

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 3 de abril de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.S.R., actuando en nombre y representación de la sociedad Lacera Servicios y Mantenimiento, S.A., (en adelante LACERA), contra la Resolución de la Viceconsejero de Sanidad de 6 de febrero de 2019, por la que se adjudica el lote 6 del contrato de servicios “Limpieza Integral de los Centros de Atención Especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud-7 Lotes”, PA SER-25/2018-AE (A/SER-011348/2018), este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 4, 6 y 13 de agosto de 2018 se publicó respectivamente en el DOUE, el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, la convocatoria para la licitación del contrato mencionado dividido en siete lotes, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 124.188.534,72 euros.

Debe destacarse que en el Anexo II del Pliego de Prescripciones Técnicas consta información sobre el personal sujeto a subrogación del lote 6, 44 trabajadores de los cuales 8 tienen la condición de interinos.

Segundo.- A la licitación del lote 6 fueron admitidas 5 empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 2 de octubre de 2018, tras la apertura de las proposiciones económicas, la Mesa de contratación consideró que la oferta de la empresa Ferrovial Servicios S.A., incurría en el supuesto de valores anormales o desproporcionados por lo que se le requirió para que justificase su oferta.

La Mesa de contratación se reunió el 31 de octubre de 2018, para el análisis de la documentación presentada, constando en el acta lo siguiente:

“A la vista del informe presentado, los miembros de la Mesa de Contratación le indican al Responsable de la Unidad Técnica de Control que el informe técnico no es concluyente, no justifica suficientemente la viabilidad o no de la oferta para los lotes 1 y 6, por lo que deberá motivarse y darse nueva redacción al apartado de conclusiones para su presentación en la próxima Mesa de Contratación.

Así mismo, y a la vista de los porcentajes de baja de la empresa FERROVIAL SERVICIOS, S.A. en el resto de lotes 2, 3, 4, 5 y 7, se acuerda solicitar a dicha empresa, que ha resultado ser la mejor valorada en el conjunto de criterios de adjudicación, en base a lo dispuesto en el punto 9 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares y artículo 201 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para que presente:

- Justificación del cumplimiento de los convenios colectivos vigentes, para el resto de lotes 2, 3, 4, 5 y 7, en relación con el número de trabajadores publicados en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Posteriormente, la Mesa de contratación, con fecha 29 de noviembre a la vista del informe técnico emitido consideró entre otros extremos que no quedaba justificada la viabilidad de la oferta de Ferrovial para el lote 6 acordando además lo siguiente: *“Manteniendo el mismo criterio adoptado por la Mesa de Contratación en su sesión del día 31 de octubre de 2018, y en base a lo dispuesto en el punto 9 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares y al artículo 201 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se acuerda también solicitar con carácter previo a la propuesta de adjudicación, a la siguiente empresa*

mejor valorada para el Lote 6, LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A., lo siguiente:

- Justificación del cumplimiento de los convenios colectivos vigentes, para el lote 6, en relación con el número de trabajadores publicados en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas”.

En la reunión de fecha 12 de diciembre de 2018, la Mesa analiza la documentación presentada por LACERA y de acuerdo con el análisis de la misma efectuado por la Unidad Técnica de Control en su informe de fecha 12 de diciembre de 2018, acuerda: *“No admitir la justificación presentada por LACERA SERVICIOS Y MANTENIMIENTO, S.A. para el Lote 6, porque aunque en su documentación indica que incluye el personal que está obligada a subrogar, de acuerdo al Convenio Colectivo de Limpieza y Locales de Madrid (B.O.C.M. 14 de octubre de 2017), no incluye en sus cálculos el personal con contratos de interinidad (8 trabajadores).*

Manteniendo el mismo criterio adoptado por la Mesa de Contratación en sus sesiones de fecha 31 de octubre y 29 de noviembre de 2018, y en base a lo dispuesto en el punto 9 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares y al artículo 201 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se acuerda también solicitar con carácter previo a la propuesta de adjudicación, a la siguiente empresa mejor valorada para el Lote 6, AEMA HISPÁNICA, S.L., lo siguiente:

- Justificación del cumplimiento de los convenios colectivos vigentes, para el lote 6, en relación con el número de trabajadores publicados en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas”.

El acuerdo de inadmisión no fue notificado a la empresa si bien el acta de la reunión fue publicada en el Perfil de contratante el día 12 de diciembre de 2018.

Consta en el expediente que la justificación de AEMA HISPÁNICA, S.L., tampoco fue admitida y que se solicitó igual justificación a Garbaldi, S.A. Siendo aceptada por la Mesa, fue propuesta dicha empresa como adjudicataria.

Tercero.- Con fecha 6 de febrero de 2018, mediante Resolución del Viceconsejero de Sanidad se adjudica el lote 6 del contrato a Garbaldi, S.A.

En la Resolución de adjudicación se incluye la clasificación de todas las empresas sin que aparezca más exclusión que la de Ydara. La adjudicataria aparece en cuarto lugar en dicha clasificación.

La notificación de la Resolución de adjudicación se produjo ese mismo día.

El 14 de febrero de 201, LACERA tuvo acceso al expediente administrativo.

Cuarto.- El 26 de febrero de 2019, se interpuso ante este Tribunal por la representación de LACERA recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del lote 6 del contrato, en el que solicita que se acuerde la nulidad del acto recurrido y se retrotraiga el procedimiento al momento anterior a su exclusión para que se tenga en cuenta su oferta y se proceda a la adjudicación en consecuencia. Alega en primer lugar defectos formales en la resolución de adjudicación y en segundo lugar, error en la motivación de la oferta seleccionada.

El 7 de marzo de 2018, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) de cuyo contenido se dará cuenta al resolver sobre el fondo del recurso.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de alegaciones de Garbialdi, S.A. que se analizarán al resolver sobre el fondo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de LACERA para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *“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”* ya que ha resultado rechazada su oferta, por lo que la estimación del recurso la colocaría en situación de poder ser adjudicataria de lote.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al acto objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios de cuantía superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1. a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, la Resolución de adjudicación fue notificada el 6 de febrero de 2019, e interpuesto el recurso el 26 del mismo mes, se encuentra dentro de los quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Quinto.- Entrando a considerar los motivos del recurso, la recurrente alega que *“la Mesa de Contratación además del trámite de justificación de la viabilidad realizado a FERROVIAL, única oferta incurra en valores anormales, solicitó a los restantes licitadores, siguiendo el orden clasificatorio, que acreditaran que su oferta económica era susceptible de poder cumplir el convenio colectivo aplicable.*

Dicho trámite se contemplaba como criterio de anormalidad de forma expresa en el punto 9 de la cláusula 1 del PCAP, y el procedimiento y competencias administrativas se regulan en los artículos 149.2 y 4, 201 de la LCSP, y 22 f) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. En dicho marco normativo se prevé expresamente que la consecuencia jurídica inherente a la no superación del trámite por un licitador, es el ‘rechazo de su oferta’, y que dicha decisión es competencia del órgano de contratación, que a tal efecto es libre para acoger o no la propuesta elevada por la Mesa de Contratación y los informes técnicos - calificables como no vinculantes”.

El órgano de contratación respecto a esta cuestión informa que la solicitud de justificación se realizó en base a:

1) Punto 9 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, y artículo 201 de la LCSP, cuyo párrafo se transcribe a continuación: *“De acuerdo con lo previsto en el art. 149.2 de la LCSP: En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”.*

2) De acuerdo con la potestad que otorga el artículo 201 de la LCSP al órgano de contratación, de tomar las oportunas medidas para comprobar durante el procedimiento de licitación que los licitadores cumplen las obligaciones en materia laboral, se solicita justifiquen el cumplimiento de los convenios colectivos vigentes, para el lote 6, en relación con el número de trabajadores publicados en el Anexo III del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Este Tribunal ya ha señalado que el órgano de contratación, además de en los casos de baja desproporcionada según las previsiones del Pliego, puede solicitar las aclaraciones o justificaciones que considere oportunas sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales a la vista de las ofertas presentadas.

Esta petición de justificación lógicamente puede conllevar la exclusión de la empresa si el órgano motivadamente entiende que no se garantiza el cumplimiento de tales obligaciones. Obviamente, el procedimiento es distinto del previsto en el artículo 149 que se refiere únicamente a las ofertas anormalmente bajas y la competencia para la exclusión la tiene en este caso la Mesa. En consecuencia, el procedimiento hasta ese momento fue correcto.

Ahora bien, argumenta la recurrente que *“en la resolución recurrida el órgano de contratación no se pronuncia de forma expresa entorno al rechazo o exclusión de la oferta de mi representada, limitándose a excluir la de Ydara Global Servicios, S.L., admitiendo las restantes ofertas, a pesar de lo cuál y desatendiendo el orden*

clasificadorio de las mismas, adjudica el contrato a la cuarta empresa mejor valorada.

Es un defecto formal grave que el acto de adjudicación no resuelva de forma expresa y motivada respecto a la exclusión de los licitadores cuyas justificaciones de viabilidad y cumplimiento de convenio colectivo no fueron admitidas por la Mesa, y aún lo es más que sin haberlas excluido las incluya en el orden clasificadorio de las ofertas, para posteriormente preterirlas en la selección de la mejor oferta”.

El órgano de contratación se remite a lo acordado por la mesa y que consta en el Acta nº5, es decir, la inadmisión de la oferta de LACERA para el lote 6 *“porque, aunque en su documentación indica que incluye el personal que está obligada a subrogar, de acuerdo al Convenio Colectivo de Limpieza y Locales de Madrid (B.O.C.M. 14 de octubre de 2017), no incluye en sus cálculos el personal con contratos de interinidad (8 trabajadores)”*, añadiendo que la recurrente conocía perfectamente que no se le admitió la justificación.

Debe recordarse que el artículo 151 de la LCSP establece claramente que en la Resolución de adjudicación debe figurar con respecto a los licitadores excluidos, los motivos por los que no se haya admitido su oferta. Ello es así incluso cuando esos motivos hayan sido puesto de manifiesto previamente por la mesa o hayan sido objeto de publicación.

Hay que tener en cuenta que la exclusión si no ha sido expresamente notificada puede ser impugnada en el acto de adjudicación por lo que la Ley deja muy claro que debe contener la información necesaria que permita a los interesados interponer un recurso debidamente motivado.

En este caso comprueba el Tribunal que la Resolución de adjudicación expone: *“Motivación de la adjudicación: La adjudicación se realiza a favor de la empresa mejor valorada, de acuerdo con los criterios de adjudicación señalados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, una vez acreditado el cumplimiento de los convenios colectivos vigentes”* y a continuación incluye un cuadro con todas las oferta inicialmente admitidas y su correspondiente puntuación sin hacer referencia alguna a las justificaciones presentadas y su rechazo.

Evidentemente es un defecto formal grave puesto que las empresa excluidas

o cuyas ofertas han sido rechazadas no deben figurar en la clasificación final y además debe decirse expresamente cuál ha sido la causa de la exclusión o rechazo de cada una de ellas. Por lo tanto procedería anular el acto y retrotraer el procedimiento para que se realizase de forma adecuada.

Sin embargo, en este caso la recurrente ha conocido la causa de su exclusión y ha podido recurrir contra la misma con toda la información puesto que ha tenido acceso al expediente por lo que no habiéndose producido indefensión, procede desestimar el motivo del recurso.

Como segundo motivo alega la recurrente que existe un error manifiesto en la valoración del cumplimiento del convenio colectivo aplicable en la oferta de LACERA puesto que argumenta que *“de acuerdo con el artículo 24.1 b) y c) del Convenio Colectivo aplicable, coincidente con el artículo 10 del Convenio Sectorial de Limpieza, deberán subrogare tanto los trabajadores titulares con reserva de puesto de trabajo, como los interinos que los están sustituyendo, razón por la que es obligatorio que el listado de personal a subrogar contemple tanto a los titulares como a sus sustitutos, ahora bien, sin que ello implique que todos ellos presten servicio al mismo tiempo, sino que lo que se conoce como ‘plantilla efectiva’ -número de operarios activos y que realiza efectivamente el servicio-, se corresponde exclusivamente con el número de los titulares. Atendiendo a ello esta contratista indicaba en su justificación que los cálculos económicos se contemplaban con referencia a una plantilla efectiva de 33 puestos sobre las que se realiza el cálculo general del coste de personal, si bien ello no implica, en absoluto, que no esté teniendo en cuenta a los 8 interinos en sus cálculos económicos, estando perfectamente previsto y detallado el coste de sustitución de los interinos, como queda expuesto (...).*

En todo caso, dichos cálculos de la plantilla titular tienen en cuenta el coste máximo de dichos 33 puestos, el que corresponde a dos años completos de servicio activo y sin necesidad de ser sustituidos, dado que si causan baja médica, o tienen permisos de maternidad, o pasan a situación de excedencia, el coste empresarial se reduce muy significativamente (la excedencia y la maternidad suplida con un interino por ejemplo no tiene coste empresarial alguno -ni cotización, ni salario-, la

sustitución de vacaciones está prevista en una partida independiente, y en situación de IT la empresa habría de abonar únicamente la cuota de cotización y el complemento salarial hasta el 100%, corriendo la mayor parte del coste a cargo de la Mutua o la Seguridad Social), aplicándose dicho ahorro a la amortización del coste del trabajador interino que cubre la baja del titular”.

El órgano de contratación hace referencia al informe de la UTC en el que consta que LACERA ha tenido en cuenta únicamente a 33 trabajadores fijos y luego ha añadido un coste de absentismo, festivos, cobertura de vacaciones. Coste que según se expresa no cubriría el coste de todos los trabajadores objeto de subrogación y que según la memoria económica se cifra en 930.714,05 euros /año.

Concluye el informe que *“a la vista de lo que se indica en los apartados b) y c) del artículo 24 del citado Convenio, los trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a algún trabajador con contrato con derecho a reserva de puesto de trabajo, sí deben ser subrogados durante la vigencia del contrato de interinidad, por lo que no se puede aceptar la justificación esgrimida por esta empresa”.*

La empresa adjudicataria expone en trámite de alegaciones que *“según la recurrente los trabajadores con contrato de interinidad no suponen un gasto, puesto que sustituyen al titular, lo cual no es cierto, puesto que, por ejemplo, en caso de incapacidad temporal hay que abonar las cuotas de Seguridad Social de ambos trabajadores, hay que completar hasta el 100 % del salario del trabajador enfermo (...). También a los trabajadores con contrato de interinidad hay que entregarles uniformes y EPIS, tienen que disfrutar vacaciones y otros permisos (...) el trabajador con contrato de interinidad puede caer en incapacidad temporal (...).*

Es decir, que aunque un trabajador sustituya a otro, los trabajadores con contrato de interinidad suponen un gasto, en muchas ocasiones muy parecido al trabajador sustituido. La confección del listado de personal que aparece en los pliegos se va confeccionando durante varios meses, por lo que los pliegos se publiquen en agosto no es explicación alguna del número de interinos, puesto que no se corresponden con las vacaciones.

La cantidad establecida para la cobertura de absentismo por la recurrente es de 39.583,97 euros para el año 2019, (79.167,93 euros para los dos años del

contrato, según consta en su justificación), cantidad más que insuficiente para cubrir los costes de los 8 trabajadores con contrato de interinidad que ascenderían a 169.621,26 euros al año, según los cálculos utilizando por la recurrente en su justificación, no apareciendo dicho importe especificado en ninguna partida de la justificación”.

El Tribunal no puede compartir la afirmación de la recurrente de que es suficiente realizar los cálculos de coste en base a la plantilla “efectiva” puesto que la subrogación se ha llevado a cabo respecto de toda la plantilla sin que pueda asumirse que el coste máximo sea el de los 33 trabajadores fijos.

Como se ha puesto de manifiesto no en todos los casos las ausencias de un trabajador cubiertas con el interino conllevan el ahorro expresado y tampoco sería en ningún caso equivalente al coste total del trabajador.

Los cálculos de absentismo vacaciones y festivos son previsiones que no pueden sustituir el coste concreto de los 8 trabajadores que deben ser subrogados.

Por lo tanto, consideramos que el informe está suficientemente motivado para proceder al rechazo de la oferta y debe desestimarse este motivo de recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso interpuesto por don M.S.R., actuando en nombre y representación de la sociedad Lacera Servicios y Mantenimiento, S.A., contra la Resolución de la Viceconsejero de Sanidad de 6 de febrero de 2019, por la que se adjudica el lote 6 del expediente de contratación del servicio “Limpieza Integral de los Centros de Atención Especializada adscritos al Servicio Madrileño de Salud-7

Lotes”, PA SER-25/2018-AE (A/SER-011348/2018).

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión producida en aplicación de lo previsto en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.