

**TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

**RECURSO Nº. -20/2021**

**RESOLUCIÓN Nº.- 23/2021**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES  
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 19 de mayo de 2021.

Visto el escrito presentado en nombre y representación de la mercantil ELECNOR, S.A., por el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo de Sevilla, de 10 de marzo de 2021, por el que se adjudica el Lote 2 del contrato de **Servicio de conservación, entretenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público de la ciudad de Sevilla**, a la empresa CITELUM IBÉRICA, S.A., Expediente n.º 16/20, tramitado por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla (en adelante GMU), este Tribunal adopta la siguiente Resolución

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de julio de 2020, se procede a la publicación del anuncio de licitación y los pliegos relativos al contrato referido en el encabezamiento, en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El contrato tiene por objeto, según establecen los Pliegos, la Conservación, entretenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público de la ciudad de Sevilla para garantizar la continuidad del servicio público de alumbrado existente, en condiciones de eficacia y seguridad aceptables, realizando para ello los trabajos necesarios por averías, correcciones, controles, reposiciones, prevención de riesgos, etc. También llevar a cabo las mejoras o sustituciones que se indiquen con vistas a mantener u obtener un nivel de calidad adecuado de las instalaciones, y de su funcionamiento técnico y económico, previéndose dos Lotes: Lote 1 (zona norte) y 2 (zona sur).

El expediente se tramita mediante procedimiento abierto, con un valor estimado de 56.327.528,9 €.

**SEGUNDO.-** Finalizado el plazo de presentación de ofertas, se reciben un total de once ofertas, tal y como recoge la diligencia emitida por la Jefe del Negociado de Registro General.

Con fecha 16 de julio de 2020, se reúne la Mesa de contratación, al objeto de la apertura del sobre nº 1 (documentación administrativa).

Efectuados los requerimientos y subsanaciones oportunas, se convoca nueva mesa de contratación con fecha 23 de julio de 2020, al objeto de la apertura del sobre nº 2 (Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor. Un criterio: Propuesta de gestión, planificación y organización), acordándose por la mesa remitir la documentación técnica aportada en el sobre 2 al Servicio competente para informe de valoración.

En la sesión de la Mesa de Contratación de fecha 18 de diciembre de 2020, se procede a tomar conocimiento del informe de valoración del sobre nº 2 elaborado por el Servicio de Proyectos y Obras, Alumbrado Público el 15 de diciembre, asumiendo su contenido, y a la apertura del sobre nº 3 (documentación cuya valoración se realiza de forma automática), acordando remitir las proposiciones económicas presentadas al Servicio correspondiente para su informe y valoración.

El Servicio de Proyectos y Obras, Unidad de Alumbrado Público emite informe con fecha 21 de enero de 2021, concluyendo que las ofertas presentadas por ACEINSA MOVILIDAD, S.A. (Lote 1) con baja de 41,20 % y CITELUM IBÉRICA, S.A. y ACEINSA MOVILIDAD, S.A. (Lote 2) con bajas respectivas de 35,35 % y 43,10 %, están incursas presuntamente en valores anormales o desproporcionados.

A la vista del informe, la mesa de contratación en sesión de 21 de enero, acuerda requerir a las empresas reseñadas para que aporten la documentación justificativa de sus respectivas ofertas económicas, conforme a lo previsto en el PCAP y en el artículo 149 de la LCSP.

La mesa de contratación, se constituye en fecha 25 de febrero de 2021, para la toma de conocimiento del informe sobre baja anormal y valoración final emitido para cada lote por el Servicio correspondiente, resultando, según consta en el Acta, lo siguiente para el Lote 2:

#### **LOTE 2. ZONA SUR**

Analizada la documentación justificativa de su oferta económica requerida y presentada por los licitadores ACEINSA MOVILIDAD, S.A. y CITELUM IBÉRICA, S.A., al haberse apreciado en las mismas valores anormales, se concluye en el informe emitido por el Servicio correspondiente, que la oferta económica de ACEINSA MOVILIDAD, S.A. no está justificada, proponiéndose que la oferta sea rechazada, y que la oferta económica de CITELUM IBÉRICA, S.A está debidamente justificada, proponiéndose que la oferta sea admitida, todo ello por los motivos que han quedado expuestos en el citado informe.

(...)

Se indican a continuación los valores de las variables y términos de la fórmula aplicada a todas las ofertas y las puntuaciones resultantes de los licitadores que continúan en el procedimiento:

EMPRESAS	PORCENTAJE DE BAJA OFERTADO	PRECIO DE LA OFERTA (Po)	PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN MENOS EL PRECIO DE LA OFERTA (PBL - Po)	PUNTUACIÓN DE LAS OFERTAS ECONÓMICAS (Ve)
IMESAPI	16,94%	4.678.564,55	954.188,34	33,54
SICE	8,10 %	5.176.499,91	456.252,98	16,04
CITELUM	35,35 %	3.641.574,74	1.991.178,15	70,00
ACISA	30,31 %	3.925.465,49	1.707.287,40	60,02
ELECNOR	32,92 %	3.778.450,64	1.854.302,25	65,19
FERROVIAL	24,91 %	4.229.634,15	1.403.118,74	49,33
EYSA ALUVISA	16,50 %	4.703.348,66	929.404,23	32,67
FCC	24,03 %	4.279.202,37	1.353.550,52	47,58
ETRALUX	13,64 %	4.864.445,40	768.307,49	27,01

Las puntuaciones totales obtenidas por los licitadores en cada uno de los criterios se resumen en la siguiente tabla:

LICITADOR	IMESAPI	SICE	CITELUM	ACISA	ELECNOR	FERROVIAL	EYSA ALUVISA	FCC	ETRALUX
Criterio A1	5	0	0	5	3,4	1	5	0	0
Criterio A2	3	0	3	3	3	3	3	0	0
Criterio A3	7	6	7	7	7	7	7	7	6
Criterio A4	5	5	5	5	5	5	5	5	0
Criterio A5	4	0	0	4	4	4	4	4	0
Criterio A6	12	11	15	14	11	11	12	16	11
Criterio A7	0,78	0,54	1,46	0,45	0,80	1,48	0,30	1,15	0
Puntos Totales	36,78	22,54	31,46	38,45	34,20	32,48	36,30	33,15	17,00

#### RESUMEN TOTAL DE LAS VALORACIONES DEL LOTE 2

Se recogen en la siguiente tabla las puntuaciones obtenidas en las propuestas técnicas, ofertas económicas y mejoras en la prestación del servicio, conforme a los criterios establecidos en el PCAP, así como las puntuaciones totales:

LICITADOR	PUNTUACIONES			
	PROPUESTAS TÉCNICAS	OFERTAS ECONÓMICAS	MEJORAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO	TOTALES
IMESAPI	23,3	33,54	36,78	93,62
SICE	1,6	16,04	22,54	40,18
CITELUM	20,2	70,00	31,46	121,66
ACISA	21,0	60,02	38,45	119,47
ELECNOR	8,7	65,19	34,20	108,09
FERROVIAL	3,4	49,33	32,48	85,21
EYSA-ALUVISA	4,8	32,67	36,30	73,77
FCC	4,0	47,58	33,15	84,73
ETRALUX	3,6	27,01	17,00	47,61

#### RESULTADO DE LA VALORACIÓN DEL LOTE 2

Las puntuaciones totales de las ofertas, se presentan ordenadas de mayor a menor en el cuadro siguiente:

LICITADOR	PUNTUACIONES
CITELUM	121,66
ACISA	119,47
ELECNOR	108,09
IMESAPI	93,62
FERROVIAL	85,21
FCC	84,73
EYSA-ALUVISA	73,77
ETRALUX	47,61
SICE	40,18

En consecuencia, la Mesa toma conocimiento aceptando el contenido de los informes emitidos por el Servicio correspondiente, y acuerda excluir de la licitación al Lote 1 (Zona Norte) y al Lote 2 (Zona Sur), en ambos casos, a la empresa ACEINSA MOVILIDAD, S.A., al no haber acreditado suficientemente la valoración de sus respectivas ofertas económicas y proponer al órgano de contratación como adjudicatarias del Lote 1 y Lote 2 presente contrato a las empresas que se indican:

-AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A. (ACISA), como adjudicataria del LOTE 1 (ZONA NORTE) por un importe de adjudicación de 6.815.631,00 euros (IVA incluido), al haber ofertado un porcentaje de baja del 30,31 % sobre todos y cada uno de los precios unitarios indicados en el Cuadro de precios del Pliego de Prescripciones Técnicas y en la documentación técnica, debiendo ajustarse al resto de condiciones recogidas en su oferta y, haber obtenido la mejor valoración, con una puntuación final de 122,18 puntos.

-CITELUM IBÉRICA, S.A. como adjudicataria del LOTE 2 (ZONA SUR) por un importe de 6.815.631,00 euros (IVA incluido), al haber ofertado un porcentaje de baja del 35,35 % sobre todos y cada uno de los precios unitarios indicados en el Cuadro de precios del Pliego de Prescripciones Técnicas y en la documentación técnica, debiendo ajustarse al resto de condiciones recogidas en su oferta y, haber obtenido la mejor valoración, con una puntuación final de 121,66 puntos.

Asimismo, se acuerda requerir a las empresas propuestas como adjudicatarias para la aportación de la documentación previa a la adjudicación."

**TERCERO.-** Mediante acuerdo de la Comisión Ejecutiva, adoptado en sesión de fecha 10 de marzo de 2021, se procede a la adjudicación del contrato del servicio de conservación, entretenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público de la ciudad de Sevilla, Lote 1 (Zona Norte) a la empresa AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES, S.A. (ACISA) y Lote 2 (Zona Sur) a la empresa CITELUM IBÉRICA, S.A.

Con fecha 30 de marzo de 2021, se recibe en el Registro General, escrito presentado en nombre y representación de IMESAPI, S.A., por el que se interpone Recurso especial en materia de contratación, contra el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 10 de marzo de 2021, concretamente, contra la adjudicación del Lote 1. El citado recurso recibe la numeración 14/2021. El mismo día, por parte de la misma licitadora se presenta recurso contra la adjudicación del Lote 2, correspondiéndole a éste el número 15/2021.

El día 31 tiene entrada en Registro, escrito de interposición de recurso especial, presentado en nombre y representación de ACISA, contra el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 10 de marzo de 2021, concretamente, contra la adjudicación del Lote 2, correspondiéndole el número 18/2021.

El mismo día 31 de marzo de 2021, se recibe en el Registro General, escrito presentado en nombre y representación de la mercantil ALDESA CONSTRUCCIONES, S.A., por el que se interpone recurso especial, contra el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 10 de marzo de 2021, impugnando la adjudicación de los dos Lotes. El citado recurso, que se traslada a este Tribunal con fecha 5 de abril, recibe la numeración 19/2021.

El mismo día 5 de abril, la GMU comunica a este Tribunal la interposición, con fecha 30 de marzo de 2021, de recurso especial, planteado en nombre y representación de ELECNOR S.A., contra el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 10 de marzo de 2021 por el que se adjudica el Lote 2, asignándosele el número 20/2021.

Habiéndose solicitado por el Tribunal la remisión de copia del expediente, así como el informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP, por parte de la GMU, se remite copia del expediente, manifestando, habida cuenta de las múltiples impugnaciones y alegaciones planteadas, la imposibilidad “tanto material como técnicamente” de dar respuesta a las mismas en el breve plazo a que se refiere el at. 56, solicitando la ampliación del mismo.

Trasladados los recursos a los interesados, se reciben en este Tribunal, las alegaciones de las partes, oponiéndose, respectivamente, a los argumentos en contra de las mismas contenidos en los recursos planteados.

Recibidos los informes en relación con los recursos 14, 15, 18 y 19, mediante Resolución 21/2021, de 4 de mayo, se resuelven por el Tribunal los recursos nº 14 y 19 relativos al Lote 1. Los números 15 y 18, en relación con el Lote 2, son resueltos mediante Resolución 22/2021 de 6 de mayo.

Con fecha 5 de abril se recibe informe de la GMU en relación con el Recurso planteado por ELECNOR, en el que se postula la falta de legitimación de la recurrente. Con fecha 6 de dicho mes, por parte del Gerente se suscribe solicitud de ampliación de plazo, “ante la imposibilidad tanto técnica como material de informar las alegaciones formuladas por los licitadores en el plazo establecido”. El informe requerido se va completando posteriormente, reiterándose, en cualquier caso en la consideración “como ajustado a derecho el contenido del acuerdo de adjudicación impugnado, estimando procedente el levantamiento de la suspensión de la eficacia del acuerdo de adjudicación, así como la desestimación del recurso”.

Respecto a tales circunstancias, hemos de recordar el carácter preclusivo de los plazos y la necesidad de remitir al Tribunal la documentación oportuna en tiempo y forma, así como la improcedencia de manifestar cuestiones e incorporar documentación que no conste en las actuaciones y/o al tiempo de efectuarse por las partes las alegaciones que les corresponden.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

*“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condiciónn de poderes adjudicadores:*

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

*“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.*

*b) 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.*

*c) Los acuerdos de adjudicación.*

*d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.*

*e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.*

*f) Los acuerdos de rescate de concesiones.*

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.1, y el 44.2, cabría concluir la posibilidad de recurrir.

**TERCERO.-** Antes de analizar los alegatos, procede examinar detenidamente la legitimación *ad causam* de la recurrente respecto a la resolución recurrida, teniendo en cuenta su lugar en la clasificación, es la tercera, y sin olvidar que, por aplicación del Pliego, la segunda clasificada en el Lote 2, ACISA, no puede resultar adjudicataria.

En efecto, y como señalábamos en la Resolución 21/2020, en la que concluíamos la falta de legitimación *ad causam* de ACISA, en el supuesto que nos ocupa, el objeto del contrato se divide en dos Lotes:

Lote 1.- Zona Norte (ámbito descrito en el Pliego de Prescripciones Técnicas)

Lote 2.- Zona Sur (ámbito descrito en el Pliego de Prescripciones Técnicas)

Conforme a la Cláusula 2 del PCAP "La información acerca de los lotes en que, en su caso, se divida el contrato se especificará en el Anexo I de estos pliegos".

El Anexo I al PCAP establece en su apartado 7, relativo a los criterios de adjudicación, que:

**"Como regla general, un mismo licitador no podrá ser propuesto como adjudicatario de los dos lotes.**

Para aplicar la citada regla general, habrá tenerse en cuenta que se efectuará propuesta de adjudicación a favor del licitador en aquel lote donde hubiere obtenido la mayor puntuación, y a igualdad de puntuación en los dos lotes, en el lote donde hubiera ofertado el porcentaje de baja económica mayor."

Como se desprende del Acuerdo de adjudicación, la clasificación de las ofertas responde al orden siguiente, consignándose en el mismo las puntuaciones finales obtenidas por cada licitador:

**LOTE 1. Zona Norte.**

LICITADOR	PUNTUACIONES
ACISA	122,18
CITELUM	121,54
ALDESA	109,45
ELECNOR	106,04
IMESAPI	89,90
FERROVIAL	86,30
FCC	83,57
EYSA-ALUVISA	71,11
SICE	40,86

## LOTE 2. Zona Sur.

LICITADOR	PUNTUACIONES
CITELUM	121,66
ACISA	119,47
ELECNOR	108,09
IMESAPI	93,62
FERROVIAL	85,21
FCC	84,73
EYSA-ALUVISA	73,77
ETRALUX	47,61
SICE	40,18

Como del mismo se desprende, ACISA ha resultado adjudicataria del Lote 1, y, en aplicación de las expresas reglas de juego establecidas en los Pliegos, *lex interpartes*, que a ambas vinculan y que han sido plenamente aceptadas por los concurrentes, ACISA no puede ser adjudicataria del Lote 2, lo que implica que, de facto, en el orden de adjudicación, ELECNOR es la segunda, por lo que si sus alegaciones contra la adjudicataria se estiman, la adjudicación recaería en su favor, circunstancia ésta que determina su legitimación.

El artículo 48 de la LCSP dispone que *"Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...)."*

En numerosas resoluciones, los Tribunales análogos a éste (entre otras, Resoluciones Tribunal de Andalucía 82/2017, 331/2018, 337/2018, 342/2018, 419/2019, y la más reciente 129/2021, Tribunal Central de Recursos, TACRC, Resoluciones 359/2019, 247/2019, 879/2018, 1177/2018, 1187/2018, 506/2017 y, entre otras, la 31/2015, confirmada por el TSJ de Murcia en Sentencia 270/2017) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso.

En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato.

En efecto, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, Sección Cuarta, recurso 2037/2002: *"No obstante, considerando que el interés como contratista que licita en los contratos convocados por la Administración, se invoca por la parte en defensa de su condición de interesado a los efectos previstos en el art. 31 de la Ley 30/92, cuya infracción también se alega en este motivo, conviene señalar que se está invocando la condición de interesado en cuanto titular de intereses legítimos afectados por las resoluciones*

cuya nulidad se postula, condición que exige el art. 102.1 de dicha Ley para instar la declaración de nulidad y que se identifica por la jurisprudencia con la persona para la que derivan beneficios o perjuicios actuales o futuros, pero ciertos del acto impugnado (ss.6-6-2001 EDJ 2001/11100 , 25-2-2002 EDJ 2002/3739 y 1-4-2002 EDJ 2002/7663 ), es decir y como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000 EDJ 2000/22772 respecto de la legitimación al interpretar dicho concepto de interés legítimo, aquellas personas respecto a las cuales la anulación pretendida produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación , y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo EDJ 1995/1042 y 30 de junio de 1995 EDJ 1995/3724 (y) y 12 de febrero de 1996 EDJ 1996/570, 9 de junio de 1997 EDJ 1997/5672 y 8 de febrero de 1999 EDJ 1999/572, entre otras muchas; SSTC 60/1982 EDJ 1982/60, 62/1983 EDJ 1983/63, 257/1988 EDJ 1988/573, 97/1991 EDJ 1991/4834, 195/1992 EDJ 1992/11281, 143/1994 EDJ 1994/4114 y ATC 327/1997 (Auto)).”

En nuestra Resolución 26/2020 analizábamos la cuestión, trayendo a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional 348/2016, «*En relación con el concepto de interés legítimo sobre el que gravita el reconocimiento de legitimación existe una acabada jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso referida al alcance con el que cabe reconocerla a los sindicatos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Según esta jurisprudencia (por todas STS de 17 de mayo de 2005, rec. cas. 5111/2002, dictada precisamente en materia contractual), la legitimatio ad causam de la parte recurrente viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva. No es suficiente, como regla general, que se obtenga una recompensa de orden moral o solidario, como puede ocurrir con la mera satisfacción del prestigio profesional o científico inherente a la resolución favorable al criterio mantenido o con el beneficio de carácter cívico o de otra índole que lleva aparejado el cumplimiento de la legalidad. Así, el Tribunal Supremo ha insistido en que “la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento”.*».

El Tribunal Supremo, como recordábamos en la citada Resolución 26/2020, también ha declarado reiteradamente, según se refiere en las Sentencias de 7 de Abril de 2005 (recurso 5572/2002) con cita de las Sentencias de 29 de Octubre de 1986 , 18 de Junio de 1997 y de 22 de Noviembre de 2001 (recurso 2134/1999 ), "que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación "*ad procesum*" y la legitimación "*ad causam*". Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del

órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que "es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos".

Pero distinta de la anterior es la legitimación "*ad causam*" que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la Sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e "*implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito*".

De lo expuesto, hemos de concluir, en consecuencia, la legitimación de la recurrente.

**CUARTO.-** Entrando ya en el fondo del asunto, el escrito de interposición plantea las siguientes alegaciones:

1.- En la justificación de la Baja Anormal presentada no se contempla la consecuencias de la obligatoriedad de subrogación establecida en el expediente mencionado, por lo que la aprobación de dicha justificación debe ser rechazada por incumplimiento de las bases del PPT, del PCAP y de la normativa sectorial local vigente en materia de Subrogación y en todo caso, por no justificar adecuadamente los costes de explotación en materia de costes de personal, que suponen más de un 50% de dichos costes.

De igual manera, en diferentes partes de la oferta técnica del sobre 2 CITELUM han sido incluidas mejoras al expediente que implican un coste a incurrir por la propia empresa, tanto en medios humanos como en materiales, que no ha sido incluido en la justificación de la Baja Anormal, lo que hace que dicha justificación quede a nuestro parecer incompleta y en consecuencia debe ser rechazada.

2.- La oferta presentada en el Sobre 2 así como bases que sustentan la justificación de Baja Anormal presentada por a la actual adjudicataria, contradice las obligaciones contraídas por la misma en su propia oferta en materia de subcontratación a través del DEUC entregado, según el cual CITELUM expresa su deseo de NO SUBCONTRATAR.

3.- La oferta técnica de CITELUM, ha obtenido una puntuación final con relación a la documentación técnica del Sobre número 3 (criterios de puntuación automáticos) que no se corresponde con la que debería tener en cumplimiento de los criterios expresadas en los PTT y PCAP de la presente licitación.

4.- El Sobre 2 de la actual adjudicataria incluye ciertos elementos descriptivos que según el propio Expediente solo pueden estar incluidos en el Sobre 3, al ser de puntuación automática.

5.- En declaración firmada el 8 de marzo de 2021 por CITELUM (tras la aceptación de la justificación de la Baja Anormal) y emitida como respuesta a una notificación recibida del Órgano Licitador, se compromete a la subrogación del personal existente, pero lo hace en una declaración que incumple con los requisitos mínimos respecto al personal establecidos en el expediente y con la propia Oferta presentada, por lo que en vez de

resolver algunos de los errores de la tramitación de su oferta, supone un incumplimiento de las bases de la licitación.

**QUINTO.-** Comenzaremos nuestro análisis por la 4ª alegación, en la que se considera que en el Sobre 2 de la adjudicataria se incluye ciertos elementos descriptivos que sólo pueden estar incluidos en el Sobre 3, al ser de puntuación automática, habida cuenta que su estimación, conllevaría la exclusión, por lo que apreciada ésta, carecería de sentido el análisis del resto.

Defiende la recurrente que “la información aportada por CITELUM en el Sobre 2 respecto a los “Criterios técnicos valorables mediante juicio de Valor”, en los que se detallan los procedimientos de ejecución a realizar además de los medios humanos y materiales aportados para ello, los cuales en algún caso suponen mejoras respecto a los mínimos requeridos por el PPT y el PCAP, cuando según preguntas y respuestas incluidas en el expediente (i) las propuestas realizadas en el sobre 2 no pueden desvelar posibles propuestas de mejora, de valor cuantitativo o numérico, correspondientes a criterios de valoración automática que se puntúan en el sobre número 3 y (ii) los requisitos mínimos medios humanos y materiales especificados por el PPT y el PCAP son las únicas referencias a esos medios humanos y materiales que deben aparecer en el sobre 2 para describir con qué medios humanos y materiales se realizarán los trabajos.

De esta manera, CITELUM asegura en varios apartados que “No adscribimos a más personal de la plantilla mínima indicada en el PPT ni describimos modelos ni motorizaciones de los vehículos para no desvelar los criterios del sobre 3” cuando esto es parcialmente falso, ya que si bien no define modelos ni motorizaciones, sí describe el número de los medios humanos a emplear por encima de los mínimos exigidos por el pliego, como la posibilidad de usar recursos de la central de CITELUM para ejecutar de una mejor manera el servicio, además de la posible subcontratación de empresas, algo que como ya hemos comentado no puede hacer debido al compromiso que consta en el DEUC entregado.”

Un ejemplo sería lo indicado en el apartado “7 Oficina Técnica, A- Mecanismos de organización del sistema de trabajo” de la oferta técnica presentada en el Sobre 2, CITELUM asegura que “plantea el arranque del contrato con personal propio, a expensas de saber el resultado final de la subrogación, la transición, no la haremos únicamente con personal subrogado. CITELUM aportará su sello característico desde el primer día, y solo se logrará aportando nuestro personal y con experiencia desde el arranque. Presenta organigrama de personal de oficina central de CITELUM y del personal adscrito al mantenimiento de alumbrado de Sevilla, en el que incluye el organigrama del departamento técnico, presenta a 3 ingenieros, 1 administrativo y un delineante, con nombres. CITELUM arrancará el contrato con su estándar de calidad, su SIG.....”.

Como se puede apreciar se describen medios humanos por encima de los listados en los mínimos del pliego, como por ejemplo el personal de oficina central de CITELUM y como en el caso de los 3 ingenieros inscritos a la oficina técnica, ya que como hemos explicado anteriormente los mínimos exigidos por el pliego son los 2 ingenieros técnicos presentes artículo 48 del PPT.

Item más, de forma reiterada, en el Apartado “8 Control de aplicación de las medidas de prevención de accidentes laborales, C. Medios humanos,” CITELUM asegura que “Son los siguientes: - Ingeniero Delegación Sevilla, técnico superior de prevención de riesgos laborales .....3 técnicos superiores de prevención de riesgos laborales en las 3 especialidades integrantes del servicio de prevención propio – Responsable de seguridad y salud del grupo CITELUM – Personal directivo: Dtor. General, Dtor Explotación ....”, incorporando recursos inicialmente corporativos propios al contrato, de igual manera que lo hace con el Ingeniero de la Delegación Sevilla, técnico superior de prevención de riesgos laborales, por lo que al no precisar su tiempo de dedicación al contrato, debe deducirse que su dedicación será plena, lo que supone mejoras respecto a los mínimos requeridos por el PPT y el PCAP.

De igual forma, en el Apartado 9 de su oferta “Control y gestión del consumo energético, D. Medios humanos y herramientas informáticas”, CITELUM asegura que “La gestión energética que haremos del alumbrado de Sevilla es fruto de un trabajo conjunto entre el personal operario y técnico. El operario será el responsable de tomar las lecturas reales de los contadores, de forma mensual. El personal técnico

será el responsable de verificar y analizar las facturas. El análisis y verificación será hecho por el personal técnico de la Sala De Control de CITELUM y por personal de la oficina técnica de CITELUM en Sevilla. Los equipos medios adscritos a la gestión energética son:” .....” 1ud. (...) Administrativa especializada en SIE de la Sala Control CITELUM, 1ud. (...) Administrativo especializado en SIE de la Sala Control CITELUM .....”, incorporando recursos inicialmente corporativos propios al contrato, de igual manera que lo hace con el Ingeniero de la Delegación Sevilla, técnico superior de prevención de riesgos laborales, por lo que al no precisar su tiempo de dedicación al contrato, debe deducirse que su dedicación será plena, lo que supone mejoras respecto a los mínimos requeridos por el PPT y el PCAP.

Asimismo, en el Apartado “10 Control de trabajos programados. A. Método de planificación de las tareas programadas”, CITELUM asegura que “para asegurarnos del cumplimiento de los plazos y los programas, los trabajos de conservación programada los ejecutaremos con el personal adicional que sea necesario para cumplir con la programación.

Los trabajos masivos de pintura y limpieza, CITELUM los acostumbra a subcontratar. La pintura con empresas especializadas y la limpieza con centros especiales de empleo (CET). Cuando dispongamos de los programas anuales definitivos decidiremos la opción escogida” lo que plantea incrementar el personal mínimo exigido por el PPT basándose en apoyar a su personal propio desde el principio mediante la contratación o subcontratación puntual/permanente de personal adicional necesario para cumplir con la programación, lo que supone mejoras respecto a los mínimos requeridos por el PPT y el PCAP.

En todos estos apartados de la oferta técnica incluida en el sobre 2 CITELUM plantea incrementar el mínimo exigido por el PPT y el PCAP, basándose en muchos casos en apoyar con su personal propio desde el principio. E incluso se plantean mejoras que se evalúan en el sobre nº 3 y que no deberían ser incluidos en el sobre 2, lo que a nuestro parecer podría incurrir en descalificación, al igual que supondría incluir en este apartado condiciones de carácter económico del contrato. (de hecho, se plantea incluso un organigrama con nombres TANTO PARA EL SERVICIO ASIGNADO AL PERSONAL DE MANTENIMIENTO DE SEVILLA como para el PERSONAL DE LA CENTRAL DE CITELUM.)

Sobre tales cuestiones, los informes emitidos por la GMU aseveran que no se ha producido adelanto de información.

En efecto, el informe remitido a este Tribunal, suscrito por el Jefe de Servicio de Contratación y Gestión Financiera de la GMU, transcribe el informe técnico emitido por el Subjefe del Servicio de Alumbrado Público, conforme al cual:

“En la documentación de propuestas técnicas de gestión, planificación y organización del servicio de conservación de alumbrado público presentada por el Licitador CITELUM en el sobre nº 2 para valoración mediante juicio de valor, no se aporta información relativa al sobre nº 3, referente a mejoras en la prestación del servicio para valoración de forma automática.

La información facilitada por el Licitador CITELUM en el sobre nº 2, sobre personal, jefes de equipo, vehículos y medios materiales, corresponde solamente a la propuesta técnica del Licitador donde se expresan los conocimientos y mecanismos que dispone la empresa para realizar la prestación del servicio de conservación de alumbrado público, y tiene interés solo para valorar la Gestión, Planificación y Organización del servicio, conforme a las prescripciones del PPT. Los datos que se facilitan en la memoria técnica no tienen relación con las mejoras que se ofertan en el sobre nº 3, ni desvelan datos de los criterios de valoración automática.

El objetivo que se pretende con las propuestas técnicas de gestión, planificación y organización, es la distribución del personal de plantilla mínima requerida en el PPT, entre todas las tareas de conservación de alumbrado público, en función de las necesidades y urgencias que se puedan presentar, ya que carga de trabajo es variable, en cada una de las especialidades, de acuerdo al conocimiento que cada Licitador tenga de las tareas de conservación y mantenimiento programado de las instalaciones de alumbrado público.

El personal asignado en las propuestas de los licitadores correspondiente a los distintos criterios de valoración de las ofertas, no es correcta la suma de los trabajadores de todos los criterios, para obtener el total de operarios que ofrecen los licitadores en las propuestas técnicas, debido a que todas las especialidades de trabajos que se valoran en las ofertas técnicas no se realizan simultáneamente. Los trabajadores pueden hacer trabajos de distintas especialidades, en función de las necesidades y la acumulación de los trabajos.

Los operarios no hacen siempre los mismos trabajos, en unas jornadas pueden realizar operaciones de mantenimiento preventivo y en otras pueden realizar operaciones de mantenimientos correctivo o normativo, inspecciones, trabajos de conservación programada, especial o extraordinaria, también teniendo en cuenta los turnos o jornadas de descanso, pueden realizar guardias o vigilancias.

En las propuestas de personal de los licitadores para cada una de las tareas, según los distintos criterios de valoración, se ofrece el máximo de personal que se asigna a cada una de las especialidades de trabajos correspondientes a los criterios de valoración. Pero todos los trabajos no requieren todo el personal de forma simultánea, por tanto, debido a la prioridad de las incidencias y trabajos programados, diariamente se reparte el personal en las especialidades que correspondan.

Hay que considerar que los trabajos de todas las especialidades de mantenimiento, no se desarrollan de forma intensiva, coincidiendo en el tiempo, se programan para que el personal de la plantilla mínima establecida en los artículos 47 y 48 del PPT, pueda atender todas las incidencias que se puedan presentar en la conservación de las instalaciones alumbrado público.

Con las propuestas de los medios humanos de los criterios de valoración mediante juicio de valor, se pretende conocer la cantidad de trabajadores que los licitadores están dispuestos a dedicar en las distintas operaciones de mantenimiento en caso de máxima acumulación de tareas en cada una de las especialidades. Estas propuestas permiten que en caso de sobrecarga de trabajo en una o varias de las especialidades de mantenimiento, que requieran actuaciones inmediatas, durante el desarrollo del contrato, sea exigible la dedicación de todo el personal propuesto a esa especialidad tomándolo de otras operaciones menos prioritarias.

En el caso de CITE LUM en su propuesta técnica, al final de los apartados de asignación de medios humanos, de cada uno de los criterios, incluye el siguiente párrafo: *“No adscribimos a más personal de la plantilla mínima indicada en el PPT ni describimos modelos ni motorizaciones de los vehículos por no desvelar criterios del sobre 3.”*

En la descripción anterior, queda explicado que la suma de todos los medios humanos propuestos en los criterios de juicio de valor, sin tener en cuenta que el mismo personal es asignado a tareas correspondientes a trabajos de distintas especialidades, según las necesidades de las operaciones de mantenimiento, como son, vigilancias, inspecciones, mantenimientos preventivo, correctivo, normativo, conservación programada para reposición de lámparas, limpieza de luminarias, pintura de soportes, conservaciones especiales y extraordinarias, de forma que los trabajadores no se dedican a hacer siempre de manera exclusiva las mismas operaciones, por tanto, el número de trabajadores que hacen varias actividades, sumados los mismos operarios como si fueran distintos, tal como se describen en las documentaciones técnicas presentadas por los licitadores para los distintos criterios de juicio de valor, puede ser superior a la plantilla mínima establecida en el PPT.

**Esta particularidad también ocurre en la propuesta técnica presentada por ELEC NOR, en el sobre nº 2. Como se comprueba en los párrafos que se refieren a medios humanos, en la documentación técnica presentada por ELEC NOR”, reproduciendo a continuación diversos ejemplos y concluyendo que también en el caso de la recurrente, la suma de los**

operarios propuestos en los criterios descritos en su oferta técnica, es, por las razones indicadas, superior a los previstos en el artículo 47 del PPT, proponiendo también refuerzos y apoyos en distintos supuestos. Por los técnicos de la GMU se defiende, sin embargo y de modo similar al presente, la no concurrencia, por los motivos expuestos, de causa de exclusión en la oferta de ELEC NOR, en el Recurso 15/21.

De hecho, resulta significativo que la denuncia de inclusión de información del Sobre 3 en el 2, se ha hecho, prácticamente tanto en relación con el Lote 1 como con el 2, por todos los recurrentes en ambos lotes, en relación con la oferta de los restantes, así, se ha alegado que:

1.- CITELUM adelanta en el Sobre 2 información correspondiente al sobre 3, en ambos Lotes (IMESAPI, ACISA, ALDESA, ELEC NOR) en lo relativo a medios personales y materiales.

2.- ACISA adelanta en el Sobre 2 información correspondiente al sobre 3, en ambos Lotes (IMESAPI), en lo relativo a medios personales.

3.- ELEC NOR adelanta en el Sobre 2 información correspondiente al sobre 3, en ambos Lotes (IMESAPI), en lo relativo a medios personales.

4.- ALDESA adelanta en el Sobre 2 información correspondiente al sobre 3, en el Lote 1 (IMESAPI), en lo relativo a medios personales.

5.- FERROVIAL adelanta en el Sobre 2 información correspondiente al sobre 3, en el Lote 2 (IMESAPI), en lo relativo a medios personales.

En todos los supuestos, la GMU se ha pronunciado en el sentido anteriormente expuesto, de hecho, en el recurso 15/21, ante la alegación efectuada por IMESAPI sobre la inclusión de información por parte de ELEC NOR, el informe del Subjefe de Alumbrado Público se pronuncia de igual manera, concluyendo que **“La descripción que precede explica que la suma de todos los medios humanos propuestos en los criterios de juicio de valor, sea superior a la plantilla establecida en el PPT. Circunstancia que ocurre en las propuestas de todos los licitadores, también está de la misma forma, en la propuesta técnica presentada por IMESAPI, S.A.”** y la propia recurrente, ELEC NOR, en sus alegaciones al recurso de IMESAPI, manifiesta que “discrepa absolutamente con los argumentos esgrimidos por la recurrente IMESAPI S.A., en virtud de los cuales dicha entidad concluye solicitando la exclusión de esta parte del Expediente nº 16/2020 **Lote 2 (Zona Sur)**..... argumentando que “A pesar de lo indicado por IMESAPI S.A. en su escrito, la oferta técnica (sobre nº 2) presentada por esta parte, contempla y realiza una distribución de medios basada en todo momento en la exigencia de los pliegos del concurso y las preguntas aclaradas al respecto en la plataforma de contrataciones del estado, según los cuales no debían sobrepasar en la asignación de medios del sobre técnico, el personal mínimo solicitado en el concurso, siendo dicho personal mínimo, el dispuesto en el Art. 47 del PPT + 2 técnicos de oficina técnica (Total 59 personas).

Por otro lado, ELEC NOR S.A. ha ido identificando en los diferentes artículos del PPT y del PCAP los puntos donde se requiere de un cierto número de personal adscrito a una tarea, servicio o función y ha ido distribuyendo al personal disponible para la ejecución del servicio de la manera que ha considerado más adecuada, cuidando siempre de no sobrepasar el total del mínimo requerido y anteriormente mencionado, con lo que simplemente ha ido planteando “mejoras organizativas” basadas en la organización de personal disponible con respecto a los

requeridos en cada punto donde se solicitaban, pero siempre SIN SOBREPASAR EN NINGÚN CASO EL TOTAL DEL PERSONAL MÍNIMO referido de 59 personas”.

De modo similar, se pronunciaba CITELUM, en sus alegaciones a los recursos 15/21, planteado por IMESAPI y 18/21, interpuesto por ACISA aseverando que “ en modo alguno se ha desvelado, en la documentación correspondiente a criterios que dependen de un juicio de valor, información alguna que permita presuponer o calcular la puntuación obtenida en aplicación de fórmulas matemáticas.

Es absolutamente falso que Citelum haya incluido información del sobre 3 en el sobre 2. De hecho, la mayoría de las preguntas, en fase de licitación, que hicieron relación a la problemática de explicar los mecanismos de gestión sin desvelar el número total de trabajadores ofertados fueron formuladas por Citelum. Es decir, teníamos muy claro, de acuerdo con la interpretación municipal, que no se podía adscribir a más cantidad de personal en el sobre 2 que la mínima exigida en el pliego.

En nuestra oferta técnica del sobre 2, hemos incluido hasta en 7 ocasiones la frase, literal:

No adscribimos a más personal de la plantilla mínima indicada en el PPT ni describimos modelos ni motorizaciones de los vehículos por no desvelar criterios del sobre 3.

La frase aparece, concretamente, al final del capítulo 1, 2, 4, 5, 7, 9 y 10 de nuestra oferta. Es decir, en fase de redacción de nuestra oferta, hemos tenido muy presente que no podíamos describir ni adscribir más medios que los exigidos como mínimos en el pliego técnico.”

También en sus alegaciones al presente recurso, CITELUM afirma que “en modo alguno se ha desvelado, en la documentación correspondiente a criterios que dependen de un juicio de valor, información alguna que permita presuponer o calcular la puntuación obtenida en aplicación de fórmulas matemáticas”

En el informe remitido a este Tribunal, la GMU se pronuncia específicamente sobre los distintos ejemplos manifestados por la recurrente, ELEC NOR, argumentando como sigue:

En relación con lo alegado sobre el apartado “7 Oficina Técnica, A- Mecanismos de organización del sistema de trabajo” de la oferta técnica presentada en el Sobre 2, se argumenta por el Subjefe de Alumbrado Público que “ CITELUM en la propuesta técnica plantea iniciar el contrato con personal propio, durante la transición del personal entre ACISA y CITELUM, formado por personal directivo, mandos intermedios y personal administrativo.

Esta propuesta de CITELUM, se ha interpretado que se ofrece de forma temporal para implantar el sistema de organización propio de la empresa en el arranque del contrato. No se ha tenido en cuenta en la valoración del criterio 7, debido a que para el cumplimiento del contrato, el adjudicatario está obligado a tener a su disposición el personal subrogado, tener cubierta la plantilla mínima, más las mejoras ofertadas en el sobre nº 3, y a disponer de los equipos y materiales exigidos en las prescripciones técnicas del artículo 75 del PPT.

Sobre el Apartado “8 Control de aplicación de las medidas de prevención de accidentes laborales, C Medios humanos”, defiende que “La propuesta de personal que se dedicarán al control de la seguridad y salud, se debe interpretar que tanto el personal directivo, técnico y todo el personal operativo tendrán distintos niveles de formación en riesgos laborales y en todas las decisiones y operaciones que realicen, mantendrán las condiciones de seguridad y salud en trabajo. Se valora que el personal directivo, mandos intermedios y responsables de la organización del servicio, encauzarán sus decisiones, teniendo en cuenta la seguridad de las

operaciones que realizan los trabajadores, y no dedicados a tiempo completo al control de la prevención de riesgos laborales, ya que esa función la cumplen los técnicos de prevención, que son responsables del control de las medidas de prevención, conforme a la descripción que presenta CITELUM en su propuesta técnica del criterio de valoración 8 Prevención de Riesgos Laborales, en el apartado *“MEDIOS PARA COMPROBACIÓN ESTADO Y UTILIZACIÓN EQUIPOS DE PROTECCIÓN Y APLICACIONES INFORMÁTICAS DEDICADAS AL CONTROL DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN”* donde en el párrafo tercero se dice: *“WE PREVENT: Aplicación informática que permite **realizar informes “in situ”** de las supervisiones de seguridad que realizan los técnicos de prevención, de las inspecciones del programa de puntos de inspección que realizan los encargados y jefes de equipos, de los controles de uso y revisión de los epis, de orden y limpieza y las autoevaluaciones de las condiciones de trabajo, de todas las condiciones o actos inseguros que se detectan durante estos controles, la herramienta nos **permite planificar una medida preventiva**, asignarle una prioridad, un plazo de ejecución y un responsable.”*

De forma similar a los argumentos indicados para CITELUM, en la propuesta técnica presentada por ELECNOR(licitador que hace las alegaciones), también implica a todos los medios de la plantilla, en su descripción del criterio de valoración 8.- *“CONTROL DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE ACCIDENTES LABORALES”*, que en el apartado 8.3 *“DOTACIÓN DE MEDIOS HUMANOS”*, indica lo siguiente: *“ELECNOR entiende la seguridad y salud en el trabajo de manera INTEGRAL, es decir, TODOS los integrantes de la plantilla, desde los operarios hasta el Director General de la empresa, están comprometidos e integrados en el sistema. De esta forma, independientemente de que se designe a alguna persona de la plantilla mínima y formarla como responsable de seguridad para el servicio (si no tiene ya la formación), toda la línea de mando forma parte del sistema. Es decir, desde los operarios con su continua formación y compromiso, hasta los diferentes mandos en todos sus grados, cada uno con su responsabilidad, ya que todos tienen que hacer sus inspecciones y todas deben ser revisadas por sus superiores”*.

En relación con el apartado 9 *“Control y gestión del consumo energético, D. Medios humanos y herramientas informáticas”*, expone el informe que *“El licitador CITELUM para el criterio 9 de juicio de valor, propone que el trabajo de análisis y verificación de las facturas de energía eléctrica será hecho por la sala de control de CITELUM. En la valoración del criterio 9, se ha considerado que dicha sala de control es un órgano consultivo de la empresa a nivel nacional, situado fuera de las oficinas de conservación en Sevilla. Esto no es aceptable para el contrato de conservación de alumbrado público, ya que, el control del consumo energético de alumbrado público, se debe gestionar en la oficina técnica del contrato situada en Sevilla, de acuerdo a las prescripciones del PPT. No es admisible que la información del consumo eléctrico se gestione fuera de la oficina de conservación de Sevilla. Por esta razón, la propuesta no se ha tenido en cuenta en la valoración del criterio 9 de juicio de valor.*

Idéntica consideración se ha dado a la propuesta técnica de ELECNOR, que en el mismo criterio 9.-*“CONTROL Y GESTIÓN DE CONSUMO ENERGÉTICO”*, en el apartado 9.4 *“MEDIOS HUMANOS Y TECNOLÓGICOS”*, describe en el párrafo segundo: *“El personal de la Oficina Técnica del servicio de conservación (Integrada por.....), será el responsable de la gestión de datos del consumo energético y como apoyo y refuerzo a su labor, estará en comunicación permanente con el Departamento de Comercialización de Energía de Elecnor que gestiona todos los suministros que Elecnor posee de las Eses adjudicadas. Esto asegura una continua actualización de los datos de mercado que redundará en disponer en todo momento de las solución óptima a contratar para cada suministro.”*

En cuanto al apartado *“10 Control de trabajos programados. A. Método de planificación de las tareas programadas”*, defiende la GMU que *“La contratación de personal adicional necesario para cumplir con los trabajos programados, no supone mejoras respecto a los*

mínimos requeridos por PPT” y que “La contratación de personal adicional para garantizar la calidad del servicio está prevista en el PPT, artículo 47, párrafo cuarto, página 65, que se reproduce a continuación: “Dado que el Contratista viene obligado a satisfacer en todo caso las especificaciones del Pliego, **si con el personal y medios previstos en la plantilla no realiza la prestación con la calidad contractual exigida, vendrá obligado a ampliar los mismos**, sin que ello le permita variar los precios de su oferta.”

En la cuenta de desglose de gastos de la justificación de la baja anormal que ha presentado el licitador CITELUM, incluye otra partida que se denomina Conservación Programada, Especial y Extraordinaria, por importe de 2.188.038,64 euros, cuyos precios de las unidades de ejecución, contienen importes tanto de materiales como de mano de obra”

A la vista de lo expuesto, el informe suscrito por el Jefe de Servicio de Contratación y Gestión financiera de la GMU, concluye que de acuerdo con la descripción que se realiza en el informe emitido por el Subjefe del Servicio de Alumbrado Público, queda explicado que la suma de todos los medios humanos propuestos en los criterios de juicio de valor, sea superior a la plantilla establecida en el PPT, circunstancia que ocurre también en la propuestas de ELEC NOR. Por lo tanto no procede la exclusión, al ser elementos esenciales de las proposiciones de todos los licitadores, que no vulneran los principios de secreto de ofertas, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Teniendo en cuenta las alegaciones efectuadas por las partes, y las consideraciones efectuadas por los Servicios de Contratación y Alumbrado Público de la GMU, como ocurriera en el caso examinado en el citado Recurso 15/2021, Resolución 22/2021, este Tribunal no aprecia arbitrariedad, falta de motivación o error en el sentido expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que indica que la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadoros impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014, recurso 3157/2013).

Por lo que, cabe concluir que, no constando la existencia de error en los informes técnicos, entendiéndose que no se produce vulneración de los principios de secreto de ofertas, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, ha de aceptarse que la decisión de la mesa de contratación basada en los mismos, que no aprecia la concurrencia de causa de exclusión de CITELUM, ha sido ajustada a derecho, lo que determina la necesidad de análisis del resto de las alegaciones planteadas.

**QUINTO.-** Defiende el recurso que por parte de CITELUM no se ha justificado adecuadamente su oferta, inicialmente incurrida en anormalidad, en base a los costes de subrogación y a los costes de personal y material que implican las mejoras ofertadas y que no han sido incluidos en la justificación de la Baja Anormal, *“lo que hace que dicha justificación quede a nuestro parecer incompleta y en consecuencia debe ser rechazada.”*

Considera la recurrente que “De la documentación presentada por CITELUM, se desprende que para la justificación de la baja temeraria la misma defiende que el coste de mano de obra que contempla, si bien está por encima de los convenios colectivos provinciales y por tanto cumple con la normativa local vigente, no tiene en cuenta que el Convenio Provincial de la Siderometalurgia aplicable según lo dispuesto el Anexo I apartado 14 del PCAP obliga a la subrogación completa del personal que procede del anterior adjudicatario, ACISA, debiéndose mantener en consecuencia las condiciones económico-laborales invariables tras ser incluidos como plantilla del nuevo

adjudicatario, todo ello en cumplimiento como se ha expuesto del Convenio Colectivo aplicable, el PCAP y las mejoras de salario vigentes que acompañan al mismo, y las consecuencias contempladas en el artículo 44 del Texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, las cuales son ineludibles.

De igual manera, hemos de indicar que el actual coste de dicho personal a subrogar por CITELUM se encuentra muy por encima de los costes contemplados en la justificación de baja temeraria presentada por CITELUM, al ser casi el doble de estos últimos.

(...)

Analizando lo anterior se desprende que la justificación de la Baja Anormal ha sido realizada apoyándose en el pago de salarios por encima de convenio pero por debajo de subrogación que realmente solo podría aplicar a 6 de sus trabajadores que no proceden de la subrogación, lo que, como anteriormente hemos expuesto, es un grave error, ya que es necesario recordar que con respecto al resto de personal que es subrogado CITELUM está obligado a soportar en todo momento y para todos los trabajos asociados con el servicio de alumbrado, dichos costes de subrogación.

... con relación a los gastos directos de subrogación del personal anteriormente mencionados, en el apartado "Desglose de gastos de las partidas de explotación estimadas durante la vigencia del contrato, incluidas las mejoras ofertadas", en el punto "3 Costes directos e indirectos del personal adscrito al contrato", dicho Informe concluye que la justificación de la baja anormal:

"-Valora el importe total de los salarios brutos anuales del personal objeto de subrogación según listado del PCAP.  
- Muestra análisis de los precios unitarios de mano de obra del anexo 9 del PPT y señala el margen económico después de aplicar la baja ofertada."

De igual manera, dentro del apartado "Justificación del cálculo del coste del personal adscrito al contrato para garantizar que la oferta cubre los salarios del convenio colectivo sectorial", dicho Informe concluye que la justificación de la baja anormal:

"- Señala mediante comparación que el salario medio de la lista de subrogación es superior al salario fijado en el convenio.  
- Analiza las unidades de hora mano de obra del cuadro de precios del PPT, observando que, aplicada la baja económica ofertada en cada una de las unidades, existe margen económico en todos los precios respecto a los costes de hora de convenio."

Analizando lo anterior se desprende que el citado Informe de evaluación no hace referencia al hecho de que dicho margen económico se consigue considerando costes de personal basados en el convenio sectorial local de aplicación, y no en los salarios brutos anuales del personal objeto de subrogación, lo que, como anteriormente hemos expuesto, es un grave error, ya que es necesario recordar que con respecto al resto de personal que es subrogado CITELUM está obligado a soportar en todo momento y para todos los trabajos asociados con el servicio de alumbrado, dichos costes de subrogación.

Así mismo, teniendo en cuenta que los costes del personal a subrogar procedente de ACISA casi duplican los sueldos de convenio, el Informe no acredita de facto que en la consideración final de los sueldos de subrogación por parte de CITELUM para todo el personal subrogado esta empresa haya justificado suficientemente la Baja Anormal presentada.

Por todo lo anterior, hemos de afirmar que ha quedado acreditado no solo que la justificación de la Baja Anormal presentada ha sido realizada incurriendo en graves errores e irregularidades y que no ha justificado adecuadamente la baja presentada en base a los costes en los que se va a incurrir con el personal subrogado, sino también que el Informe de evaluación de la justificación de la Baja Anormal emitido por el Órgano de Contratación (y por el cual este ha aceptado la justificación de Baja Anormal de CITELUM) no ha tenido en cuenta la existencia de dichos errores e irregularidades ni ha podido corroborar la correcta justificación en base a los costes de subrogación, y en consecuencia dicha justificación debe ser objeto de revisión en todo caso, con la retroacción del presente Expediente."

Se denuncia, asimismo la inclusión de mejoras respecto a los mínimos exigidos en los Pliegos, cuyos costes deberían estar incluidos en la justificación, así, stock para mantenimiento correctivo, personal para el arranque del contrato, luminarias, personal adicional...

En sus alegaciones al recurso, CITELUM asevera que "su mínima incursión en presunción de anormalidad ha sido enteramente justificada a satisfacción del Ayuntamiento contratante", que "Citelum ha utilizado los costes laborales del listado de subrogación de la empresa Acisa (actual mantenedora del lote 2), que tal y como se aclara en una respuesta publicada por el Ayuntamiento en el perfil del contratante, incluyen todos los costes laborales del trabajador y de la empresa"

Defiende que, conforme a lo dispuesto en la cláusula 14 “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de Trabajo” del Anexo I del PCAP, donde aparece toda la información relativa a los listados de subrogación del personal adscrito a las empresas mantenedoras actuales de los lotes 1 (Imesapi) y 2 (Acisa), y la información facilitada por la empresa Acisa, es conocedora de que el convenio sectorial de aplicación es el Convenio Colectivo del Sector «Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla», (código 41002445011982) y, el pacto en vigor de la empresa Acisa, y “plenamente consciente que desde que ha resultado adjudicataria del lote 2 del contrato, hemos asumido obligatoriamente, el compromiso de subrogar al personal de la actual mantenedora, en este caso, Acisa”, destacando que “En la página 6 de su escrito, el propio recurrente Elecnor, reproduce el párrafo del informe técnico municipal en el que dice que Citelum ha usado los costes laborales según el listado de subrogación del PCAP, es decir, los de Acisa”

Manifiesta que, como señalaron en su escrito de justificación, “Citelum considera que, pliego en mano, su oferta no está incurso en anormalidad. Es la interpretación municipal, traspasando los porcentajes de baja a cantidades económicas, la circunstancia que sitúa a nuestra oferta, según el Ayuntamiento, en presunción de anormalidad por un 0,14%, equivalente a 8.068,92 euros en el total del contrato”. En relación con tal alegación, trayendo a colación nuestra Resolución 6/2013, hemos de recordar que la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en informe 47/03, de 2 de febrero de 2004 ya señaló como correcta la interpretación del artículo 85 del RGLCAP consistente en referir a “*la media aritmética de las ofertas presentadas, y no la media aritmética de las bajas de las ofertas presentadas*”. Y ello, por una interpretación histórica del precepto reglamentario, al constatar que el art. 109 del antiguo Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, sobre esta cuestión consideraba desproporcionada o temeraria la baja de toda proposición cuyo porcentaje excediese en 10 unidades, precepto derogado expresamente por la disposición derogatoria única, apartado 2, letra a) del Real Decreto 1098/2001.

En el mismo sentido se expresó la Junta Consultiva de Contratación de Andalucía en la Recomendación 8/2002, tajante al establece “*que el cálculo de la media aritmética se hace sobre las ofertas en valores absolutos y no en porcentajes*”.

En la Cláusula 8 ( PARÁMETROS OBJETIVOS PARA CONSIDERAR UNA OFERTA ANORMAL) del Anexo I al PCAP, se aprecia igualmente que, aun no remitiéndose al RGLCAP, se habla no de media de las bajas, sino de media de las ofertas, precisándose que:

“Se considerarán inicialmente anormales las **ofertas económicas** que sean inferiores en 10 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. En el caso de que se hubiera presentado una sola oferta, ésta se considerará inicialmente anormal si es inferior al 20% del presupuesto base de licitación.

Si se apreciaran valores inicialmente anormales en las proposiciones se actuará conforme al procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, requiriéndose al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos pertinentes.

Para la consideración, en su caso, de los valores de la oferta económica como anormales, se deberá acreditar entre otras, la posibilidad....”

A mayor abundamiento, en la propia descripción del criterio y su valoración, se expresa que la variable a tener en cuenta es la oferta en valores absolutos, hablando de oferta en tales términos, tanto para la valoración como para la determinación de la anormalidad, la cual se identifica, además, con el valor K

**“Descripción del criterio: OFERTA ECONÓMICA:** El licitador ofertará un porcentaje de baja a aplicar a todos y cada uno de los precios unitarios indicados en el Cuadro de Precios, del PPT y la documentación técnica.

La oferta económica obtendrá un máximo de 70,00 Puntos.

Para calcular la puntuación obtenida por cada oferta se realizará una valoración lineal y proporcional de conformidad con las siguientes reglas:

·Se otorgarán 0 puntos a las ofertas que igualen el presupuesto de licitación.

·Se otorgará el máximo de puntos (70,00) en este criterio a aquella oferta que sea un 10% inferior a la media de las ofertas presentadas, siempre que no exista una oferta que se encuentre por debajo de este valor.

·Si existiese una oferta que se encontrase por debajo del valor atribuido inicialmente a la baja anormal, sería esta oferta la que obtendría el máximo de puntos en este criterio, siempre que se hubiera aceptado la justificación a la misma presentada por el licitador.

En consecuencia, las ofertas se valorarán de forma proporcional y lineal, conforme a la siguiente fórmula:

$$Ve = \left( \frac{PBL - Po}{PBL - K} \right) \times Px$$

Siendo:

**Ve**= la valoración de cada oferta (Puntuación obtenida en este criterio).

**PBL**= Presupuesto Base de Licitación, IVA excluido.

**Po** = Precio de la oferta (Importe de la oferta IVA excluido en valores absolutos)

**K** = Cuantía resultante de restar a la media de las ofertas presentadas el 10% determinado para incurrir inicialmente en valores anormales, o, cuando exista una oferta inicialmente anormal, la cuantía de la misma siempre que haya quedado justificada.

**Px** = Puntuación máxima a otorgar por el criterio económico.

Si la oferta se formulara en porcentaje de baja sobre precios unitarios, el porcentaje ofertado se aplicará sobre el Presupuesto Base de Licitación, IVA excluido, a fin de obtener un valor absoluto para la variable Po (Importe ofertado, IVA excluido).

Si hubiera una sola oferta se valorará de la misma manera, siendo en ese caso el valor de K resultado de aplicar el 20% al precio de licitación o, si la oferta fuera menor a esta cantidad y se justificara debidamente, el valor de dicha oferta.

En conclusión, procede afirmar que el cálculo efectuado en relación con la presunción de anormalidad, o baja desproporcionada de las ofertas presentadas, trasladando los % a valores absolutos, es conforme a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas, y acorde a lo establecido en el art. 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tal y como es interpretado para su aplicación por la Junta Consultiva de Contratación estatal y autonómica.

Destaca, asimismo que su incursión en presunción de anormalidad lo es por un 0,14%, equivalente a 8.068,92 euros en el total del contrato, “un escasísimo margen, es decir que el hipotético riesgo de inejecución o ejecución defectuosa es mínimo”, recordando que el presupuesto de licitación es de 5.672.759,82 euros y que “estamos en temeridad por 8.068,92 euros, cantidad insignificante en relación con el contrato, con la oferta y con la solvencia técnica y económica de Citelum Ibérica”. Sobre estas bases, traen a colación la doctrina general sobre la cuestión, destacando que “La presunción de anormalidad es una ficción jurídica que admite prueba en contrario, pues es *iuris tantum* y no *iuris et de iure*. Quiere decirse con ello que presunción de anormalidad no equivale necesariamente a anormalidad. Por consiguiente, los umbrales de anormalidad que se establecen en los pliegos tienen como finalidad la detección por parte de la mesa de contratación y del órgano de contratación de ofertas sospechosas de anormalidad que pudieran no ser viables por razón de la baja en que incurrían.

No debe confundirse por tanto la presunción de anormalidad con la efectiva anormalidad, pues una cosa es que se presuma que una oferta es anormal conforme a un criterio previamente establecido, y otra distinta que dicha oferta sea en efecto anormal, desproporcionada o no viable. Precisamente por ello, las ofertas que incurrían en presunción de anormalidad no pueden ser excluidas directamente, pues

dicha exclusión supondría una vulneración del principio de concurrencia, ya que, es perfectamente posible que, a pesar de las sospechas sobre su anormalidad, el licitador pueda dar explicaciones razonables de los precios ofertados y de la viabilidad del contrato en esos términos”, en esta línea trae a colación la doctrina del TACRC, asumida por todos sus homólogos autonómicos, que fija un razonable criterio en relación al grado de “intensidad” que debe revestir la justificación adicional del licitador: *la exhaustividad en la justificación ofrecida por el licitador deberá ser mayor cuanto mayor sea el grado de desproporción de la oferta*, por todas, citando la Resolución 436/2016 TACRC, y concluyendo que “Entendemos que nuestra justificación económica de viabilidad de oferta es de una exhaustividad muy superior al grado de desproporción de nuestra oferta” y que “En todo caso, en ningún momento la recurrente aporta argumentación alguna que desvirtúe la presunción de veracidad del Informe Técnico que acepta la justificación presentada, justificación de viabilidad de la oferta que debe ser acreditada – o desacreditada si fuera el caso – globalmente, en su conjunto y no basándose en aspectos concretos y tergiversados, como hemos demostrado y como relacionamos a continuación con referencia a los costes de las mejoras ofertadas”.

CITELUM argumenta que “no ha ofrecido como mejora más personal “operario” del mínimo exigido en el pliego, por lo que nuestra justificación de los costes del personal es acorde a la plantilla que hemos dicho que adscribiríamos a nuestra oferta. El pliego exige una plantilla mínima de 59 personas y Citelum ha ofrecido como mejora, únicamente, añadir 3 ingenieros adicionales (mejora A2), es decir, la plantilla de Citelum para adscribir al mantenimiento del lote 2 de Sevilla es de 62 personas. Los costes laborales de 62 personas son los que hemos contabilizado en nuestra justificación y no los 68 que nos imputa Elecnor”. Expone que “todas las mejoras ofrecidas por Citelum tienen su reflejo en el documento de justificación de oferta y como tal, ha sido admitido y validado por los técnicos municipales sin que Elecnor aporte prueba alguna que destruya la presunción de veracidad de dichos informes públicos” y concluye, tras referirse a las distintas cuestiones sobre el tema alegadas en el recurso, con indicación de su reflejo en la documentación justificativa de la oferta, que “conforme a la legislación vigente, Citelum ha justificado en su conjunto la viabilidad de su oferta con una exhaustividad muy superior al grado de desproporción - un 0,14% - y en ningún momento la recurrente aporta argumentación alguna que desvirtúe la presunción de veracidad del Informe Técnico que acepta la justificación presentada”.

En la justificación aportada, CITELUM manifiesta que:

Es decir, la plantilla mínima que Citelum deberá adscribir al contrato está formada por 59 personas. A estas 59 personas de plantilla mínima según exigencias del pliego técnico, le tendremos que añadir los 3 ingenieros ofertados por Citelum como mejora en el sobre 3. Teniendo en cuenta los 3 ingenieros adicionales, la plantilla que Citelum debe adscribir al contrato estará formada por 62 personas.

En el apartado 14 “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo” del Anexo I del PCAP se incluye el listado de subrogación del personal de la empresa Acisa, adjudicataria actual del lote 2. Dicho listado de subrogación está formado por un total de 62 personas, en el que se indica la categoría profesional, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual y los acuerdos aplicables. En la respuesta publicada el 30 de junio de 2020 a las 11:15h en el perfil del contratante, el Ayuntamiento aclara que el salario bruto anual de ese listado incluye los costes de la seguridad social. Al incluir los costes de la seguridad social, debemos entender que también incluyen los gastos variables fruto de las horas extraordinarias, retenes, guardias, nocturnidad, turnos, pluses de convenio, mejoras de convenio, etc.

En conclusión, Citelum deberá adscribir al contrato una plantilla formada por 62 personas y el listado de subrogación de la empresa Acisa, actual mantenedora del lote 2, está formado por 62 personas. Es decir, que podemos utilizar los costes totales indicados por Acisa en su listado para estimar los costes laborales que soportará Citelum durante la prestación del Servicio.

La empresa Acisa, en su listado de subrogación, ha indicado unos costes laborales que están muy por encima del convenio laboral sectorial de aplicación, como veremos más adelante. Los costes

El informe suscrito el 23 de febrero por el Subjefe del Servicio de Alumbrado Público, en relación con la justificación de la oferta de CITELUM, aceptado por la Mesa y el órgano de contratación, se refiere al contenido de la justificación presentada, acorde con el requerimiento efectuado, manifestando que se incluye el desglose de gastos de explotación y personal, ahorro, condiciones favorables de que dispone para ejecutar la prestación ..., concluyendo expresamente que:

**Analizada la documentación presentada por Citelum Ibérica, S.A., para justificación de su oferta económica, inicialmente anormal, se considera que la reducción de los costes que presenta es suficiente para justificar el precio de su oferta, siendo viable para la prestación del servicio de conservación de alumbrado público de la zona Sur. Conforme a lo anterior, se puede aceptar la oferta económica de Citelum Ibérica, S.A. para el Lote 2.**

En los informes remitidos a este Tribunal, suscritos por el Jefe de Servicio de Contratación, se transcribe lo informado por el Subjefe del Servicio de Alumbrado Público, afirmándose que "En el documento de justificación de la baja anormal presentado por el licitador CITELUM, está contabilizado el gasto del total del salario bruto de los 62 trabajadores de la lista de subrogación por el importe de 2.223.704,12 euros, según el listado de trabajadores recogido en el PCAP, que incluye el pacto de mejora en vigor, aplicable a los trabajadores a los que afecta la subrogación, y dicha cantidad la incrementa el Licitador CITELUM con el 1% por posible subida de IPC, siendo el importe con el incremento de 2.245.941,16 euros. Dicha cantidad está incluida en el desglose de gastos necesarios para la prestación del servicio, que además describe cantidades y porcentajes de gastos generales y beneficio industrial.

Se reproduce el párrafo 2 de la página nº 22 de la justificación de CITELUM, donde describe la consideración de los costes laborales: *"A la hora de considerar los costes laborales en nuestra justificación, el listado de subrogación de Acisa refleja los costes laborales correspondientes al año 2020, pero vamos a considerar un aumento global del 1% de dichos costes por si acaso, aunque el IPC de 2020 ha sido negativo, tanto en Andalucía como en España. Es decir, Citelum va a considerar unos costes laborales del servicio de: 2.223.704,12 € más el 1% de aumento = 2.245.941,16€"*

El costo de los tres técnicos que ofrece CITELUM en las mejoras del sobre nº 3, está compensado con los tres trabajadores de la lista de subrogación que cumplen su ciclo laboral por jubilación, en las fechas 16/10/2020, 29/10/2020 y 30/6/2021.

El coste total de los salarios de los trabajadores de la lista de subrogación, que se ha valorado, está compuesta de 62 trabajadores, una vez descontados los 3 trabajadores que debido a jubilación no serán objeto de subrogación, la lista queda con 59 trabajadores.

CITELUM tiene obligación de adscribir al contrato 59 personas de plantilla mínima, más tres técnicos ofertados en las mejoras del sobre nº 3, que es un total de 62 personas, que corresponde al importe considerado para los gastos de personal de subrogación.

Además de la partida de 2.245.941,16 euros, correspondiente a los costes de personal de subrogación, incluida en la cuenta de desglose de gastos de la justificación de la baja anormal que ha presentado el licitador CITELUM, incluye otra partida que se denomina Conservación Programada, Especial y Extraordinaria, por importe de 2.188.038,64 euros, cuyos precios de las unidades de ejecución, contienen importe tanto de materiales como de mano de obra, ésta

debe ser ejecutada por el personal de subrogación, y están previstos los gastos de la posible ampliación de personal que pueda ser necesario para que la prestación del servicio se realice con la calidad exigida en el Pliego Técnico. Tal como se prescribe en el artículo 47, párrafo cuarto, página 65 del PPT, que se reproduce a continuación:

“Dado que el Contratista viene obligado a satisfacer en todo caso las especificaciones del Pliego, **si con el personal y medios previstos en la plantilla no realiza la prestación con la calidad contractual exigida, vendrá obligado a ampliar los mismos**, sin que ello le permita variar los precios de su oferta.”

En la justificación de la baja anormal presentada por CITE LUM, están previstos los gastos de los salarios brutos anuales del personal de subrogación, según importes recogidos en el PCAP, que incluyen las condiciones del Convenio Sectorial y el Pacto de Mejora consolidado.

CITE LUM en el apartado 11 de la justificación de la viabilidad de su oferta, hace comparación del sueldo medio de ACISA con el convenio sectorial, para contestar al requerimiento que le hace el Servicio de Contratación de la GUMA, para que justifique la oferta considerada anormal, donde se le pide en el apartado segundo, que aporte documentación justificativa del cálculo del coste del personal adscrito al contrato que garantice que la oferta cubre los salarios fijados en el convenio colectivo sectorial de aplicación.

Para justificar que cumple la condición de dicho requerimiento, en el documento de justificación presentado, CITE LUM hace un estudio comparativo del sueldo medio de la lista de subrogación con el sueldo que resultaría de aplicar el convenio sectorial, y también analiza las partidas del Anexo 9 del PPT que contienen única y exclusivamente mano de obra. Concluyendo que los costes laborales previstos por CITE LUM en la justificación de la baja ofertada cubren el salario fijado en el Convenio Colectivo Sectorial de Aplicación, ya que, efectuará el pago de los salarios según el Pacto de Mejora en vigor, que es aplicable a los trabajadores a los que afecta la subrogación, cuya lista adjunta en el documento de justificación de la oferta, siendo estos salarios superiores al convenio sectorial de aplicación.”

El último informe recibido, se reafirma en que Se considera viable la oferta económica de CITE LUM, para la ejecución del servicio, reiterando que *“En la justificación de la oferta, CITE LUM describe la plantilla mínima de personal que debe adscribir al contrato, conforme al artículo 47 del PPT (...) También presenta, CITE LUM el personal que debe adscribir a la oficina técnica, conforme al artículo 48 del PPT La plantilla mínima que CITE LUM debe adscribir al contrato, de acuerdo al PPT, estará formada por 59 personas, a los que hay que añadir 3 ingenieros técnicos como mejora del sobre 3. Por tanto la plantilla de personal que CITE LUM debe adscribir al contrato estará formada por 62 personas.*

*En la plantilla mínima de personal que debe presentar el contratista, hay 1 Ingeniero Industrial y 2 Ingenieros Técnicos del personal mínimo prescrito en los artículos 47 y 48 del PPT y 3 Ingenieros Técnicos de mejora ofertados por CITE LUM. Estas categorías no están en el listado de subrogación, deben ser aportados por el contratista.*

*En la lista de subrogación de personal recogida en el PCAP, existe una persona con categoría de oficial 1ª técnico de eficiencia energética, que tienen titulación de Ingeniero Industrial, tres personas que causan baja por jubilación y una persona por fallecimiento.*

*En el documento de justificación de la baja anormal presentado por el licitador CITE LUM, se ha considerado para los gastos de personal, la suma de todos los salarios brutos de los trabajadores de la lista de subrogación, incluida en el Anexo I del PCAP, que incluye el pacto de mejora salarial, con importe total de 2.223.704,12 euros, cantidad a la que CITE LUM añade 1% de subida, quedando incrementada con este porcentaje la cantidad prevista para gastos de personal, justificada en el desglose de gastos con el importe total de 2.245.941,16 euros.*

*En la justificación de la oferta presenta por CITE LUM están incluidos los gastos del personal de subrogación, el personal adicional para completar la plantilla mínima exigida en el PPT, y los tres*

*técnicos de mejora, que la cantidad contabilizada para gastos de personal es suficiente para el pago de los salarios.*

*En la justificación de la oferta presentada por CITELUM, están incluidos todos los gastos de personal, materiales y medios necesarios para la prestación del servicio.*

Llegados a este punto, es necesario hacer la oportuna distinción entre los costes del contrato, que vendrán determinados por los que sean necesarios para su ejecución y los costes que, en su caso, tuviera la contrata anterior. En efecto, y como tendremos ocasión de examinar más adelante, tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes al considerar que a la hora de fijar el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que esté vinculado por contrataciones anteriores, no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos, debiendo el presupuesto del contrato ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar.

Así, al analizar la cuestión de la subrogación de trabajadores en los casos de sucesión de contratas, la doctrina del Tribunal Supremo, señala que una cosa es que la empresa entrante venga obligada por el convenio colectivo a subrogarse en toda la plantilla destinada en el contrato que asume y otra que, si las necesidades públicas a satisfacer con el nuevo contrato han cambiado o se han reducido, venga obligada a destinar a todos ellos al nuevo contrato que le ha sido adjudicado, pudiendo en tales casos, proceder al despido por causas objetivas, a una reducción de jornada o a cualquier otra solución legal respecto a los trabajadores subrogados.

En el caso que nos ocupa, los costes de personal contemplan los relativos a 62 trabajadores, 59 correspondientes al mínimo exigido y 3 a las mejoras, considerándose por los técnicos y el órgano de Contratación que éstos son adecuados y razonables en base a la argumentación presentada por la empresa.

La justificación de los costes de personal, que efectivamente ha de alcanzar a los 62 profesionales ofertados (Mínimos + mejora), parte de la base de que 62 son los que integran los costes del personal subrogado según la información facilitada por ACISA y 62 son los que integran la oferta de CITELUM. Ahora bien, no todas las categorías y titulaciones exigibles en los art. 47 y 48 PPT, están en el listado de personal a subrogar, con el cual no se daría cumplimiento a las exigencias mínimas establecidas en los Pliegos, lo que implica que hay personal, que a tales efectos, ha de aportarse por el adjudicatario, deduciéndose de la justificación aportada, que defiende la adscripción al contrato de las categorías listadas en los art. 47 y 48 del PPT, más 3 profesionales de mejora, que, dado que los costes laborales indicados por ACISA están muy por encima del Convenio, los profesionales que no procederán de la lista de subrogación, se podrán asumir con el coste de personal subrogado que no se destinará a la ejecución del contrato, aun cuando su cualificación y categoría sea mayor, habida cuenta que los costes que aplicará a su personal, lo serán según Convenio, y muy por debajo, según analiza, de los correspondientes a los aplicables por ACISA, que debido a los pactos de mejora son muy superiores.

Efectivamente, una cosa es la obligación de subrogación, y otra distinta la adscripción a la ejecución del contrato de los medios mínimos previstos en el Pliego. Si, como decíamos anteriormente, el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar, no pudiéndose admitir que el órgano de contratación deba fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente, el coste a justificar por el licitador vendrá referido al correspondiente al personal que, de hecho, y en cumplimiento de los Pliegos, va a destinar a la ejecución del contrato. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las prestaciones previstas en el Pliego. A partir de ahí pueden organizar el servicio de la mejor manera, teniendo en cuenta que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que se venían prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones.

En cuanto a los que el recurrente denomina costes de explotación, o costes de las mejoras respecto a los mínimos, la GMU, aclara que no se trata en todo caso de mejoras, señalando, además que “El coste de los materiales de stock que CITELUM propone almacenar para atender el mantenimiento correctivo, está incluido en el documento de justificación de la baja anormal presentado por dicha empresa.

Los materiales previstos son lámparas, reactancias, luminarias, soportes, centros de mando, cables eléctricos, elementos de protección y maniobra, cajas de conexiones y pequeño material, que están valorados en los gastos de explotación”. Aclara el informe que “El objetivo del contrato de conservación de alumbrado público y obligación del contratista, que todas las inspecciones de OCA sean favorables, para ello se prescribe en el artículo 27 del PPT, que se deben realizar inspecciones operativas de las instalaciones, previas a las inspecciones periódicas, para evitar que las inspecciones oficiales obligatorias puedan resultar negativas.(...) Con objeto de conseguir las certificaciones favorables del Organismo de Control Autorizado, en todas las instalaciones de alumbrado público, dentro de los plazos marcados por el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión e Instrucciones Técnicas Complementarias aprobado por RD. 842/2020 de 2 de agosto, en el Pliego de Prescripciones Técnicas redactado para el contrato, se penaliza el incumplimiento de las prescripciones del Art. 27 del PPT, de inspecciones periódicas de las instalaciones, mediante falta tipificada como grave y tiene marcada sanción correspondiente en el Artículo 66, apartado 26 del PPT.”

Se considera que “la propuesta técnica plantea iniciar el contrato con personal propio, durante la transición es temporal para implantar el sistema de organización propio de la empresa en el arranque del contrato El personal experimentado necesario para la puesta en marcha del servicio, pertenece a la plantilla de la empresa CITELUM, y su costo está comprendido en la partida de gastos generales, incluida en el documento de justificación de la baja anormal, con valoración del 3% del presupuesto.”

En relación con el personal técnico superior y directivo mencionados por CITELUM en su propuesta técnica para el control de la seguridad y salud de los trabajadores, señala el informe que” pertenecen al departamento de prevención de riesgos laborales de las oficinas centrales de CITELUM, es personal indirecto que actuará como órgano asesor en cuestiones de seguridad y salud de oficina de conservación del contrato de conservación de alumbrado público, y pertenecen a la plantilla central de la empresa.

Los gastos de este personal corresponden a los gastos generales de la oficina central de la empresa”. Se señala, asimismo que “El importe de la oferta de mejora de suministro de 500

luminarias Led, presentada por CITELUM en la propuesta técnica, está recogido en los gastos del documento de justificación de la baja anormal, en el capítulo 10, apartado amortizaciones, en la tabla desglose de costes necesarios al inicio del contrato, donde se incluye una partida denominada mejoras incluidas en el sobre 2, que corresponde al coste de 500 luminarias de Led, 725 unidades Spylinght y 100 unidades diferenciales Autorearmables”

Por lo que respecta a la contratación de personal adicional para garantizar la calidad del servicio, el informe de la GMU señala que “ está prevista en el PPT, artículo 47, párrafo cuarto, página 65 : “Dado que el Contratista viene obligado a satisfacer en todo caso las especificaciones del Pliego, si con el personal y medios previstos en la plantilla no realiza la prestación con la calidad contractual exigida, vendrá obligado a ampliar los mismos, sin que ello le permita variar los precios de su oferta. En la cuenta de desglose de gastos de la justificación de la baja anormal que ha presentado el licitador CITELUM, incluye otra partida que se denomina Conservación Programada, Especial y Extraordinaria, por importe de 2.188.038,64 euros, cuyos precios de las unidades de ejecución, contienen importe tanto de materiales como de mano de obra”.

Como indicábamos en nuestra Resolución 9/2019, es, efectivamente, doctrina reiterada tanto del TACRC, como de sus homólogos, la que sostiene, que la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello, y, en consecuencia, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora no siendo posible su aplicación automática. Ahora bien, no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, ni resulta necesario que por parte del licitador se proceda a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino de explicar la viabilidad y seriedad de la oferta, de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

A la vista de la documentación presentada, el rechazo de la oferta exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador, analizando si cabe que la misma sea razonablemente cumplida por el oferente, o no.

En suma, ese examen que corresponde efectuar al órgano de contratación deberá limitarse a la consideración de entender o no justificada la oferta de forma suficiente con la aportación explicativa o documental que realice el empresario, no tratándose de examinar la corrección en el cálculo de una o varias partidas de la oferta, sino de apreciar si la misma, en su conjunto, resulta económicamente viable, para lo que puede servir de pauta de comprobación, la mayor o menor desproporción de la oferta económica presuntamente anormal respecto del resto de las admitidas, debiendo ser más exhaustiva la justificación cuanto más alejada de la normalidad sea la oferta en controversia.

En consonancia con ello, nuestra doctrina al respecto, se recoge en la Resolución 22/2018, en la que, de modo análogo a lo expresado en diversas Resoluciones de órganos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación, concluimos que *“El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes”* y

que “la decisión sobre la aceptación o no de *“la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. (...), si bien, en caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión mediante una resolución “reforzada”, mientras, por el contrario, en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación.”*

En el mismo sentido se manifiestan las Directivas sobre contratación pública, concluyéndose que la exclusión de una oferta es una medida extrema que requiere de fundamentación suficiente, si bien tal fundamentación no ha de tener ese carácter exhaustivo cuando lo que se concluye es su viabilidad. La Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, *“el poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”*, y en el mismo sentido el artículo 84.3 de la DIRECTIVA de sectores excluidos (Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero), al establecer que *“la entidad adjudicadora evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2’.*

En esta línea, se ha venido pronunciando igualmente el Tribunal Central (véase, entre otras, la Resolución 832/2014, de 7 de noviembre de 2014, o la nº 559/2014 de 22 de julio) considerando que *“(…), esto no implica, ni quiere decir, que aquellos otros casos en los que se considere que el licitador ha dado razones suficientes para considerar que la oferta es viable a pesar de su apariencia de anormalidad o desproporción, se deba aducir necesariamente una motivación distinta de la ya expuesta en su escrito por el licitador. Siendo ésta suficiente, nada exige que el asesor técnico verifique no sólo la realidad de lo alegado sino también, si entiende justificada que la proposición no incurre en anormalidad que la haga inviable, recoja en el informe sus propias razones motivando el porqué de la razón que asiste al interesado”.*

Es, en definitiva, el órgano de Contratación quien, considerando la justificación efectuada y los informes, ha de estimar si la oferta puede o no ser cumplida, si bien ni las alegaciones ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos, debiendo tal apreciación, ser consecuencia de una valoración de los diversos elementos concurrentes y de las características de la empresa licitadora, debiendo, en caso de rechazo, justificar adecuada y motivadamente su decisión.

Entrando en el caso que nos ocupa, en cuanto a la baja anormal en que inicialmente incurre la adjudicataria, se comprueba en el expediente que se ha seguido por el órgano de contratación el correspondiente procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP. Asimismo, se ha efectuado el preceptivo asesoramiento técnico del servicio correspondiente requerido en el apartado 4 del artículo de referencia, con la emisión del informe del Servicio de Alumbrado Público, en el que se analizan las justificaciones dadas a la baja ofertada en su proposición.

Se aprecia que la desviación en cuanto a los umbrales de anormalidad no es elevada, cifrándose en 8.068,92 €, un 0,22% superior, consta en el expediente que el adjudicatario, presentó, en el trámite que analizamos, una memoria o justificación pormenorizada, respondiendo a los aspectos y documentación que, conforme al Anexo I PCAP, Cláusula 8, se le requirieron, documentación que a juicio de los técnicos contenía una explicación razonable y suficiente de la oferta económica y de la baja efectuada, argumentos que se han considerado objetivamente razonables y atendibles, y que han servido al órgano de contratación para, a la vista de éstos y los informes técnicos emitidos, considerarla viable.

Como este Tribunal viene manteniendo, la justificación de una oferta es la acción de explicar, aduciendo razones convincentes o alegando otros medios, la viabilidad y acierto de una proposición, en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que conforme a dicha aclaración, la misma es viable de forma tal que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones, correspondiendo al órgano de contratación, según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes técnicos emitidos, estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, resultando imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, y más aún en el caso de rechazo, a los efectos de que la Mesa de contratación primero y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. En el caso que nos ocupa, en el que no se rechaza, sino que, al contrario, se acepta la justificación aportada, no se observa carencia de fundamentación o inconcreción. Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que ésta no puede ser cumplida, circunstancia que no se da en el supuesto examinado.

La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que componen la oferta y de las características que concurren en la propia empresa licitadora. En este momento la función del Tribunal, como señalaba el Tribunal de Madrid en su Resolución 343/2020, por citar alguna de las más reciente, sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación.

Teniendo en cuenta, pues, las justificaciones y los informes aportados, las alegaciones efectuadas por las partes, el hecho de que *"en caso de conformidad, no se requiere que se expliciten de manera exhaustiva los motivos de aceptación"*, y que las condiciones alegadas por la licitadora inicialmente incurso en anormalidad se han estimado como suficientes por los técnicos competentes, apreciándose su viabilidad por éstos, por la Mesa y por el Órgano de Contratación, considerándose razonables y suficientes para justificar la oferta, puede concluirse que, conforme a lo dispuesto en el art. 149 de la LCSP, los Pliegos que rigen la licitación y la doctrina consolidada al efecto, la actuación administrativa se estima ajustada a derecho.

Resulta significativo, además, el hecho de que de las distintas posibilidades de oferta de personal adicional, la adjudicataria sólo oferta 3 Ingenieros Técnicos, mientras que la recurrente, cuya diferencia económica con la adjudicataria es de 136.875,9 €, oferta, además de los 3 Ingenieros Técnicos:

**A1. Incremento de dotación de personal adicional a la plantilla mínima: (Hasta 5 puntos)**

**Propuesta:**

- Oficial electricista: 8
- Ayudante electricista: 0
- Jefe de equipo: 2

**A5. Mejora de dotación del personal asignado al servicio de guardia y operaciones en los turnos de mañana, tarde y noche en días laborables, sábados y festivos además de los mínimos: (Hasta 4 puntos)**

**Propuesta:**

- Cuadrilla: 4
- Persona de vigilancia: 4
- Jefe de equipo: 2

De ello se deriva, cuanto menos, que el coste de personal a asumir por la recurrente, que considera insuficiente el de la adjudicataria, sería, muy superior al de ésta y no proporcional a la diferencia económica existente entre ambas ofertas.

Por lo expuesto este Tribunal, en virtud de las observaciones formuladas con anterioridad y de la procedente aplicación del criterio de discrecionalidad técnica, considera que procede desestimar también este segundo motivo de impugnación al no apreciarse vulneración de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, ni en la LCSP, y sin que conste en la decisión impugnada desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación, ni error manifiesto.

**SEXTO.-** Respecto a la *contradicción de las obligaciones contraídas por la adjudicataria en su propia oferta en materia de subcontratación a través del DEUC entregado, según el cual CITELUM expresa su deseo de NO SUBCONTRATAR*, alega la recurrente que, conforme al Pliego, a través del DEUC, CITELUM manifiesta que "NO tiene intención de subcontratar una parte de la ejecución del contrato a terceros", sin embargo, de la documentación presentada por CITELUM, se deduce con claridad que la oferta presentada en el Sobre 2 y la justificación de la Baja Anormal, "ha sido sustentada en las bases de una subcontratación permanente para algunas actividades y de una subcontratación eventualmente temporal de otras, todas ellas necesarias para la correcta ejecución del objeto del contrato", mencionando distintos apartados en los que se hace referencia a la subcontratación.

En sus alegaciones al recurso, CITELUM se defiende manifestando que "Es absolutamente falso que exista contradicción alguna entre la declaración de Citelum en el DEUC, conforme a su intención de no subcontratar trabajo alguno en la ejecución del contrato con la posibilidad o mera hipótesis de que, en función de la concreción de los trabajos de conservación programada encargados por el Ayuntamiento y, siempre con su autorización, se proponga, si llega el caso, la subcontratación de partidas accesorias como la pintura, por ejemplo.

En primer lugar, el PCAP, en su cláusula trece (13) del Anexo I, permite la subcontratación de aquellas tareas que no sean críticas, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal, son las siguientes: los trabajos eléctricos, así definidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Ello quiere decir que la subcontratación de los trabajos accesorios, como los de pintura, por ejemplo, en la conservación programada, es perfectamente admitida por el pliego y, si esa fuere la intención de Citelum, no hubiera tenido reparo alguno en expresarlo así en el documento DEUC.

Ello quiere decir que, Citelum, aun siendo posible, no tiene previsto subcontratar trabajo alguno en este contrato y, como tal, ha hecho constar dicha previsión en el DEUC.

Cuestión distinta es la determinación de las necesidades que puedan comportar los trabajos de conservación programada que, de acuerdo con el art 33 del PPT, serán encargados por el Ayuntamiento, previa propuesta del contratista. Dichos trabajos no están definidos ni concretados, sino que se descomponen en un precario, siendo su volumen, importe y plazo de ejecución determinados por el Ayuntamiento, como ya hemos dicho. Es decir, el ayuntamiento puede hacer un uso más o menos intensivo de su facultad para ordenar dichos trabajos conforme a precario, pero dicha concreción hoy por hoy no existe.

Citelum tiene previsto ejecutar los trabajos, tal y como se desprende del DEUC y del contenido de nuestra oferta, mediante medios propios. Otra cosa es que Citelum plantee, con toda lógica del mundo, que si el volumen y, sobre todo, la frecuencia en el tiempo de dichos encargos municipales fuera muy intensiva y, por tanto, los medios propios fueran insuficientes para ejecutar en tiempo tales trabajos, se plantearía, previa autorización municipal, la subcontratación puntual de labores de apoyo permitidas por el pliego, como la pintura, por ejemplo.

Dicha circunstancia ni tiene que ver con falsear el DEUC ni con incumplir las normas de subcontratación. Lo contrario equivaldría a sostener un formalismo injustificado que en modo alguno encuentra acomodo en nuestra jurisprudencia ni en la doctrina de los tribunales contractuales.

Mención aparte merece la surrealista acusación de pretender hacer pasar como subcontratación la contratación externa de la empresa de inspección periódica reglamentaria. Las inspecciones periódicas reglamentarias del alumbrado público, sí o sí, las tiene que llevar a cabo una empresa de inspección periódica, tal y como recoge el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión (REBT) aprobado en RD 842/2002 de 2 de agosto. Dicho Reglamento, recoge en su ITC-BT-05 "Verificaciones e inspecciones" que los agentes que lleven a cabo las inspecciones de las instalaciones eléctricas de Baja Tensión deberán tener la condición de Organismos de Control, según lo establecido en el Real Decreto 2.200/1995, de 28 de diciembre, acreditados para este campo reglamentario. También se recoge en dicha ITC-BT-05 que las instalaciones de alumbrado exterior deben ser objeto de una inspección inicial y una periódica cada cinco (5) años.

Es decir, las inspecciones periódicas reglamentarias, POR LEY, no las puede llevar a cabo Citelum, como tampoco las podría llevar a cabo Elecnor, ni en Sevilla ni en ningún otro municipio de España. Una actividad que, por ley, no puede llevar a cabo el adjudicatario, no puede considerarse una actividad propia del servicio a prestar directamente por el adjudicatario.

Por otro lado, sobre la empresa del Call Center, queremos indicar que Citelum cuenta en su plantilla de personal adscrita al contrato de Sevilla con dos (2) responsable de atención telefónica y libro de registro de llamadas, tal y como exige el pliego técnico. A continuación, mostramos el organigrama del personal NO operativo incluido en nuestra oferta, concretamente en el capítulo 7 "Oficina Técnica".

Hemos remarcado los dos (2) telefonistas de nuestro organigrama. La atención telefónica propia de nuestra actividad estará prestada por personal propio de Citelum, el Call Center incluido en nuestra

justificación de baja temeraria es un refuerzo a dicho servicio para que la calidad del servicio no se vea mermada, por ejemplo, en los momentos de descanso de personal o de una afluencia puntual y masiva de llamadas.”

El informe remitido a este Tribunal por la GMU manifiesta que, efectivamente, “cuando la adjudicataria cumplimentó el DEUC, indicó que no iba a acudir a la subcontratación, sin embargo de la oferta técnica presentada por la adjudicataria se desprende la intención de subcontratar en los siguientes apartados: “10. Control de trabajos programados. A. Método de planificación de las tareas programadas y en la justificación de la baja anormal apartado 10 “Desglose de gastos de las partidas de explotación estimadas durante la vigencia del contrato, incluido las correspondientes a las mejoras ofertadas”, dentro del subapartado de “Servicios prestados por terceros”. De igual manera, dentro del subapartado “Conservación programada, especial y extraordinaria.” Asimismo en el apartado 15 “Oferta de proveedores” se adjunta una carta de compromiso de la empresa subcontratista.

En consecuencia, se ha de admitir que, se observa una incongruencia entre la información contenida en el sobre 1 y la información contenida en el sobre 2, en cuanto a la intención de acudir a la subcontratación por parte de la entidad que ha resultado adjudicataria”

Aceptada esta incongruencia, respecto de lo dispuesto en el PCAP en cuanto que no ha indicado su pretensión de acudir a la subcontratación en el DEUC, el informe analiza si la consecuencia debe ser la anulación de la resolución de adjudicación recurrida y la posterior exclusión de CITELUM, manifestando que:

.-En cualquier caso la documentación de la adjudicataria contenida en el sobre 1 se adecua a lo previsto en el PCAP y así consta en el acta de la mesa de contratación de 16 de julio de 2020, en la que se acepta la admisión de CITELUM al procedimiento resultando completa la documentación presentada.

.- No podemos olvidar que la entidad adjudicataria acredita su capacidad y solvencia técnica y financiera por sí misma, sin acudir para ello a la empresa con la que pretende suscribir la subcontratación, acude a la subcontratación como medio para mejorar su oferta sin más, de lo contrario si podríamos estar ante una causa de exclusión.

En este sentido, traen a colación la Resolución 995/2019, de 6 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales ya que aborda la diferente relevancia que tienen en la licitación los errores o discrepancias que se produzcan entre lo manifestado en el DEUC y el resto de documentación de la licitación, en la que se afirma que: *“Por la declaración responsable conforme al DEUC, o por este directamente, el declarante certifica hechos y, por tanto, asume el deber de decir verdad sobre ellos, o lo que es lo mismo se hace responsable –no solo en nombre de su empresa sino también personalmente- ante el órgano de contratación de la autenticidad de lo manifestado en la declaración y, en particular, de que reúne los requisitos de actitud para contratar exigidos por la legislación de contratos, de acuerdo y en los términos establecidos en el pliego que rige la licitación, así como de que las circunstancias declaradas relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar concurren en la fecha final de presentación de ofertas (Art. 140.4LCSP).*

*La vulneración grave del deber de veracidad puede producir consecuencias desfavorables para el licitador y el declarante, no solo en el procedimiento de contratación, sino también fuera de él siendo susceptible de sanción.*

*Así lo señala también las Instrucciones para la aplicación del DEUC cuando recogen que “los operadores económicos pueden ser excluidos del procedimiento de contratación, o ser objeto de enjuiciamiento con arreglo a la legislación nacional, en caso de que incurran en declaraciones falsas de carácter grave al cumplimentar el DEUC o, en general al facilitar la información exigida para verificar que no existen motivos de exclusión o que se cumplen los*

*criterios de selección, o en caso de que oculten tal información o no puedan presentar los documentos justificativos.”*

*Ahora bien, ello no quiere decir que la declaración responsable no pueda tener omisiones o defectos susceptibles de ser subsanados. Si estas omisiones o defectos subsanables se aprecian en la fase de licitación correspondiente a la apertura del sobre o archivo que contiene tal declaración, por ser patentes o evidentes, la mesa debe requerir al licitador a que los subsane, excluyendo al licitador si no los subsana, o los defectos apreciados son insubsanables. Si los posibles defectos se aprecian en el trámite de presentación y verificación de la documentación acreditativa por el primer clasificado, por la existencia de una discrepancia entre la declaración efectuada y la documentación presentada, si el defecto es susceptible de subsanación nada se opone a ello, y así nos hemos manifestado en la resolución 167/2019, de 22 de febrero.*

*Ahora bien, de ello no cabe deducir que cualquier defecto apreciado en la declaración responsable, como consecuencia de la discordancia de lo manifestado en ella con la documentación acreditativa de los requisitos previos presentada, sea siempre y en todo caso subsanable, pues hay que atender a la naturaleza del defecto y las concretas circunstancias de la licitación para apreciarlo, ni que cualquier discrepancia entre la declaración y la documentación presentada es consecuencia de un error del declarante, pues puede tener por causa un propósito intencionado de aquel de faltar a la verdad. En el caso concreto de la resolución 167/2019, se da la circunstancia de que, si bien la recurrente había declarado también no acudir a la integración de su solvencia por medios externos y no formar parte de un grupo de empresas, lo hizo porque, al ser titular del 100% del capital, entendió que no integraba su solvencia por medios externos y demostró que, efectivamente, era titular del 100% del capital de la sociedad participada, por lo que este Tribunal estimó el recurso y admitió la subsanación por entender que los medios de una sociedad participada al 100% no son realmente externos y que el error padecido en el DEUC era subsanables sin que se pudiera alegar la inmodificabilidad de la oferta porque, en realidad, el DEUC no es propiamente parte de la oferta sino un medio de simplificar la tramitación, circunstancias bien diferentes a las del presente caso.”*

Concluye el informe que “En el supuesto que analizamos, no se observa que la incongruencia entre el contenido del DEUC y la documentación técnica responda a un propósito intencionado de ocultar la verdad, no se pueda calificar como declaración falsa de carácter grave. Se trata de un error involuntario, que no le coloca en posición de ventaja, ni supone vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación, por cuanto la documentación técnica fue aportada al mismo tiempo que el resto de documentación. Motivos que redundan en la no procedencia de la exclusión de CITELUM.”

Para apoyar sus conclusiones, cita, asimismo, la Resolución 103/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en la que se afirma que: *“Así, las cosas del conjunto de la oferta de la adjudicataria puede deducirse claramente su voluntad de subcontratar, por lo que a juicio de este Tribunal una interpretación antiformalista del pliego en este supuesto, permite admitir la proposición sin proceder a su exclusión pese a no ajustarse con carácter estricto a lo consignado en el DEUC, encontrando pleno fundamento en el principio de proporcionalidad. Ha de tenerse en cuenta que a la vista del criterio jurisprudencial consolidado por el Tribunal Supremo en la sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina – Recurso 265/2003- una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un exceso formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, son contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados actualmente en el artículo 1 de la LCSP, la libre competencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor competencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (doctrina recogida en*

las Resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la 38/2014, de 3 de marzo, 99/2016, de 13 de mayo, 22/2017, de 27 de enero, 309/2018, de 9 de noviembre y 72/2019, de 14 de marzo).

*Por otra parte, este Tribunal entiende que no es reprochable al órgano de contratación que no solicitara la subsanación del defecto advertido a la adjudicataria, pues en el momento del procedimiento de licitación en que éste se advirtió, estaba clara la voluntad inequívoca de subcontratar por parte de la licitadora, y siendo así podemos decir que la mesa siguió un criterio razonable y acorde a la búsqueda de la máxima concurrencia y la salvaguarda del interés público. En el presente caso, ante la discordancia entre ambos documentos, es razonable que prime lo manifestado en la oferta, por su carácter específico, sobre lo señalado en el DEUC.”*

En el caso examinada en la Resolución 103/2020 citada, la recurrente alega, como en el supuesto que nos ocupa, incongruencia, en cuanto que en el DEUC declaró que no iba a subcontratar y sin embargo en el sobre B si incluyó las unidades objeto de subcontratación así como los porcentajes de la misma y las empresas que realizarían dicha subcontratación.

En conclusión, en la aludida Resolución, podemos apreciar claramente la aplicación por el Tribunal de un criterio antiformalista, considerando que para que sea motivo de exclusión *la incongruencia entre la documentación administrativa y el resto de sobres es necesario que o bien, se haya determinado como motivo de exclusión en el pliego, o en el caso de incongruencia sobre la subcontratación, la solvencia sea compartida entre la licitadora y la empresa subcontratista o, en último lugar, dicha incongruencia otorgue alguna ventaja al licitador, vulnerándose el principio de igualdad de trato.* Por lo tanto, *toda exclusión por incongruencia entre la documentación administrativa y el resto de documentos contenidos en el resto de sobres ha de basarse en alguno de los motivos expuestos.*

Como señalábamos en nuestra Resolución 10/2020, la subcontratación es una de las materias con más cambios en la nueva Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que la regula en los arts. 215 a 217, con una clara influencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Sala Tercera) de 14 de julio de 2016 y el objetivo final de favorecer el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público pretende favorecer la subcontratación en la contratación pública y, para ello, introduce varias novedades de interés como son, entre otras, la supresión del porcentaje máximo de subcontratación de un 60% del importe de la adjudicación para el caso de que los pliegos no establezcan limitaciones, así como las nuevas medidas relativas a los pagos a los subcontratistas, tales como la previsión de actuaciones administrativas de comprobación y de imposición de penalidades por los impagos —obligatorias para algunos contratos— y la posibilidad de establecer en los pliegos que la Administración realice pagos directos a los subcontratistas.

No puede olvidarse que, como pacíficamente admite la doctrina, los subcontratos no dejan de ser contratos privados, generando su celebración una estricta relación jurídico-privada entre las partes contratantes. Sin embargo, la subcontratación no es indiferente para la Administración y los intereses públicos presentes en la contratación administrativa. Aunque la responsabilidad jurídico-contractual se desenvuelve

estrictamente entre la Administración y el contratista, la ejecución del subcontrato incide en la realización del propio contrato administrativo, razón por la cual es lógico que el legislador imponga determinadas condiciones y requisitos a la subcontratación y que la propia Administración contratante no quede totalmente al margen de la misma.

La naturaleza jurídico-privada se desprende con claridad de lo dispuesto en el artículo 210.4, párrafo 1, de la LCSP, al establecer que *“los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato”*. Así pues, la subcontratación no modifica la posición del contratista frente a la Administración, ni ésta queda vinculada con los subcontratistas.

En el ámbito de la contratación administrativa, la subcontratación se delimita negativamente, al establecerse una serie de supuestos en los ésta queda excluida. La regla, por tanto, es que, salvo esos supuestos tasados, **se puede** subcontratar la ejecución de los contratos administrativos, constituyendo una opción para los operadores económicos.

El artículo 215.2 LCSP dispone que “2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71.

El contratista principal deberá notificar por escrito al órgano de contratación cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia será suficiente para acreditar la aptitud del mismo.

La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si esta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) del presente apartado, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b) de este apartado, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación”.

Conviene, en cualquier caso, distinguir los supuestos en los que a través de la subcontratación, el licitador concurrente quiera integrar su solvencia, de aquellos otros en los que a través de tal figura, el licitador no integre, ni lo pretenda, su solvencia con medios externos, cumpliendo por sí mismo los requisitos de capacidad, aptitud y solvencia requeridos. En este sentido, este Tribunal comparte plenamente la doctrina mantenida por órganos análogos, conforme a la cual, si al cumplimentar el DEUC el licitador declaró que cumplía la solvencia exigida sin acudir a medios externos, no puede en el momento de la acreditación de dicho requisito acudir a ellos, porque no cabe que el propuesto como adjudicatario acredite la solvencia económica y financiera de un modo distinto al que señaló en su DEUC, al ser contrario a la misma esencia de este documento, que es probar preliminarmente que, en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, ya se satisfacían los requisitos de admisión exigibles y se estaba en disposición de acreditarlo en cualquier momento procedimental en que se le exigiese (Tribunal de Recursos de Andalucía, Resolución 360/2019, TCRC 995/2019 y OARC Euskadi 54/2018) .

En el caso que nos ocupa, no nos encontramos ante una integración de solvencia, la cual consta como acreditada por la adjudicataria, por sí misma y no por las empresas con las que va a subcontratar, no se aprecia propósito intencionado de ocultar la verdad, no procediendo su calificación como declaración falsa de carácter grave y al tratarse, en última instancia, de un error que no le coloca en posición de ventaja no vulnera los principios esenciales de igualdad de trato y no discriminación. Todo ello, unido a la aplicación de los principios de proporcionalidad, antiformalismo y concurrencia, y al hecho de que tal indicación debe realizarse en el momento de presentar la oferta, esto es, muchos meses antes del inicio de la ejecución del contrato, lo que requiere de una planificación empresarial que escapa en muchos casos a las empresas, nos lleva, a concluir que en el supuesto aquí examinado, la incongruencia observada no sería constitutiva de exclusión, debiendo en todo caso el contratista, y como señala la LCSP en su artículo 215.2.b *“comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71.”*

**SÉPTIMO.-** Considera la recurrente que la oferta técnica de CITELUM, ha obtenido una puntuación final con relación a la documentación técnica del Sobre número 3 (criterios

de puntuación automáticos) que no se corresponde con la que debería tener en cumplimiento de los criterios expresadas en los PTT y PCAP de la presente licitación, manifestando que la documentación aportada por CITELUM en relación a los criterios A4 y A6 del sobre nº3 del Lote 2 (Zona Sur) no cumple con los requisitos mínimos exigidos.

En el caso del criterio A4, el recurso considera que en el Pliego se exige expresamente que la entidad licitadora debe aportar plano de planta de los edificios, locales y almacenes que se pongan a disposición del contrato, acotados con las dimensiones y superficies de cada uno de los espacios o dependencias, y CITELUM presenta un plano que no se encuentra acotado con las dimensiones de cada uno de los espacios o dependencias como exige el Pliego y solo indica las superficies de los mismos, incumpliendo con ello con los requisitos mínimos a cumplir para que pueda ser considerado a evaluación, concluyendo que "La presentación de un plano que no se encuentra acotado con las dimensiones de cada uno de los espacios o dependencias, y que solo indica las superficies de los mismos, incumple los requisitos mínimos exigidos, y en consecuencia la puntuación a recibir debería haber sido de 0 puntos."

Conforme a lo indicado en el Anexo I al PCAP:

#### **Descripción del criterio: MEJORAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO**

A4. Aumento de la superficie de locales y almacenes, con crecimiento en igual proporción en las superficies de todos los locales, oficinas, garajes, talleres, almacenes, vestuarios y aseos, conforme a la descripción del artículo 51 del PPT.

Se otorgará hasta un máximo de **5 puntos** por la oferta de mayores superficies a las mínimas indicadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, con aplicación de 0,01 punto por cada metro cuadrado de incremento de superficie en cada uno de los espacios que supere la mínima.

Se valorará la superficie cuyo crecimiento porcentual sea igual en todos los espacios, referido a la superficie individual de cada dependencia recogida en el Pliego de prescripciones técnicas. El límite máximo de aumento total de superficie valorable, es de 500 m<sup>2</sup>, sumadas todas las superficies que cumplan la condición de igual porcentaje relativo de incremento en cada uno de los espacios o dependencias.

Se debe aportar plano de planta de los edificios, locales y almacenes que se pongan a disposición del contrato, acotados con las dimensiones y superficies de cada uno de los espacios o dependencias.

En sus alegaciones al recurso, CITELUM asevera que ha aportado un plano que refleja fielmente la distribución de espacios y sus superficies, manifestando que "**El plano aportado por Citelum, contrariamente a lo expuesto, sí está acotado**. Está acotado en las unidades en que el pliego establece la valoración de la mejora, **esto es, en m<sup>2</sup>** ", incorporando el plano del local, que considera "perfectamente acotado y acotable en m<sup>2</sup>"

Aduce, además, que "si el plano aportado por Citelum no estuviera acotado, el Ayuntamiento no podría haber otorgado valoración alguna a la mejora de Citelum, circunstancia que, obviamente no se ha producido. El recurrente no ha aportado prueba alguna de que el plano no se halle acotado, circunstancia que debería conllevar, sin más, la desestimación de la pretensión".

En su informe al recurso, la GMU manifiesta que la oferta dispone de los datos suficientes para su valoración, considerando que "CITELUM en su oferta de mejoras para el criterio A4 de puntuación automática, presenta una tabla con las superficies de todas las dependencias mínimas que debe tener, conforme al artículo 51 del PPT, con el incremento de mejoras de superficies proporcionales en todas ellas" y que "Los datos numéricos presentados en la oferta permiten valorar el criterio A4 sin lugar a dudas, por tanto, es necesario dar la puntuación correspondiente, que dado que

cumple las superficies proporcionales mínimas de mejora en todas las dependencias, le corresponde la puntuación máxima de 5 puntos.

CITELUM presenta planos con las dependencias dibujadas y las superficies rotuladas en cifras, en cada una de ellas. Los planos que presenta no están acotados.

La acotación de los planos no es imprescindible para la valoración de las superficies del criterio A4.

En caso de que CITELUM fuera adjudicataria del contrato, la valoración de las superficies ofrecidas, obliga al licitador a la preparación de las dependencias con superficies mejoradas para la ejecución del contrato.

Se constata en el expediente, que la oferta de CITELUM incluye plano de dos plantas, delimitando las estancias y las superficies de cada una expresado en metros cuadrados, figurando en dicho plano, un cuadro con las superficies de las distintas dependencias, así como declaración expresa conforme a la cual se declara el ofrecimiento de las mejoras, entre ellas

A4. Aumento de la superficie de locales y almacenes, con crecimiento en igual proporción en las superficies de todos los locales, oficinas, garajes, talleres, almacenes, vestuarios y aseos, conforme a la descripción del art. 51 PPT.

- > 500m2 (a continuación, se adjunta plano)

Como indicábamos en nuestra Resolución 2/2021, en la que se desestima el recurso especial en materia de contratación con número 19/2021, interpuesto por ALDESA, alegándose, de manera análoga a la presente en contra de la valoración del criterio A4 a CITELUM, los técnicos han considerado suficiente la documentación aportada por los licitadores, a fin de su valoración, y la Mesa de Contratación, en sesión celebrada el 25 de febrero, tras conocer el informe, asume su contenido.

Partiendo del hecho de que lo que se discute es la valoración efectuada en relación con los criterios evaluables mediante fórmulas, ha de afirmarse que en la valoración de tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor.

Como ya se ha señalado por este Tribunal, una vez abiertos los sobres correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmula, el resultado de la licitación ya es conocido y en esas condiciones no es posible reconocer discrecionalidad alguna a la hora de aplicar la valoración, pues de otro modo no sería posible garantizar la imparcialidad y objetividad de la misma, fundamento último de la doctrina de la discrecionalidad técnica.

Tal y como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011 (recurso 4034/08), la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación:

*“Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración*

*debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso ( SsTS de 28 de junio de 2.004, recurso de casación 7106/00 , y de 24 de enero de 2.006, recurso de casación 7645/00).”*

Llegados a este punto, sólo cabrá la exclusión de un licitador cuando, a la vista de la oferta presentada, ésta resulte claramente incongruente de forma objetiva o cuando de la misma se deduzca sin ningún género de dudas y sin necesidad de acudir a criterio técnico o subjetivo alguno, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Ahora bien, ello no resulta incompatible con la aplicación de los principios generales inspiradores de la contratación pública, cuales son el antiformalismo y la concurrencia, conformados y delimitados por la jurisprudencia, tanto de nuestro Tribunal Supremo, como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La pacífica y tradicional doctrina jurisprudencial fijada por nuestro Tribunal Supremo en relación al principio del antiformalismo (sentencias de 21 de septiembre de 2004, Roj STS5838/2004 y de 22 de julio de 2011, Roj STS 5433/2011), postula que la actuación de la Administración no debe vulnerar la libre concurrencia de licitadores por la apreciación de estrictos criterios formales que impidan la admisión de proposiciones por defectos fácilmente subsanables, mediante una interpretación rigorista de los requisitos formales del pliego, de manera que ha de sopesarse en tales supuestos la aplicación de los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación y el de seguridad jurídica, siendo las indicadas conclusiones igualmente válidas para el caso que nos ocupa, aunque no se esté aquí dilucidando la admisión de la licitadora recurrente, sino la puntuación otorgada a su oferta en cuanto a uno de los criterios de adjudicación previstos por el Pliego.

Ha de recordarse que lo que se valora mediante el referido criterio de adjudicación es el *Aumento de la superficie* de locales y almacenes, con crecimiento en igual proporción en las superficies de todos los locales, oficinas, garajes, talleres, almacenes, vestuarios y aseos, conforme a la descripción del artículo 51 del PPT, y que se valorará la superficie cuyo crecimiento porcentual sea igual en todos los espacios, referido a la superficie individual de cada dependencia recogida en el Pliego de prescripciones técnicas y no los planos en sí. La superficie expresada y ofertada es la cuestión a valorar y la que será exigible al adjudicatario en sede de ejecución del contrato, por lo que constando expresamente la oferta de aumento de dicha superficie, en aplicación de los principios de concurrencia y antiformalismo y considerando que la documentación contenía a juicio de los técnicos los datos necesarios para valorar, se procedió a dicha valoración, sin que conste en el informe de valoración alusión alguna al respecto de la insuficiencia, y aseverándose en el elaborado a raíz del recurso, que los datos numéricos presentados en la oferta, permiten efectuar la valoración del criterio controvertido.

De igual manera, en el caso del criterio A6, denuncia la recurrente que la empresa CITELUM han contemplado la aportación de 3 camiones, marca y modelo ISUZU M21/M55 Full Electric (100% eléctrico), como camiones cesta tipo eléctrico etiqueta (CERO EMISIONES), los cuales han sido valorados técnicamente como si se tratara de vehículos con la funcionalidad de camión cesta que dispusieran de una motorización tipo eléctrico etiqueta (CERO EMISIONES), obteniendo con ello la máxima puntuación, defendiendo que tal puntuación es improcedente.

El recurrente basa su afirmación en un correo que adjunta, en el que, según afirman, “La entidad SOCAGE, integradora de dichos vehículos propuestos por la ahora adjudicataria, ha certificado a esta parte mediante correo electrónico de fecha 26 de marzo, que la integración de una cesta de las características solicitadas en los vehículos ISUZU (cuya fichas técnicas acompañamos como DOCUMENTO NÚMERO 6) no ha sido realizada hasta la actualidad y que tampoco es viable que puedan ser integrados en el futuro como CITELUM propone, debido a cuestiones de carácter estrictamente técnico”, concluyendo que “la propuesta de camiones cesta realizada por CITELUM no es admisible y por tanto no puede ser valorada con ningún tipo de puntuación, correspondiéndole 0 puntos al haber sido acreditado que dicha propuesta es completamente irrealizable.”

En el informe remitido al Tribunal, la GMU señala que “El licitador CITELUM oferta 4 camiones cesta 100% eléctricos, etiqueta ambiental cero emisiones, correspondientes a las alturas marcadas en el PPT.

El proceso que se sigue para conseguir los camiones con cesta elevadora para personas es el siguiente: adquirir del proveedor el camión de la marca y modelo que se determine, trasladarlo a un taller homologado para que instale sobre el chasis del camión la pluma hidráulica elevadora con cesta para elevación de personas de la altura requerida, y después el conjunto montado, se somete a inspección por organismo oficial para conseguir la certificación de garantía de seguridad del conjunto formado por la pluma elevadora sobre el camión.

ELECNOR presenta un correo electrónico de una empresa que realiza montajes de plumas elevadoras sobre camiones, para confirmar una conversación telefónica, donde se indica que la plataforma elevadora de 20 metros, y no otras alturas, no es viable montarla sobre el modelo de camión 100% eléctrico ofrecido por CITELUM en la mejora, por las razones de elevado peso del conjunto y poca autonomía en el desplazamiento y las horas de funcionamiento. Esto son razones técnicas cuyos resultados se podrán ver cuando esté montado el conjunto de la pluma elevadora sobre el camión. Respecto a los camiones cesta de 10 y 15 metros de altura, el correo de la empresa montadora no dice que tengan dificultad técnica alguna.

El licitador CITELUM ha ofertado como mejora cuatro camiones cesta 100% eléctricos que deben cumplir las condiciones exigidas en el artículo 50 PPT. Se ha concedido la puntuación correspondiente al criterio A6, ya que, durante la valoración no se ha encontrado defecto en la oferta, por tanto, en caso de ser adjudicatario el licitador CITELUM, está obligado a disponer de los vehículos de elevación eléctricos ofertados, con plena efectividad para desarrollar los trabajos de mantenimiento, ya sea con el camión del modelo indicado o del modelo que cumpla la homologación técnica necesaria para ser legalizado y del certificado oficial para realizar trabajos de elevación de personas a las alturas que requiere el PPT.

El licitador ELECNOR presenta reparo sobre el camión cesta 100% eléctrico de 20 metros de altura, al que le corresponde un punto. Sobre el resto de los vehículos del criterio de valoración automática A6, no presenta reparo alguno, por tanto, no se entiende la afirmación del recurso: “.....la propuesta de camiones cesta realizada por CITELUM no es admisible y por tanto, no puede ser valorada con ningún tipo de puntuación, correspondiéndole 0 puntos.....”

En sus alegaciones al respecto, CITELUM manifiesta que “como consta en la oferta, ha ofrecido camiones del fabricante ISUZU con plataforma elevadora del fabricante CTE” cuestionando, ya que camión es de ISUZU y su plataforma es de CTE, la alusión del recurrente a SOCAGE. Alega, asimismo, presentando documentación de apoyo, que:

- Un correo electrónico nunca puede ser considerado un certificado de nada, el correo electrónico que aporta Elecnor no es más que un mensaje, manipulado, que el Sr. X de SOCAGE le envía a la Sra. Z de ELECNOR, en el que, ni siquiera se menciona que se

estén comentando los vehículos aportados por CITELUM en el sobre 3, y que podrían estar hablando de unos vehículos para cualquier otro contrato o concurso de Elecnor en cualquier parte del mundo.

- Citelum se ha puesto en contacto con la tal empresa SOCAGE, concretamente con el mismo Sr. X, el cual les ha respondido que:

- Que SOCAGE es un fabricante de plataformas elevadores, sin embargo, los vehículos ofrecidos por CITELUM equipan plataformas de otro fabricante, en concreto CTE.
- Que, puesto que no son los fabricantes de los camiones ni de las plataformas, no pueden pronunciarse sobre la viabilidad de los mismos.
- Que el correo electrónico incluido por Elecnor en su escrito de recurso no pone en duda ni cuestiona la legalidad ni la homologabilidad de los vehículos en cuestión.

- CITELUM ha solicitado al proveedor de sus camiones eléctricos que certifique que la propuesta de camiones cesta de Citelum, es admisible y completamente realizable y que CRONORENT, que es la empresa de renting a través de la cual han ofertado los vehículos del contrato, ha emitido un certificado en relación a los camiones cesta 100% eléctricos, en el que informa que los camiones ofrecidos por Citelum en su oferta de Sevilla, son perfectamente válidos para desarrollar las funciones propias de un mantenimiento de alumbrado público. Aportan también documentación de la empresa GRUIVOL en la que se certifica, como fabricante de segunda fase para ISUZU y servicio transformador y técnico del fabricante de plataformas elevadoras marca CTE, que los vehículos ofrecidos por CITELUM son aptos para la circulación en toda la Comunidad Europea y para realizar trabajos en altura, y declaración de reconocimiento a la empresa GRUIVOL como fabricante de segunda fase para ISUZU.

Se constata en el expediente la declaración de ofrecimiento de la mejora relativa al criterio A6:

A6. Calidad ambiental de los vehículos a motor, que forman parte de los medios de transporte y elevación, referidos a las unidades mínimas requeridas en los art. 50 y 53 PPT.

- 14 furgonetas 100% eléctricas, etiqueta CERO EMISIONES
- 4 turismos 100% eléctricos, etiqueta CERO EMISIONES
- 4 camiones cesta 100% eléctricos, etiqueta CERO EMISIONES
- 1 camión grúa híbrido no enchufable, etiqueta ECO
- 6 motocicletas 100% eléctricas, etiqueta CERO EMISIONES

A continuación, se indican la marca, modelo y motorización de cada uno de los modelos:

• Los camiones cesta 100% eléctricos serán. ETIQUETA CERO EMISIONES

- 2 UDS. Isuzu M21 Full Electric con plataforma elevadora CTE Blift16 eléctrica (Power 70 KW, Baterías 7 x 6.9 KWh = 48.3 KWh)
- 1 UD. Isuzu M55 Full Electric con plataforma elevadora CTE Blift20 eléctrica (Power 70 KW, Baterías 7 x 6.9 KWh = 48.3 KWh)
- 1 UD. Renault Master ZE con plataforma elevadora Versalift ETL-32-125 eléctrica (Power 57 KW, Batería 33 KWh)

A la vista de lo expuesto, y teniendo en cuenta las alegaciones e informes técnicos, no se aprecia por este Tribunal la deficiencia alegada por la recurrente.

**OCTAVO.-** En declaración firmada el 8 de marzo de 2021 por CITELUM (tras la aceptación de la justificación de la Baja Anormal) y emitida como respuesta a una notificación recibida del Órgano Licitador, se compromete a la subrogación del personal existente, pero lo hace en una declaración que incumple con los requisitos mínimos respecto al personal establecidos en el expediente y con la propia Oferta presentada, por lo que en vez de resolver algunos de los errores de la tramitación de su oferta, supone un incumplimiento de las bases de la licitación.

En el Tomo IV/IV de la Unidad Administrativa Administración y Economía. Servicio de Gestión Financiera" se encuentra una declaración que se acompaña como DOCUMENTO NÚMERO 8 de título "Relación de medios personales a escribir a la situación del contrato. Relación de medios personales que adscribiremos a la ejecución del contrato en relación con el servicio de conservación entretenimiento y renovación de las instalaciones alumbrado público de la ciudad de Sevilla Lote 2 Zona Sur Expediente 16/2020" firmada en fecha 8 de marzo de 2021 (tras la aceptación de la justificación de la Baja Anormal), que es emitida como respuesta a una notificación recibida por CITELUM (como el propio documento indica) y en la que se indica que "CITELUM IBÉRICA se compromete a la subrogación del personal existente, tal como requieren los pliegos de la licitación. Por esta razón, no pueden conocer los datos y documentación del personal que definitivamente adscribirá al contrato con anterioridad a la adjudicación del contrato. En consecuencia, aportamos el compromiso de que antes del inicio del contrato adscribiremos al mismo la siguiente relación de personal laboral:".

Tras esta afirmación enumera en una lista la cantidad de personal según categorías profesionales que compromete en la declaración, copiando la lista existente en el propio PPT y que está compuesta por 56 trabajadores, y a continuación indica que "Para demostrar la capacidad de CITELUM IBÉRICA para aportar el personal adecuado con las titulaciones requeridas, incluimos el listado de personal con titulación específica que se requiere destinar al contrato, que actualmente es personal laboral de CITELUM"

Al hilo de lo anterior, durante el periodo de preguntas y respuestas al Expediente, antes de presentar las ofertas, se clarificaron criterios y se informó respecto al personal mínimo exigido en el PPT, tal y como puede apreciarse de la siguiente cuestión resuelta por la Gerencia de Urbanismo de Sevilla y que, por su interés, volvemos a reproducir a continuación:

(...)

**RESPUESTA.-** El personal mínimo exigido en el PPT, consta de 56 personas, más un Ingeniero Industrial (Art.47), más dos técnicos de la Oficina Técnica (Art. 48). El total de personas que componen la plantilla mínima requerida para la prestación del servicio es de 59 personas, que son las que se deben distribuir en las actividades y departamentos del servicio y las únicas que se pueden presentar en el sobre 2."

Por otro lado, independientemente de cuál sea la formación, habilitaciones, categorías profesionales, curriculum y resto de datos del personal a subrogar, según el PCAP del concurso CITELUM está obligado (en caso de ser adjudicatario) a subrogar al conjunto de los 62 trabajadores provenientes de ACISA de forma integral y desde el mismo día que realiza la firma del contrato, independientemente de que este cumpla o no cumpla con sus expectativas o con sus necesidades para desarrollar de la mejor manera posible la gestión del servicio. Y eso supone que en el momento de la firma de contrato debe incorporar a dicho personal subrogado, para cumplir con las bases del Expediente.

Por todo lo indicado anteriormente, el compromiso manifestado por CITELUM en esta declaración con respecto a adscribir al Servicio a esos 56 trabajadores minora en cantidad los requisitos presentes en los pliegos del concurso (el PPT y el PCAP), que exigen por un lado disponer de un mínimo de 59 trabajadores según cuestión resuelta anteriormente y por otro de subrogar a 62 trabajadores como queda anteriormente acreditado en este documento, y con ello no satisface los requisitos mínimos del PPT y del PCAP.

De igual manera, esta declaración también minorará en cantidad el compromiso manifestado anteriormente por la propia CITELUM durante la presentación de la Oferta técnica, ya que en el criterio "A3 Mejora de la dotación de ingenieros técnicos industriales o grados de ingeniería eléctrica, en la oficina técnica, para ampliación de los mínimos" del Sobre 3 CITELUM adscribe al contrato 3 ingenieros más sobre los mínimos exigidos, que unidos al único ingeniero subrogado procedente de ACISA que cubre el número de ingenieros mínimos exigidos por el PPT, compromete a ACISA a adscribir inicialmente al contrato un total de 68 trabajadores al servicio, es decir los 62 subrogados a que le obliga el PCAP (que incluye 1 ingeniero técnico subrogado procedente de ACISA que cubre el requisito de ingenieros técnicos mínimos exigidos por el artículo 47 del PPT + 1 ingeniero industrial según artículo 47 del PPT + 2 ingenieros técnicos según artículo 48 del PPT + 3 ingenieros prometidos en el criterio A2 del sobre 2), número que es superior a lo que se compromete a adscribir con esta declaración.

Como consecuencia de lo indicado en los 2 párrafos anteriores, entendemos que la declaración analizada no satisface con los requisitos mínimos establecidos entre el PPT y el PCAP ni con el compromiso de personal suscrito en la oferta presentada y abre la puerta a adscribir solo a 56 trabajadores al servicio, por lo que dicha declaración no puede ser aceptada como compromiso de cumplimiento de los Pliegos del Concurso y de la Oferta presentada, ya que en realidad es una manifestación expresa del incumplimiento de ambos, motivo por el cual entendemos que debería ser descalificado.

Por último, CITELUM establece que "Una vez adjudicado el contrato y siempre antes del inicio del mismo (tal y como requiere la notificación recibida), se entregará la lista definitiva de personal asignado al contrato, una vez se subroguen al personal que actualmente realiza el servicio y nos entreguen dicha documentación."

La realidad es que una vez firmado el contrato y con todo el personal subrogado formando parte de la plantilla podrá analizar la conveniencia de despedir o no a un determinado número de ellos (ya que no los puedes sacar de este servicio para dedicarlos a otras funciones dentro de la empresa) y sustituirlos por otros que considere más oportunos o necesarios para la correcta gestión del servicio, pero en todo caso ha de mantener un mínimo de 62 trabajadores tal y como comprometió en su oferta técnica, y si decide sustituir a alguno de los trabajadores subrogados por otros, eso le supondrá unos gastos de despidos que no se encuentran a día de hoy justificados o incluidos en la justificación de la Baja Anormal realizada, lo que supondría el incumplimiento de las bases por la que se justifica su Baja Anormal".

Frente a tales cuestiones, alega CITELUM que "no ha ofrecido como mejora más personal "operario" del mínimo exigido en el pliego, por lo que nuestra justificación de los costes del personal es acorde a la plantilla que hemos dicho que adscribiríamos a nuestra oferta. El pliego exige una plantilla mínima de 59 personas y Citelum ha ofrecido como mejora, únicamente, añadir 3 ingenieros adicionales (mejora A2), es decir, la plantilla de Citelum para adscribir al mantenimiento del lote 2 de Sevilla es de 62 personas. Los costes laborales de 62 personas son los que hemos contabilizado en nuestra justificación y no los 68 que nos imputa Elecno."

En cuanto a la subrogación, señala que, conforme al art 29 del Convenio Colectivo del Sector «Industrias Siderometalúrgicas de la provincia de Sevilla», (código 41002445011982) "a la finalización de un contrato de mantenimiento ejecutado por empresa a la que le sea de aplicación el presente Convenio Colectivo, suscrito por Administración Pública, la nueva empresa adjudicataria de dicho trabajo, y **desde el momento en que sea efectiva dicha adjudicación**, asume el compromiso de subcontratar a los trabajadores que vinieran llevando a cabo ese trabajo, los cuales tendrán derecho a subrogarse en la nueva adjudicataria. (...)

Citelum, por tanto, es plenamente consciente que desde que ha resultado adjudicataria del lote 2 del contrato, hemos asumido obligatoriamente, el compromiso de subrogar al personal de la actual mantenedora, en este caso, Acisa."

Como precisa en su Informe la GMU, "La LCSP y el PCAP, respecto a la exigencia de adscripción de determinados medios contempla dos momentos diferentes con requisitos distintos.

- Un primer momento que es el de la presentación de las ofertas (cláusula 9.2.1.E del PCAP, Art. 76.2 de la LCSP) en el que se exige a los licitadores un compromiso de dedicar o adscribir los medios requeridos en el Pliego, bastando la mera declaración del licitador sin más justificación.

- Un segundo momento, en el de la propuesta de adjudicación (Art. 150.2 de la LCSP), en el que el órgano de contratación ha de requerir al licitador propuesto como adjudicatario que presente la documentación justificativa de "disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al Art. 76.2 de la LCSP. Por tanto en este momento no se admiten las declaraciones sino que se exige la documentación justificativa de disponer efectivamente de esos medios. En este momento se deberá de acreditar lo exigido como mínimo en el Pliego, y por eso la justificación presentada se refiere a esos 56 trabajadores, que se corresponden con las enumeradas en la oferta.

En cuanto a la alegación de ELEC NOR, que la adjudicataria ha de mantener 62 trabajadores subrogados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la fuente de la obligatoria subrogación en sentencia como la de 18 de junio de 2019 (Recurso 702/2016) en la que señala lo siguiente: " El Tribunal Supremo ha reiterado que la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral. También tiene declarado este Tribunal que la cláusula de subrogación empresarial, excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos –Administración contratante y adjudicatario– en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. La subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato. De este modo, solo cuando la subrogación venga impuesta por ley o por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia."

También cabe citar en este punto la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en resolución como la 99/2019, de 8 de febrero, en la que señala que: "La existencia o no de subrogación laboral, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, es una cuestión cuya determinación corresponde, en última instancia, a los órganos competentes de la jurisdicción social, debiendo limitarse el órgano de contratación a verificar si existe una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación que recojan una obligación de subrogación laboral que, en principio, parezca razonablemente al contrato objeto de licitación. En caso afirmativo, existe obligación de informar en el PCAP de esa eventual subrogación laboral cuya exigibilidad trae causa de la normativa laboral."

Como recuerda entre otras la STS 8.5.2018, la doctrina de la Sala en los supuestos de sucesión de contratos con modificación de su volumen por reducción del mismo se puede resumir diciendo: "la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior y que en caso de dificultades para cumplir ese deber no se permite la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de la obra, sino que sólo cabe acudir a la

vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del artículo 41 ET (RCL 2015, 1654)". ( SSTS de 16 de julio de 2015, Rjud. 1777/2013), de 17 de septiembre de 2014, Rjud. 2069/2013; de 22 de septiembre de 2014, Rjud. 2689/2013; de 3 de marzo de 2015, Rjud. 1070/2014. Así mismo, en las SSTS de 3 de marzo de 2015, Rjud. 1070/2014; de 10 de enero de 2017, Rjud. 1077/2015; de 21 de abril de 2017, Rjud. 258/2016 y de 18 de mayo de 2017, Rjud. 1984/2015). En la mayoría de ellas se ha resuelto que la empresa entrante, salvo que el convenio disponga otra cosa, es quien debe subrogarse en toda la plantilla destinada en la contrata que asume y proceder, posteriormente, al despido por causas objetivas del personal que no resulte necesario para la prestación del servicio o la ejecución de la obra contratada(...)>>.

Así, al analizar la cuestión de la subrogación de trabajadores en los casos de sucesión de contratas, la doctrina del Tribunal Supremo en aquellos supuestos en los que se haya podido producir una reducción del volumen del contrato anterior, señala que una cosa es que la empresa entrante venga obligada por el convenio colectivo a subrogarse en toda la plantilla destinada en el contrato que asume y otra que, si las necesidades públicas a satisfacer con el nuevo contrato han cambiado o se han reducido, venga obligada a destinar a todos ellos al nuevo contrato que le ha sido adjudicado, pudiendo en tales casos, proceder al despido por causas objetivas, a una reducción de jornada o a cualquier otra solución legal respecto a los trabajadores subrogados.

Llegados a este punto, cobra pleno sentido la premisa principal de todo contrato público que es atender las necesidades públicas cuya satisfacción corresponda a la esfera de competencia de cada poder adjudicador. En tal sentido, el artículo 28.1 de la LCSP dispone que "Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación".

En efecto, como señalábamos en el Fundamento QUINTO, tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes al considerar que a la hora de fijarse el presupuesto base de licitación de un contrato el órgano de contratación debe tener en cuenta el principio de eficiencia y los objetivos de estabilidad presupuestaria que se consignan en el artículo 1 de la LCSP, sin que a la hora de definir las condiciones de la licitación esté vinculado por contrataciones anteriores no estando obligado a mantener el mismo personal que ejecutaba la prestación anterior, debiendo contemplarse a los efectos de su cálculo los costes laborales del personal necesario para ejecutar la prestación conforme a lo definido en los pliegos y no de aquel que pueda estar desempeñando sus servicios en la contrata anterior. El presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar, no pudiéndose admitir que el órgano de contratación deba fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente.

En definitiva, al fijar el importe de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP pero no

está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las prestaciones previstas en el Pliego. A partir de ahí pueden organizar el servicio de la mejor manera. Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales pero no necesariamente de las horas ni del personal que se venían prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones.

De la documentación aportada por CITELUM se deriva su expreso conocimiento y asunción de la obligación de subrogación que le corresponde, obligación que no se derive del Pliego, sino que ha de asumirla por imperativo del Convenio de aplicación, circunstancia que ha de distinguirse del compromiso y obligación de adscripción de medios mínimos a los que, sí son los propios Pliegos del contrato los que le obligan.

Como del Pliego se desprende y la respuesta transcrita en el recurso confirma, el personal mínimo exigido es de 59 personas: 56 + 1 Ingeniero Industrial (Art. 47) + 2 Ingenieros Técnicos para la Oficina Técnica (Art 48): Un Ingeniero Técnico Industrial, o Grado en ingeniería eléctrica y Un Ingeniero Técnico o Grado en ingeniería Informática de Sistemas.

El compromiso de adscripción de medios a incluir en el Sobre 1, conforme a lo dispuesto en el Anexo I al PCAP, se incluyó por CITELUM, estableciendo el Acta de la Mesa correspondiente que la documentación correspondiente a dicho Sobre se encontraba correcta y completa. (Sesión de 16/7/2020).

Ya en fase de propuesta, conforme al art. 151.2, se requiere a CITELUM, la presentación de la documentación previa a la adjudicación, entre ella, la acreditativa de la disposición de los medios comprometidos. En respuesta al citado requerimiento, se presenta el aludido Documento 8, "RELACIÓN DE MEDIOS PERSONALES A ESCRIBIR A LA SITUACIÓN DEL CONTRATO" al que se refiere el recurrente, firmado el 08/03/2021 (folio 413 Tomo IV/IV), en el que se indica que CITELUM IBÉRICA se compromete a la subrogación del personal existente, tal como requieren los pliegos de la licitación. Por esta razón, no pueden conocer los datos y documentación del personal que definitivamente adscribirá al contrato con anterioridad a la adjudicación, comprometiéndose a adscribir la relación de personal laboral integrada por un total de 56 personas, prevista en el art. 47 del PPT, añadiendo que *"una vez adjudicado el contrato se entregará la lista definitiva, una vez se subroge el personal que actualmente realiza el servicio y les sea entregada dicha documentación."*

Se añade en el escrito que *"Para demostrar la capacidad de CITELUM IBÉRICA para aportar el personal adecuado con las titulaciones requeridas, incluimos el listado de personal con titulación específica que se requiere destinar al contrato, que actualmente es personal laboral de CITELUM"*, incorporando un listado, en el que se incluye el personal ofertado en la mejora, con las siguientes titulaciones :

- 4 Ingenieros Técnico Industriales, especialidad eléctrica
- 1 Ingeniero Industrial superior
- 1 Ingeniero superior en automática y electrónica Industrial
- 1 FP II electricidad y electrónica

Analizada la documentación previa a la adjudicación presentada, considera la GMU que, efectivamente CITELUM, cuenta con el personal adecuado para cumplir los mínimos exigidos, entendiendo como correcta la documentación y como adecuadamente cumplimentado el requerimiento previsto en el art. 150.2 LCSP, procediendo, de hecho a la adjudicación.

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir que no quedan constatadas las minoraciones alegadas por la recurrente, debiendo el órgano de contratación, en cualquier caso, verificar la correcta adscripción de medios a lo largo de la ejecución del contrato.

**NOVENO.-** La adjudicataria, CITELUM, solicita mediante OTROSÍ en su escrito de alegaciones, la imposición de multa a la recurrente “*por temeridad procesal en sus pretensiones*”, manifestando a lo largo de su escrito, en reiteradas ocasiones, el empleo por la recurrente de conjeturas, tergiversaciones interesadas y falsas acusaciones.

El artículo 58.2 de la LCSP manifiesta que “En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”.

Como vienen manteniendo los Tribunales análogos a este (Andalucía, Resolución 64/2018 o 131/2020), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) “*Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene*”.

Sobre esta cuestión, ha de concluirse que la concurrencia de mala fe o temeridad requiere un análisis de las circunstancias del caso concreto, aunque, con carácter general, se viene declarando cuando la impugnación carece de un mínimo fundamento (Resoluciones 536/2014, 321/2015, 553/2015, entre muchas otras) o, los motivos esgrimidos son de escasa consistencia (Resoluciones 593/2013, 191/2014, 284/2014, 290/2014 y 426/2014, entre otras). Ello es coherente con el criterio expresado en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2015 (Roj SAN 910/2015), que considera que la finalidad de la multa prevista es la de asegurar la seriedad del recurso.

Como el Tribunal Central argumentaba en la Resolución 817/2017, “*Ciertamente, la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justifica la imposición de la multa, si bien debe tenerse en cuenta que la misma debe ser palmaria, de tal suerte que no pueda existir una interpretación razonable y favorable a la creencia de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho. En efecto, la mala fe debe ser probada por quien la invoca y atendido el carácter netamente sancionador de la multa, deben aplicarse los principios de presunción de inocencia (haber interpuesto el recurso con buena fe) e in dubio pro reo (ante la duda, entender que la actuación venía presidida por la buena fe).*”

Pues bien, aun cuando el recurso ha sido desestimado, concurren en el mismo cuestiones ciertamente controvertidas, considerándose que el proceder de la recurrente, no evidencia una absoluta deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo. En consecuencia, este Tribunal no aprecia mala fe ni temeridad manifiesta con entidad para la imposición de multa.

A la vista de las consideraciones anteriores, y conforme a la normativa de aplicación y los principios rectores de la contratación pública, este Tribunal

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ELECNOR, S.A., contra el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia de Urbanismo de Sevilla, de 10 de marzo de 2021, por el que se procede a la adjudicación del Lote 2 del contrato de **Servicio de conservación, entretenimiento y renovación de las instalaciones de alumbrado público de la ciudad de Sevilla.**

**SEGUNDO.-** 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 de la LCSP.

**TERCERO.-** Levantar la suspensión del procedimiento de licitación, en lo que al Lote 2 se refiere.

**CUARTO.-** Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE  
RECURSOS CONTRACTUALES