



Expte.: 85/2015

Acuerdo 3/2016, de 13 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública presentada por don R.P.C., en nombre y representación de “Limpiezas Aranguren, S.L.”, frente a la adjudicación de contrato “*Servicio de limpieza ordinaria de 9 centros de enseñanza para el periodo de 1 de enero al 31 de diciembre de 2016*”, por parte del Departamento de Educación del Gobierno de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de agosto de 2015 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra la licitación del contrato “*Servicio de limpieza ordinaria de 9 centros de enseñanza para el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016*”, promovido por el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra, procedimiento de adjudicación en el que participó la mercantil “Limpiezas Aranguren, S.L.”.

SEGUNDO.- Una vez finalizado el proceso de licitación pública y conforme a la propuesta elevada por la Mesa de Contratación, mediante Resolución 296/2015, de 17 de noviembre, del Director General de Universidades y Recursos Educativos, se realiza la adjudicación por lotes del servicio de limpieza ordinaria de 9 centros de enseñanza, para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2016. Esta resolución es notificada en fecha de 25 de noviembre de 2015, a la reclamante “Limpiezas Aranguren, S.L.”.

TERCERO.- El día 4 de diciembre de 2015, don R.P.C., en representación de la mercantil “Limpiezas Aranguren, S.L.”, formula reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra frente a la

adjudicación por parte del Departamento de Educación del precitado contrato de limpieza de centros docentes, alegando de forma general y sin más datos que las empresas adjudicatarias no cumplen con el convenio de limpieza, según las ofertas económicas presentadas.

Para fundamentar su pretensión y como ejemplo, la mercantil adjunta al escrito de reclamación una serie de cuadros que, en su opinión, efectuado un análisis conjunto de las ofertas técnicas (número de horas ofertadas a la Administración) y precio de adjudicación (según la oferta que la empresa realiza), demostrarían que la oferta económica de la empresa “Omega Facility Services, S.L.” adjudicataria de lote número 7 (IES Eunáte), no alcanza a cubrir los costes mínimos del personal de obligada subrogación, exigibles para el cumplimiento del vigente Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Navarra, incumpliendo en consecuencia el requisito del Pliego de Cláusulas Administrativas que ha regido el procedimiento, que debe respetar toda empresa licitadora.

Además, “Limpiezas Aranguren, S.L.” considera que la información trasladada a los licitadores puede no haber sido la correcta, ya que, en relación al referido lote número 7, existen discrepancias entre lo certificado por el centro y lo certificado por la empresa saliente “Limpiezas y Servicios Maju, S.L.”, observándose conforme a los documentos que anexa a la reclamación que dicha mercantil solo certifica las horas ordinarias semanales, pero no certifica que haga ninguna más, incumpliendo el pliego anterior.

Por todo ello, la reclamante solicita *“que se dicte resolución por la que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada, por la que se adjudica la limpieza de los centros educativos ofertada en Contratación del servicio de limpieza ordinaria de 9 centros de enseñanza para el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016, y sea adjudicado conforme a derecho, y no se permita concursar a aquellas empresas salientes que ha certificado que realizan menos trabajos de los comunicados a la Administración”*.

CUARTO.- Con fecha de 23 de diciembre de 2015 la entidad reclamada aporta el expediente objeto de impugnación, así como escrito de alegaciones en el cual se opone a la reclamación presentada.

En primer término, en lo referente a que la información facilitada a los licitadores por la Administración pudiera haber sido inexacta o contradictoria, el Departamento de Educación señala que según se desprende del tenor del punto 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, dado que la empresa adjudicataria está obligada a la subrogación en los contratos de los trabajadores de la empresa cesante, solo a efectos meramente informativos se facilita a los licitadores la información aportada por la actual prestataria, sin que el Departamento de Educación se haga responsable de la veracidad de los datos contenidos en la información, debiendo ser las empresas licitadoras las que deban comprobar las circunstancias laborales del personal susceptible de subrogación.

Y por último, sobre la cuestión relativa a la obligación de las empresas licitadoras de ajustar sus ofertas económicas a las previsiones del referido Convenio Colectivo, el Departamento de Educación se remite a la alegación presentada en el expediente 81/2015, que fue resuelto mediante Acuerdo 67/2015, de este Tribunal.

En dicha alegación, aportada con fecha 26 de noviembre de 2015, el Departamento de Educación consideraba que una reclamación de esta índole debiera ser inadmitida, dado que no se fundamenta en alguno de los motivos tasados recogidos en el artículo 210.3 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos (en adelante LFCEP), y además, porque el control de los requisitos de carácter social solo puede darse en la fase de ejecución contractual, teniendo la Administración en caso de incumplimiento por parte del adjudicatario de la normativa laboral, la facultad de resolver el contrato o de imponer penalidades al contratista.

QUINTO.- Con fecha 28 de diciembre de 2015 se da traslado del expediente a los interesados para que en el plazo de tres días, puedan alegar cuanto estimen pertinente en defensa de sus derechos.

En fecha 29 de diciembre de 2015, don J.A.I.M., en representación de “Omega Facility Services, S.L.”, entidad adjudicataria del contrato, formula alegaciones.

La citada mercantil considera que la reclamación formulada por “Limpiezas Aranguren, S.L.”, debe ser inadmitida por haberse presentado fuera de plazo y, para el supuesto de que se tenga por admitida, indica que la oferta económica que ha presentado supone un precio hora resultante para el lote 7 (IES Eunate) superior al coste del precio por hora fijado en el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Navarra.

Además, la referida entidad mercantil indica que una vez que se produzca la reorganización de los servicios, como consecuencia de la jubilación de personal subrogado, de acuerdo con los incentivos existentes para la contratación laboral indefinida, se producirá una reducción del coste medio por hora contratada necesario para cumplir las exigencias del convenio.

Con fecha 30 de diciembre de 2015, don F.R.B., en representación de la empresa “Limpiezas y Servicios Maju, S.L.”, formula asimismo alegaciones, afirmando que “Limpiezas Aranguren, S.L.” no acredita que la oferta económica presentada para el lote 9 (IES Valle del Ebro), del que ha resultado adjudicataria, suponga un precio por hora que no alcance a cubrir los costes de personal fijados en el Convenio Colectivo, aunque no parezca en principio, que la entidad reclamante lo cuestione; y respecto a su petición de que no se le permita concursar en lo sucesivo, que tampoco ha acreditado la realización de menos trabajos que los comunicados, pues la sociedad reclamante trata de confundir al Tribunal, pretendiendo hacer creer *“que debe existir una equivalencia entre el personal a subrogar, aspecto meramente laboral, y los puestos de trabajo precisos para llevar a cabo los servicios comprometidos”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 2.1.b) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), las decisiones que adopte un Departamento del Gobierno de Navarra, como es el Departamento de Educación, en el

marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, como es el caso, están sometidas a las disposiciones de la norma y, de acuerdo con el artículo 210.1 de la misma, pueden ser impugnadas ante este Tribunal.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de uno de los licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación, cumpliéndose con ello el requisito establecido en el artículo 210.1 de la LFCP de estar interesado en la licitación y adjudicación del contrato.

TERCERO.- La interposición de la reclamación se ha producido dentro del plazo legal de 10 días naturales previsto en el artículo 210.2.a) de la LFCP.

CUARTO.- La primera cuestión a resolver en este asunto es la admisibilidad o no de la reclamación ya que el Departamento de Educación la niega (antecedente cuarto) aduciendo que no se fundamenta en alguno de los motivos tasados recogidos en el artículo 210.3 de la LFCP.

Respecto a esta cuestión, a fin de evitar inútiles reiteraciones, nos remitimos al Fundamento de Derecho Cuarto de nuestro Acuerdo 69/2015, de 21 de diciembre (expediente R 81/2015), en el que ante una reclamación formulada frente a la adjudicación de otro de los lotes incluidos en la misma licitación significábamos, en síntesis, lo siguiente:

- a) El control de la legalidad de las proposiciones de los licitadores y, por ende, su ajuste a los pliegos que rigen la licitación se encuentra comprendido en el ámbito de la actividad revisora del órgano encargado de resolver la reclamación ya que el artículo 210.3, letra c), de la LFCP recoge entre los motivos tasados que pueden fundamentar una reclamación a las infracciones de las normas de concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato.
- b) La Mesa de Contratación, en ejercicio de las funciones de calificación y valoración de las proposiciones que le atribuye el artículo 61 de la LFCP, debe

comprobar, antes de valorarlas, si las proposiciones cumplen las normas que regulan su presentación, forma y contenido.

- c) El propio Departamento de Educación va en contra de sus propios actos cuando ahora pone en duda la admisibilidad de la reclamación pues ha considerado también que la inadecuación de la oferta al artículo 49 de la LFCP supone un motivo para su exclusión del procedimiento, como ha hecho con una de las proposiciones presentadas en esta licitación al Lote 1 “IESO La Paz en Cintruénigo” y, recordamos, la exclusión de un licitador del procedimiento es uno de los supuestos tasados (artículo 210 de la LFCP) que legitiman la interposición de una reclamación ante este Tribunal.

Pues bien, en este caso el reclamante denuncia un incumplimiento del licitador (una oferta por debajo de los costes de convenio) que pudiera constituir tanto una infracción de la norma (artículo 49.3, letra b, de la LFCP) como del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares -PCAP- (cláusula decimoséptima) que regulan el contenido de la oferta, por lo que la reclamación debe ser admitida a trámite.

QUINTO.- Entrando ya en el fondo del asunto, la reclamante alega, en primer lugar, que *“Los precios ofertados por las empresas adjudicatarias del presente concurso no respetan el convenio de Limpieza, estas ofertas están por debajo de los costes que genera el mantenimiento del personal de los centros escolares ...”*, pero no aporta dato alguno que fundamente sus afirmaciones en relación con los lotes que son objeto de licitación, salvo en el caso de uno de ellos, el Lote 7 (IES Eunate).

A la vista de estas afirmaciones, hechas en términos generales y sin ningún dato que las fundamente, debemos señalar que, conforme al principio de la carga de la prueba (artículo 1.214 del Código Civil), incumbe la prueba de las obligaciones a quien reclama su cumplimiento y, por ello, en un procedimiento contradictorio como el que nos ocupa, al no acreditarse de ninguna manera los hechos que se denuncian, este Tribunal no puede entrar en su valoración, debiendo desestimarse la reclamación en lo relativo a la adjudicación de la totalidad de los lotes.

SEXTO.- Por el contrario, en relación con la adjudicación del Lote 7 (IES Eunate), la reclamante si que aporta argumentos para justificar su oposición.

Así, señala, que el coste laboral del personal a subrogar, teniendo en cuenta el número de horas exigidas y ofertadas de más por la adjudicataria supone 73.905,07 euros, al que se deben añadir, dice, otros costes como bajas laborales, vacaciones, horas sindicales, absentismo, costes empresariales, uniformes y calzado, cursos de formación, prevención de riesgos, etc.

Revisadas las tablas que recogen las ofertas económicas presentadas por los licitadores, se observa que la oferta de la adjudicataria es de 66.186,21 euros, por tanto inferior a la que la reclamante considera como mínima.

Por su parte, la adjudicataria en sus alegaciones afirma que el coste/hora que ha ofertado es de 16,51 euros y, por tanto, superior al coste/hora establecido en el convenio colectivo de aplicación. Al respecto debemos señalar que el coste/hora mínimo que supone para el empresario la contratación de un peón de limpieza sin antigüedad, aplicando el convenio colectivo y las normas de cotización a la Seguridad Social, es de 14,96 euros.

La oferta de la adjudicataria, según expresa la reclamante en la documentación que aporta y se verifica en el expediente, supone un número de horas ordinarias de trabajo de 2.555 y de extraordinarias de 684, lo que supone un total de 3.239 horas.

Estos datos, según calculamos, suponen un coste mínimo para la empresa, sin contar con la antigüedad, de 48.455,44 euros (58.631,08 euros IVA incluido, a la hora de facturar a la Administración), que es una cantidad inferior a la ofertada por la adjudicataria.

Para resolver este asunto tenemos que traer aquí lo dicho en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de nuestro Acuerdo 69/2015, de 21 de diciembre (expediente R 81/2015), que a continuación transcribimos:

“SEXTO.- Dando por sentado que las ofertas económicas presentadas deben ajustarse a lo previsto en la norma y en el PCAP y que corresponde a la Mesa de Contratación o, en su caso, a la unidad gestora del contrato, apreciar este ajuste antes de proceder a su valoración, la dificultad con la que nos encontramos en este caso es concretar qué parámetros debemos utilizar para realizar la comprobación de este cumplimiento en situaciones, como esta, en las que la norma fija como referencia un concepto jurídico indeterminado.

Decimos “concepto jurídico indeterminado” porque la norma (artículo 49 LFCP) establece que “la oferta económica deberá ser adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial que corresponda, sin que en ningún caso los precios/hora de los salarios contemplados puedan ser inferiores a los precios/hora del convenio más los costes de Seguridad Social”, resultando, en este caso, que “el coste derivado de la aplicación del convenio” es una cantidad resultado de la suma de unos costes mínimos invariables salvo modificación sobrevenida del convenio (salario base y plus convenio de un peón de limpieza) y otros contingentes (la retribución por antigüedad).

La contingencia de la retribución por antigüedad se aprecia porque aun cuando en las tablas del personal a subrogar, proporcionadas por la entidad contratante a los licitadores en el anuncio de licitación, se recoge la antigüedad de este personal (lo que permitiría calcular exactamente cual es el coste por este concepto en el momento de la licitación), no es menos cierto que estas cantidades son variables durante la ejecución del contrato, tanto por circunstancias personales sobrevenidas de los trabajadores (incapacidad, muerte, jubilación, traslado, abandono del puesto de trabajo o cualquier otra imposibilidad de trabajar) como por el lícito ejercicio de los derechos propios del empresario (medidas de autoorganización, cambio de centro de trabajo de un trabajador si la empresa presta sus servicios en varios, despido del mismo, etc.). Y esta variabilidad de las cifras puede darse desde el momento inicial de la ejecución del contrato.

SÉPTIMO.- Como magistralmente expone la doctrina más autorizada (García de Enterría y Fernández) nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado

“cuando la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación; pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución”.

En consecuencia, es una sola la solución justa a la que debemos llegar en el caso que nos ocupa.

A estos efectos, si para realizar la comprobación de la “adecuación” de la oferta se tuviera en cuenta el coste de todos los conceptos salariales posibles (fijos y variables), calculado en el momento de la publicación del anuncio de licitación, se correría el riesgo de excluir ofertas que en el momento del inicio de la ejecución del contrato serían perfectamente ajustadas a lo previsto en la norma, conforme a lo dicho en el fundamento anterior, lo que supondría una grave infracción de los principios de concurrencia e igualdad de trato.

Además, debemos tener en cuenta que lo que la norma exige -que la oferta económica sea adecuada para que el adjudicatario haga frente al coste derivado de la aplicación del convenio sectorial- viene referido al precio total ofertado, precio que se fija para todo el año de duración del contrato.

Por tanto, desde el principio y a lo largo de todo un año el empresario puede sufrir infinidad de vicisitudes en materia de personal que pueden suponer que el salario que abone a sus trabajadores, siempre ajustado al convenio, sea cambiante, de forma que aunque cumpla con el convenio y esto le suponga mayores costes, en aplicación del principio de riesgo y ventura vigente en todo contrato público (artículo 98 de la LFCP) no podrá exigir a la Administración el abono de mayor precio, ni tampoco se le podrá

abonar menor precio del ofertado cuando el coste salarial sea menor que el inicialmente calculado.

Consecuencia de todo lo dicho es que una oferta económica que sea superior a los costes invariables que supone la aplicación del convenio sectorial y la correspondiente cotización a la Seguridad Social debe ser aceptada aunque, como en este caso, sea inferior a los costes fijos más el coste variable que supone la antigüedad del personal en el momento preciso de la licitación que, recordamos, no es el momento del inicio de la ejecución del contrato. Por el contrario, una oferta económica que sea inferior al coste salarial invariable durante la vigencia del contrato debe ser excluida, como bien hizo la Administración reclamada con la mejor proposición presentada para el lote 1, pues en ese caso no podrá nunca el adjudicatario cumplir la exigencia normativa.

Lo dicho debe entenderse sin perjuicio de que el adjudicatario estará obligado a cumplir desde el inicio de la ejecución y durante toda la vigencia del contrato lo previsto en el artículo 49 y de que la entidad contratante estará obligada a comprobar este cumplimiento en ejercicio de sus facultades de supervisión e inspección de la ejecución contractual (artículo 102.1 de la LFCP), pudiendo, en caso de incumplimiento del contratista, resolver el contrato e inhabilitar al adjudicatario o continuar con la ejecución por el mismo contratista con la imposición de una penalidad del 35 por ciento del precio del contrato, tal y como dispone el apartado 5 del mismo artículo 49 de la LFCP.”

En conclusión, la reclamación también debe ser desestimada en este punto.

SÉPTIMO.- Finalmente la reclamante hace diversas alusiones a la información recibida desde la Administración en relación con las horas de trabajo del personal a subrogar, considerando que la información trasladada a los licitadores puede no haber sido la correcta, ya que, en relación al referido lote número 7, existen discrepancias entre lo certificado por el centro y lo certificado por la empresa saliente “Limpiezas y Servicios Maju, S.L.”, observándose conforme a los documentos que anexa a la

reclamación que dicha mercantil solo certifica las horas ordinarias semanales, pero no certifica que haga ninguna más, incumpliendo el pliego anterior.

Por ello, la reclamante solicita *“que se dicte resolución por la que se declare la nulidad de la resolución administrativa impugnada, por la que se adjudica la limpieza de los centros educativos ofertada en Contratación del servicio de limpieza ordinaria de 9 centros de enseñanza para el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016, y sea adjudicado conforme a derecho, y no se permita concursar a aquellas empresas salientes que ha certificado que realizan menos trabajos de los comunicados a la Administración”*.

De contrario el Departamento de Educación manifiesta que la Administración Educativa incorporó en el Portal de Contratación la información sobre el personal de limpieza entregada por las empresas adjudicatarias hasta ese momento, pero recordando previamente la responsabilidad de las empresas licitadoras de comprobar la realidad de los datos aportados, tanto para la realización de sus ofertas (que tiene carácter vinculante), como si resultan adjudicatarias en la fase concretada de subrogación. Así mismo señala que la Administración solamente exige el cumplimiento de las horas ofrecidas en la oferta de la empresa, que no podrá ser inferior al número mínimo exigido en la licitación ni superar el máximo establecido, determinando qué días se realizan y de qué forma se cumple el contrato.

Finalmente, la entidad adjudicadora señala que si la reclamante entendía que no podía realizar una oferta debería haber recurrido las bases de la convocatoria en dicho momento procesal y no en el momento actual, una vez presentada su oferta y no habiendo resultado adjudicataria, destacando que la supuesta imposibilidad de presentar una oferta queda desvirtuada por el hecho de que presentaron oferta once empresas más, que debieron analizar, valorar y cuantificar sus ofertas técnicas y económicas con el objetivo de conseguir finalmente un beneficio económico.

También en este punto tiene que inclinarse el Tribunal hacia la posición de la entidad adjudicadora.

Como tienen dicho de forma reiterada tanto la Jurisprudencia como los Tribunales encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación pública, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación es la “*ley del contrato*” y debe ser respetado tanto por la entidad contratante como por aquellos que se someten voluntariamente al mismo cuando presentan su oferta.

Al respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 299/2011 (recurso 253/2011) señala: “... *es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982)”*”.

Consecuencia de ello es que la reclamante al formular su oferta se sometió a lo previsto en el PCAP y en el anuncio de licitación y asumió incondicionalmente sus cláusulas y la información que se incluía, sin manifestar oposición alguna a su contenido. Por tanto, no puede ahora ir en contra de sus propios actos e impugnarlo fuera del plazo establecido para ello.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación presentada por don R.P.C., en nombre y representación de “Limpiezas Aranguren, S.L”, frente a la adjudicación del contrato “Servicio de limpieza ordinaria de 9 centros de enseñanza para el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016”, por parte del Departamento de Educación

2º. Notificar este Acuerdo a “Limpiezas Aranguren, S.L.”, al Departamento de Educación y al resto de interesados, y ordenar su publicación en la sede electrónica del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 13 de enero de 2016. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. EL VOCAL. Francisco Javier Vázquez Matilla. LA VOCAL, Ana Román Puerta.