

RECURSO 157/2023
RESOLUCIÓN 168/2023

Resolución 168/2023, de 14 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial de contratación interpuesto por la mercantil Sociedad de Integración Berzosas S.L., frente a la resolución del Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León (ITACyL) de 24 de octubre de 2023, por la que desiste del procedimiento para la adjudicación del "Contrato de Servicios de Portería, Control de Acceso e Información al Público, realizado en edificios de la Finca Zamadueñas, reservado a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social".

I
ANTECEDENTES

Primero.- Por Resolución del ITACyL de 13 de marzo de 2023, se inicia expediente de contratación del servicio de portería, control de acceso e información al público, realizado en edificios del Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León, sitios en la finca Zamadueñas, reservado a Centro Especial de Empleo (en adelante, CEE) de iniciativa social.

Por Resolución del Director General del ITACyL de 8 de mayo de 2023, se aprobó el gasto, el expediente de contratación y se dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación.

El 11 de mayo de 2023 se publicó el anuncio de licitación en el perfil de contratante de ITACyL, alojado en la Plataforma del Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato es de 170.389,29 euros.

Segundo.- Por Resolución del Director General del ITACyL de 25 de mayo de 2023, se acuerda retrotraer las actuaciones del expediente de contratación al momento anterior a la aprobación del expediente y el gasto, al advertirse que durante la licitación la falta de previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la obligación de subrogación, así como de la

información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecta dicha subrogación.

Tercero.- El 24 de agosto de 2023, la mesa de contratación acuerda admitir a licitación a la mercantil Sociedad de Integración Berzosas, S.L. al haber subsanado los defectos observados en la documentación del sobre 1. Seguidamente procede a la apertura de los sobres que contenían la documentación correspondiente a los criterios evaluables automáticamente.

Consta en el expediente remitido que examinadas las proposiciones económicas, la mesa observa que el importe de las ofertas de todos los licitadores está por debajo del importe señalado en el apartado 3 del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la licitación, bajo el epígrafe "Desagregación estimada de costes salariales cuando forma parte del precio total". Por ello, acuerda solicitar aclaración a todos los licitadores para que justifiquen el cumplimiento del convenio colectivo y de los requisitos normativamente establecidos en materia laboral, aportando el desglose de los costes de los salarios de las personas empleadas, así como toda aquella documentación que resulte pertinente al efecto.

El 28 de agosto de 2023 se enviaron todas las solicitudes de aclaración a los licitadores participantes en el procedimiento.

Cuarto.- El 20 de septiembre de 2023, y tras el examen de las aclaraciones presentadas por todos los licitadores, la mesa de contratación acordó proponer el desistimiento del procedimiento de adjudicación, fundamentado en la circunstancia de que no todos ellos contaron con la misma información a la hora de elaborar sus ofertas.

Quinto.- Por Resolución de 24 de octubre de 2023, del Director General del Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León, se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación, notificándose a los interesados.

Sexto.- El 15 de noviembre de 2023, D. yyy, en nombre y representación de la Sociedad de Integración Berzosas S.L., interpone recurso especial contra la referida Resolución del Director General del ITACyL de 24 de octubre de 2023, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación del contrato.

Establece en su recurso en que el desistimiento del procedimiento de contratación se fundamenta "en una pretendida vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores", apreciada por la mesa de contratación, al entender que no todos los licitadores habían contado con la misma información sobre los trabajadores a subrogar a la hora de elaborar sus ofertas. Señala la recurrente que, el órgano de contratación parte de una mera presunción, sin aporte de evidencias de la existencia de una desigualdad de trato hacia los oferentes. Manifiesta que "En contra de todo ello, resulta probado que los licitadores que quisieron pudieron obtener, con suma facilidad, información adicional de la plantilla a subrogar más allá de la legalmente exigible en los pliegos".

Séptimo.- Incorporado el recurso al registro de expedientes, se le asigna el número de referencia 157/2023 y, tras ser requerido el órgano de contratación para que remita el expediente y el informe preceptivo, el 22 de noviembre se recibe informe, en el que sostiene la procedencia del desistimiento.

Octavo.- Concedido trámite de audiencia, el 29 de noviembre Ceteo, S.L. presenta alegaciones. Indica que la recurrente, actual adjudicataria, ha actuado con el ánimo de falsear la licitación y obtener una ventaja ilícita.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La recurrente está legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación a tenor del artículo 48 de la LCSP y está acreditada la representación con la que actúa.

El recurso se ha interpuesto contra la Resolución de 24 de octubre de 2023, del Director General del Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación del "Contrato de Servicios de Portería, Control de Acceso e Información al Público, realizado en edificios de la Finca Zamadueñas, reservado a Centros Especiales

de Empleo de Iniciativa Social”, por un valor estimado de 170.389,29 euros, y por tanto superior a 100.000 euros, por lo que cumple con las exigencias del artículo 44 de la LCSP, apartados 1.a) y 1.b) .

El acto por el que se acuerda desistir del procedimiento de licitación es susceptible de recurso, dado que, si bien no se recoge de forma expresa en la enumeración contenida en el artículo 44.2 de la LCSP, imposibilita la continuación del procedimiento.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido expresamente la impugnabilidad de este tipo de acuerdos en su Sentencia de 18 de junio de 2002, cuyo apartado 54 señala: “Atendidas las consideraciones que preceden, debe señalarse que el acuerdo por el que se cancela una licitación para un contrato público de servicios forma parte de las decisiones con respecto a las cuales, en virtud de la Directiva 89/665, los Estados miembros están obligados a prever procedimientos de recurso de anulación, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, así como las normas nacionales mediante las que se adaptan los ordenamientos jurídicos nacionales al referido Derecho”.

El recurso especial se ha presentado dentro del plazo legalmente previsto con arreglo al artículo 50.1.b) de la LCSP.

3º.- En cuanto a las condiciones del desistimiento, el artículo 152 de la LCSP dispone:

“(…) 3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

»4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. (...)”.

Este artículo 152, como se desprende de su lectura, regula de forma separada la renuncia y el desistimiento.

De acuerdo con el precepto transcrito, el desistimiento no se configura como un acto discrecional, sino que deben de confluír los requisitos de forma y fondo habilitantes para su adopción. Sin embargo, este *ius variandi* de la Administración exige -para que no sea arbitrario- una adecuada motivación. Deben justificarse las razones de interés público que la motivan, sin que baste su mera invocación.

4º.- La cuestión sustantiva objeto del recurso especial planteado consiste en determinar si el desistimiento acordado por el órgano de contratación resulta o no ajustado a Derecho, por concurrir una infracción insubsanable en los términos exigidos por el artículo 152.4 de la LCSP.

El artículo 130.1 de la LCSP, señala que "Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista".

Como señala el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 61/19, sobre la "Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público", el licitador saliente debe facilitar toda información relevante sobre los costes laborales, al órgano de contratación, para que este lo ponga en conocimiento de todos los licitadores, cosa que se hizo de manera incompleta, y a juicio de este, con consecuencias relevantes.

En el presente caso, el recurrente manifiesta que ha cumplido con el requerimiento efectuado por el órgano de contratación cumplimentando la hoja modelo sobre las "Condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación", y que en ella se refleja toda la información que "en todo caso" exige el apartado 1 del artículo 130 LCSP.

No obstante, la mesa de contratación, a la vista de las aclaraciones realizadas por los licitadores respecto a sus ofertas, constata que alguna de las licitadoras no conocía la situación de incapacidad permanente total de uno de los trabajadores que venía prestando el servicio, circunstancia que consideran determinante para el cálculo de los costes salariales.

Al respecto consta en el expediente que la licitadora Servicios Osga, S.L. como consecuencia de una visita al centro de trabajo de Sociedad de Integración Berzosas, S.L. fue conocedora de que uno de los trabajadores actuales "tiene la condición de discapacidad por lo que tendrá derecho a bonificar y dado que el actual prestatario es un CEE también a subvencionar el 50% del SMI". Por el contrario, según las aclaraciones presentadas por el resto de licitadores, ninguno de ellos tuvo en cuenta esta circunstancia, aunque alguna también visitó el centro de trabajo.

Así, revisada por la mesa en Anexo VII del PCAP denominado "Condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación", que recoge la información proporcionada por la empresa que viene realizando el servicio a los efectos del artículo 130 de la LCSP, se observa que no se ha dado información sobre la circunstancia de que uno de los trabajadores, aun no siendo discapacitado, tiene una consideración y unos beneficios equiparables, a raíz de la publicación el día 1 de marzo de 2023 en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, y de su entrada en vigor al día siguiente.

Esto es, solo la mercantil que venía prestando el servicio, ahora recurrente, y la licitadora Servicios Osga, S.L. conocían la situación de incapacidad permanente total de uno de los dos trabajadores a subrogar. Y esta última, sabía de tal circunstancia por haber realizado -con éxito- una visita al centro de trabajo y no porque el actual prestador del servicio hubiera facilitado tal información al órgano de contratación para incluirlo en los pliegos de la licitación a efectos de la subrogación del personal.

Ante esta circunstancia, la mesa consideró que no todos los licitadores contaron con la misma información a la hora de elaborar las ofertas, y que esa

situación fue relevante en la licitación, pues el criterio del precio tenía una ponderación de 90 puntos sobre 100. Dicha situación suponía a su juicio, que no se había garantizado el principio de no discriminación e igualdad de tratos entre los licitadores recogido en el artículo 1 de la LCSP.

Este Tribunal considera, al igual que el órgano de contratación, que no puede hacerse depender de una actuación no obligatoria del licitador -visitar o no el centro de trabajo, para informarse por ella misma- para que pueda tener acceso a información relevante relativo a las condiciones de los contratos del personal subrogable. Dicha información debe ser facilitada correctamente por el órgano de contratación, incluyéndose en los pliegos, de conformidad con lo establecido en el artículo 130.1 de la LCSP, toda "la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida". Esto es, se debe obrar con transparencia, para garantizar a todos los licitadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio.

A mayor abundamiento, uno de los licitadores, Ceteo S.L. manifestó tanto en su escrito de aclaraciones como en las alegaciones a este recurso, que intentó contrastar la información facilitada, a efectos de subrogación mediante una vista a las instalaciones y no le fue posible pues "los trabajadores manifestaron la prohibición de su empresa de trasladarnos dato alguno". Indica que los datos facilitados "se intentaron contrastar mediante una visita a las instalaciones, dada la incongruencia o sospecha de inexactitud de alguno de esos datos (categorías profesionales que no existen en el convenio colectivo aplicado, trabajadores sin discapacidad cuando se trata de un CEE y salarios indicados diferentes a los indicados en el convenio colectivo de aplicación y para cada uno de los trabajadores y con cifras y porcentajes en números redondos).

»En esta visita no pudo contrastarse nada pues los trabajadores manifestaron la prohibición de su empresa de trasladarnos dato alguno. No obstante, nos quedaron dudas sobre la situación legal de alguno de ellos.

»Con la única fuente de datos disponible, es decir el listado de subrogación suministrado, además del convenio colectivo de aplicación para los Centros especiales de Empleo vigente (XV convenio colectivo de centros y servicios de atención a la discapacidad) elaboramos la oferta con los cálculos suministrados, una vez que se comprueba que no están por debajo de los del

convenio colectivo en la categoría que entendemos que corresponde a las tareas referidas; operario/auxiliar de servicios generales; 15.120 € anuales”.

Ciertamente, como recuerda la recurrente, el deber de información se configura como una obligación formal, no material. “El órgano de contratación no está obligado a recabar más información de la exigida en el artículo 130.1 LCSP a la hora de elaborar los pliegos. La exacta evaluación de los costes laborales ha de garantizarse en la fase de ejecución del contrato y no a la hora de adjudicarlo, siempre que no medien ofertas anormalmente bajas”. Así, la relación que realiza el artículo 130.1. LCSP, no incluye expresamente la “situación de incapacidad permanente, en grado total, de uno de los trabajadores de la plantilla”. No obstante, el precepto señala en este apartado 1 “en todo caso”, referencia que permite considerar que esa relación tiene la condición de mínimos, dado que incorpora una cláusula general indicativa de que deberá incluirse toda “la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una **exacta** evaluación de los costes laborales que implicará tal medida”.

A juicio del órgano de contratación “La mejor demostración del carácter determinante de esa información es que los dos licitadores que lo conocían fueron los que realizaron las mejores ofertas”. Añade que los datos omitidos en la información facilitada a los licitadores tienen un carácter esencial para la configuración de la oferta, puesto que, aunque el trabajador no tiene la condición de discapacitado, sí tiene una consideración y unos beneficios equiparables. En concreto, una bonificación del 100% de las cuotas mensuales de la seguridad social, así como una bonificación del 50% del SMI de los trabajadores con discapacidad.

Por último, la recurrente alega que, si aplicaran tales bonificaciones a las ofertas económicas de los licitadores que desconocían la situación especial del trabajador a subrogar, no se produciría alteración en la propuesta de adjudicación del contrato, manteniéndose como primer clasificado a efectos de la adjudicación.

Este Tribunal comparte el criterio del órgano de contratación sobre que tal afirmación de la recurrente es una mera hipótesis, pues no puede conocerse cuáles hubieran sido realmente las ofertas del resto de licitadores si hubieran tenido conocimiento tanto de la situación física del trabajador como de los beneficios en la reducción de los costes salariales y de seguridad social. No es posible conocer la verdadera voluntad del licitador, aplicando una simple

operación aritmética, como hace el recurrente. Y, en todo caso, la solicitud de aclaraciones a los licitadores en relación a sus ofertas no puede servir, en ningún caso, de base a la mesa de contratación para interpretar lo que en realidad constituiría una nueva oferta.

En relación con la falta de motivación que el recurrente imputa al acuerdo de desistimiento, es doctrina reiterada de los Tribunales de contratación que tanto el desistimiento como el acto de adjudicación se entenderán motivados de forma adecuada si, al menos, contienen la información que permita al licitador interponer recurso en forma suficientemente fundado. De lo contrario, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, lo que produciría indefensión y provocaría la presentación indebida de recursos. En el presente caso, en la notificación del desistimiento se hacen constar los motivos por los que se acuerda, por lo que no se aprecia infracción en este sentido y resulta evidente que el licitador ha podido presentar recurso suficientemente fundado.

No habiéndose producido por tanto una vulneración de las normas esenciales del procedimiento sólo puede concluirse que concurren los requisitos señalados en el artículo 152 para acordar el desistimiento.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial de contratación interpuesto por la mercantil Sociedad de Integración Berzosas S.L., frente a la resolución del Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León (ITACYL) de 24 de octubre de 2023, por la que desiste del procedimiento para la adjudicación del "Contrato de Servicios de Portería, Control de Acceso e Información al Público, realizado en edificios de la Finca Zamadueñas, reservado a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social".

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).