más de 5.000 personas trabajadoras; además en la justificación de su oferta aduce que *“En base por un lado al trabajo de campo realizado por nuestra empresa referente a este centro, a la propia experiencia en el sector servicios y concretamente en Limpieza de Fissa Finalidad Social, así como al hecho de que en el listado de subrogación no aparezca ni un solo contrato de interinidad/sustitución, se estima un coste medio de absentismo de un 0.50% sobre el coste directo de mano de obra, por ser claramente un centro no absentista.”*. Pero lo cierto es que tal afirmación no viene avalada por estudios o documentación alguna acreditativa de la certeza de los datos de absentismo previstos. Es más, consultado los estudios al efecto obrantes en distintos anuarios de asociaciones de empresas de limpieza, consta que el absentismo laboral en el sector de la limpieza disminuyó levemente durante el año 2022 *“situándose en el 6,18 %”*; por tanto, en una cifra muy similar a la contemplada en los pliegos y que en nada se compadece con la estimada por FISSA en su informe. Por lo que las alegaciones formuladas por la recurrente no justifican la previsión de absentismo que su oferta contiene.

En cuanto a la afirmación realizada por FISSA respecto a que *“cualquier error en su estimación será asumido por la empresa sin perjudicar el buen desarrollo del servicio”*, la misma será valorada, en el último de los apartados de la presente resolución, dedicado al beneficio industrial.



5. El importe previsto para el abono de pagas extras, según pone de manifiesto el órgano de contratación, es deficitario en la cantidad anual de 873,14 euros por cada una de las pagas. La recurrente alega que ello se debe a que han presupuestado la antigüedad, correspondiente a pagas extras, junto al resto de los costes de antigüedad del personal.

Pues bien, analizada la comparativa de costes contenida en el informe de viabilidad de la oferta, en efecto, se ha podido comprobar que la oferta presenta un déficit por importe de 873,14 euros en las columnas correspondiente a paga extra de navidad, paga extra de verano y paga de beneficios, que totalizarían un déficit anual por importe de 2.319,42 euros. En cuanto al importe previsto para antigüedad en la oferta de la recurrente, la comparativa refleja un exceso de 718,55 euros en cómputo anual, por consiguiente, aun siendo cierto que la oferta en la partida de antigüedad contiene un excedente, lo cierto es que el importe del mismo no da cobertura suficiente para el abono de la totalidad de las pagas extras previstas según convenio, sino que por el contrario arroja un déficit de 1.600,87 euros. Por lo que se desestima la presente alegación.

6. El apartado 2 del Anexo I del pliego, al regular el presupuesto base de licitación y precio del contrato y respecto a los gastos de material dispone: *“A los costes salariales se les han añadido un 10% sobre los mismos en concepto de gastos de material diverso, material de limpieza, maquinaria, uniformes, etc”.*

En este punto ha de tenerse en cuenta que en los cuadros del Anexo I del pliego se cuantifica en un 6% estos gastos, y se fijan en un importe total de 28.123,72 euros.

Frente a esta previsión del pliego, la oferta de la recurrente prevé para consumibles de limpieza un gasto del 2% sobre los costes salariales de su propuesta y que totalizan un importe para los dos años de ejecución del contrato de 2.140 euros. La recurrente afirma que *“se encuentra en disposición de reducir dicha partida, basándose en su experiencia previa, hasta el 2,00 %, debido, como ya indicábamos en nuestra justificación, a que contamos con acuerdos comerciales suscritos a nivel nacional con nuestros diferentes proveedores que nos permiten comprar a precios muy competitivos y, además, tenemos instaurado un modelo sin almacenaje, que también supone un ahorro en costes. Con ello, ha de considerarse debidamente justificada la partida consignada a tal efecto, sin que sea de recibo que se nos exija acreditar el contenido de dichos acuerdos, pues son confidenciales.”*

Pues bien, como se ha expuesto, el órgano de contratación entiende que dicho porcentaje es insuficiente para asegurar una correcta ejecución del contrato. Analizada la documentación obrante en el expediente se ha podido comprobar que dicho gasto no se ha desglosado ni se ha detallado por parte de la recurrente, ni se ha aportado documentación alguna que de soporte la importante bajada ofertada, sin que sea justificación suficiente para ello la alegada confidencialidad de los acuerdos comerciales, dado que el conocimiento de los mismos por el órgano de contratación y por este Tribunal puede llevarse a cabo protegiendo su confidencialidad. Por tanto, la justificación contenida respecto a esta partida tanto en la justificación presentada como en el escrito de recurso no explica de forma adecuada y suficiente la notable bajada para gastos de consumibles de limpieza, de los 28.123,72 euros contemplados en el presupuesto base de licitación a los 2.140,00 euros contenidos en la propuesta, y por consiguiente no desvirtúa la conclusión que respecto a la insuficiencia de esta partida alcanza el informe de viabilidad de la oferta y ratifica el órgano de contratación, criterio sobre el que además no podemos olvidar que rige el principio de discrecionalidad técnica, y la presunción de certeza y razonabilidad.

7. La última de las controversias que el recurso plantea es la relativa al beneficio industrial contenido en la propuesta, sobre el que órgano de contratación manifiesta su disconformidad al considerar que pone en riesgo la correcta ejecución del contrato; y frente a lo que la recurrente alega que *“debe concederse a la empresa licitadora*



la libertad de decidir el margen de beneficios con el que está dispuesta a trabajar durante la ejecución del contrato, redundado, en todo caso, en beneficio del contrato la rebaja planteada por FISSA”.

Señalar que, de conformidad con las previsiones del pliego, el beneficio industrial previstos en el presupuesto base de licitación del presente contrato es el siguiente

Presupuesto base de licitación		
TOTAL GASTOS		515.601,47 €
Beneficio Industrial	6,00%	30.936,09 €

Por su parte de la oferta presentada por FISSA y de la justificación de su viabilidad se extrae la siguiente información.

	AÑO 2023 (5 MESES)	AÑO 2024 (12 MESES)	AÑO 2025 (7 MESES)	TOTAL
TOTAL GASTOS	89.490,33 €	216.932,31 €	127.769,63 €	434.192,27 €
Beneficio Industrial (0,35%)	313,22 €	759,26 €	447,19 €	1.519,67 €
Mejora bolsas de horas	367,45 €	881,89 €	514,43 €	1.763,77 €

Sobre el beneficio industrial contenido en la oferta se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 339/2019, en la que nos manifestábamos en los siguientes términos:

«(...) En este sentido, procede señalar que lo que determina la exclusión de una oferta considerada inicialmente anormal o desproporcionada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, no es el bajo precio de la misma, sino la posible consideración de que esta no pueda ejecutar el contrato sin incumplir al mismo tiempo las obligaciones de orden social, laboral, medioambiental o de otro orden a la que esté obligada.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal entre otras en su Resolución 138/2017, de 5 de julio, al disponer que “(...) Asimismo, esa verificación solo debe limitarse a la viabilidad o posibilidad de cumplimiento del contrato desde la perspectiva de la oferta de cada licitadora; en este sentido, la normativa sobre justificación de ofertas presuntamente anormales o desproporcionadas no impone de forma absoluta la necesidad de valorar la coherencia económica de la oferta en sí misma considerada, sino si es viable que la licitadora ofertante la ejecute, de ahí que cobren especial importancia las condiciones de la propia licitadora. No cabe, por tanto, al menos como principio, extender ese análisis de viabilidad de la oferta a aquellas partidas de la misma que quedan al arbitrio de la entidad licitadora, como ocurre con los gastos generales o el beneficio industrial, quien las puede incluir en el porcentaje que estime pertinente, sin que los pliegos, ni las reglas de contratación establezcan fórmulas o porcentajes para la determinación o inclusión de tales partidas económicas”.

Por su parte el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 1175/2015, dispone *“(...) En este sentido, no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a una empresa que va a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios por debajo de lo que sería esperable o incluso a pérdidas o porque pueden existir muchas y muy diferentes motivaciones para ejecutar el contrato en esas condiciones. Las normas sobre temeridad no imponen de manera absoluta la necesidad de valorar la congruencia económica de la oferta en sí misma, sino si es viable que la empresa licitadora la ejecute. En este punto cobran especial importancia las condiciones de la propia empresa licitadora”.*



Partiendo de la doctrina expuesta, hemos de señalar que, en el supuesto que nos ocupa, la recurrente plantea un beneficio industrial del 0,35%, lo que supone 1.519,67 euros de beneficio industrial para los dos años de ejecución del contrato, con una reducción de su oferta respecto de lo establecido en los pliegos, de 29.416,42 euros. En el documento de justificación de los costes de la oferta, como única justificación del beneficio industrial propuesto la recurrente argumenta que: *“Grupo Fissa establece para este contrato un Beneficio Industrial de un 0,35%, por ser un contrato estratégico en la continua implantación y expansión de Grupo Fissa en la Provincia de Sevilla, pasando este beneficio Industrial a un segundo plano para esta empresa en lo que a efectos económicos se refiere.”*

Además, con cargo a la referida partida de beneficio industrial por importe de 1.519,67 euros habrán de imputarse las desviaciones de gasto que puedan producirse a lo largo de la ejecución de los dos años de contrato en partidas tales como absentismo o revisión de convenio, según manifiesta la propia FISSA en la justificación de su oferta.

La previsión contenida en el Anexo I del pliego para la revisión del convenio es la siguiente: *“Puesto que este convenio colectivo solo incluye tablas salariales para el 2023, para el cálculo de los costes en los ejercicios 2024 y 2025 se ha partido del coste total anual para 2023 incrementado en 2,5% anual acumulativo.”*

Frente a tal previsión FISSA, en la justificación de su oferta, considera suficiente el incremento del 1% para el año 2024 y del 2% para el año 2025, y concluye este punto con la siguiente afirmación: *“En cualquier caso y para esta partida económica, independientemente de la cuantía estimada para ella, no deja de constituir en todo caso lo denominado riesgo y ventura para la empresa, por ser precisamente una estimación.”* Por tanto, FISSA formula una oferta a la baja en la previsión de incrementos por convenio, que teniendo en cuenta que afecta a la partida de costes salariales de todo el personal cualquier desviación en la misma durante los próximos dos años tendría un impacto y arrojaría un déficit difícilmente asumible por el beneficio industrial previsto en la oferta.

Igual reflexión procede realizar con la previsión de absentismo, que la oferta calcula en un 0,5% frente al 6% estimado en los pliegos, y para cuya previsible insuficiencia la recurrente alega que tratándose de una estimación la misma se sufragara con cargo al riesgo y ventura del contratista, sin mayor análisis, proyección de gasto o justificación que puede sostener la viabilidad del argumento esgrimido.

Por tanto, en la justificación de la viabilidad de su oferta, la recurrente refiere como única justificación a la reducción que aplica al porcentaje destinado al beneficio industrial la circunstancia de que el presente contrato resulta estratégico en la implantación y expansión de Grupo FISSA en la Provincia de Sevilla, *“pasando este beneficio Industrial a un segundo plano para esta empresa en lo que a efectos económicos se refiere”*. Tal alegación deviene del todo inadecuada e insuficiente para explicar la viabilidad del servicio y correcta ejecución del contrato. Más aún cuando a una partida, tan minorada de inicio, pretende imputarse los muy probables déficits que se produzcan en otras partidas del contrato con impacto económico tan importante como el absentismo o la revisión de los incrementos salariales acordados por convenio, cuestiones ambas que afectan además a la totalidad del personal y durante toda la ejecución del contrato.

Por último, señalar que a todo los costes referidos ha de añadirse y computarse el coste de las mejoras ofertadas consistente en una bolsa de 100 horas y que cuyo coste asciende a 1.763,77 euros y que por sí sólo supera la previsión de los 1.519,67 euros en los que la recurrente estima el beneficio industrial.

En este sentido, es preciso recordar que una cosa es que sea admisible en teoría que una empresa destine los porcentajes que estime convenientes al beneficio industrial, incluso por debajo de lo esperable, y otra muy distinta es que, como pretende la recurrente, alegando el riesgo y ventura del contratista, se justifique la disminución de



otras partidas con su consiguiente imputación a un beneficio industrial ya de por sí muy minorado, y todo ello sin una justificación adecuada que explique la suficiencia de los importes ofertados, que a todas luces devienen insuficiente para la financiación de los correspondientes gastos.

Tras las consideraciones formuladas se desestima el recurso, habiendo de darle la razón al órgano de contratación que incide en la falta de justificación por el licitador del importe correspondiente a gastos generales y al beneficio industrial, lo que impide aceptar la compensación con cargo a ellos del déficit que pudiera producirse en otras partidas de contrato, máxime cuando se ha podido constatar que el importe ofertado en el apartado de costes salariales ya incurre en déficit, como hemos visto, en la cuantificación de las pagas extraordinarias del personal.

En base a todas las consideraciones formuladas se desestima el presente recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad la entidad **FISSA FINALIDAD SOCIAL S.L.**, contra la adjudicación del contrato denominado “Limpieza del Edificio World Trade Center sede de los Servicios Centrales de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo”, (Expte. CONTR 2023 0000081667), convocado por la citada Consejería Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

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.

