

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

En Madrid, a 21 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Magéntica Social, S.L. (en adelante Magéntica), contra la Orden de la Consejería de Hacienda y Función Pública, de fecha 4 de octubre del 2019, por la que se adjudica el contrato de “Servicios auxiliares de gestión del aparcamiento de la Glorieta Puerta de Toledo de Madrid”, número de expediente: A/SER-009068/2019 de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de junio de 2019, se publicó en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (PCPCM), la convocatoria de licitación del contrato de servicios de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, también publicada en el BOCM del 3 de julio de 2019. Apreciándose omisión en los Pliegos del listado de subrogación del personal discapacitado afectado por la subrogación empresarial por ser la prestataria del servicio un Centro Especial de Empleo (CEE), mediante Orden de 4 de julio de 2019 el órgano de contratación suspende el procedimiento de licitación, así como el plazo para la presentación de ofertas, y acuerda proceder a la modificación de los Pliegos.

Modificados los pliegos de prescripciones técnicas (PPTP) y cláusulas administrativas particulares (PCAP), se aprueban por el órgano de contratación el 9 de agosto de 2019, y se publica nuevamente el anuncio de licitación el 14 de agosto de 2019 en el DOUE, el 2 de septiembre de 2019 en el PCPCM, y en el BOCM el 30 de agosto de 2019. El valor estimado del contrato es de 446.358,50 euros, con un plazo de duración de 1 año, prorrogable hasta un máximo de 3 años.

Segundo.- A la licitación del contrato concurrieron 7 empresas, entre ellas la recurrente Laki Social, S.L. (actual Magéntica).

La Mesa de contratación en su reunión de 25 de septiembre de 2019, propone la adjudicación del contrato a la empresa Integra Mantenimiento Gestión y Servicios CEE S.L. (en adelante Integra), tras la tramitación prevista en el artículo 149 de la LCSP para ofertas anormalmente bajas por considerar viable la oferta, adjudicándose el contrato por el órgano de contratación el 4 de octubre de 2019, por importe de 95.596,59 euros. En la misma fecha se notificó a todos los licitadores y simultáneamente se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid la adjudicación del contrato.

Tercero.- Con fecha 24 de octubre de 2019, se ha recibido en este Tribunal escrito de recurso de la representación de Magéntica solicitando la anulación de la propuesta económica presentada por Integra por no respetar el importe del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 2019 y XV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a personas con discapacidad, y de la valoración realizada por la Mesa de Contratación de las ofertas de criterios cuantificables (no sujetos a juicios de valor), retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a la valoración de las mismas. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento de contratación.

Cuarto.- El 30 de octubre de 2019, el órgano de contratación remite al Tribunal el expediente de contratación junto con el preceptivo 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 transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, sin que se haya formulado escrito de alegaciones al recurso por el interesado en el procedimiento.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de la empresa recurrente para la interposición del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por tratarse de la licitadora clasificada en segundo lugar en el procedimiento de adjudicación del contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue adoptado, notificado y publicado el 4 de octubre de 2019, y la interposición del recurso se efectuó ante el Tribunal el 24 de octubre de 2019, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Es objeto de recurso el acto de adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que procede su impugnación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto se concreta en determinar si la oferta de la adjudicataria del contrato inicialmente incurra en valor anormal o desproporción es viable atendiendo a los costes que supone la prestación del servicio en cuestión.

A los efectos de la resolución del recurso resulta de interés lo dispuesto en la cláusula tercera del PPTP relativa a la organización del servicio:

“El parking subterráneo de Puerta de Toledo es un aparcamiento público que está operativo 24 horas al día los 365 días del año por lo que requiere de la permanente presencia de un servicio de atención al usuario para el desarrollo de las actuaciones que requiere su funcionamiento, que en esencia son las de cobro a los usuarios, manejo y control del sistema de acceso y salida al aparcamiento, información, asistencia y orientación a los clientes, control de los bienes y productos existentes, etc.

Para el desarrollo de esas tareas se considera necesario la existencia, como mínimo, de los siguientes puestos de trabajo:

- Un puesto de auxiliar de servicios del aparcamiento 24 horas todos los días.*
- Un puesto auxiliar en horario de 09:00 a 17:00 horas de lunes a viernes. El personal que desempeñe este turno será el que asuma la labor de responsable de la gestión.*

- *Un puesto auxiliar de refuerzo todos los domingos del año en horario 09:00 a 17:00 horas”.*

La recurrente alega que el coste laboral mínimo para poder prestar el servicio respetando las normas legales y convencionales es de 87.072,00 euros, considerando sorprendente que la adjudicataria pueda ofertar sus servicios por un coste inferior al que marcan tanto el SMI para 2019 como el XV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a personas con discapacidad (CCGCSAPD). El salario bruto anual del perfil solicitado es de 12.600 euros según SMI para 2019, y la jornada anual según el XV CCGCSAPD es de 1.750 horas, de lo que resulta un coste/hora/persona mínimo de 7,20 euros (12.600/1.750).

A) En relación con el servicio a prestar durante las 24 horas del día, se trata de 365 días, de los cuales 253 son laborables, 14 son festivos y 104 corresponden a fin de semana. El número total de horas es de 8.760 (24*365) de los que un tercio son horas nocturnas (de 22:00 a 06:00), con un coste adicional de un 25% según Convenio. Y el número de horas festivas es de 336 (14*24 horas) por lo que según Convenio se incrementa la hora adicional en 3,50 euros. De ahí resulta un coste mínimo de 63.072,00 euros al que hay que añadir 1.176,00 euros por horas festivas y 5.256,00 euros por horas nocturnas.

B) Por lo que respecta al servicio a prestar de lunes a viernes, de 09:00 a 17:00 horas, se trata de 253 días laborables que a razón de 8 horas al día hacen un total de 2.024 horas, a un coste de 7,20 euros/hora. De ahí resulta un coste mínimo de 14.572,80 euros.

C) Y en cuanto al servicio a prestar los domingos de 09:00 a 17.00 horas, se trata de 52 domingos que multiplicado por 8 horas hacen un total de 416 horas a un coste ordinario de 7,20 euros. De ahí resulta un coste mínimo de 2.995,20 euros.

Asimismo manifiesta que tanto Integra como Magéntica son CEE, lo que explica el menor precio al que pueden presentar sus ofertas por las ventajas económicas que se derivan de:

- a) Bonificación del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social.
- b) Subvención del coste salarial para el mantenimiento de los puestos de trabajo de los trabajadores con discapacidad por una cuantía del 50% del SMI, o proporcional si el contrato es a tiempo parcial.

Respecto a la subvención señala que es para el mantenimiento de los puestos de trabajo de los trabajadores con discapacidad, no para reducir el coste salarial. Así el artículo 10 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido, establece lo siguiente:

“La financiación de los Centros Especiales de Empleo se cubrirán con: (...)

e. Las ayudas de mantenimiento a que pueden acceder como consecuencia de los programas de apoyo al empleo, establecidos por las Administraciones Públicas y consistentes en:

- *Subvención por puesto de trabajo ocupado por minusválido.*
- *Bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social.*
- *Subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas”.*

En la Comunidad de Madrid se ha venido convocando la ayuda para el mantenimiento de los puestos de trabajo de las personas con discapacidad en los CEE consistentes en la subvención del 50% del Salario Mínimo Interprofesional.

De todo ello deduce que con las bonificaciones y subvenciones se busca la viabilidad y subsistencia de los CEE, y en el caso concreto de las subvenciones el mantenimiento de los puestos de trabajo de los trabajadores con discapacidad. El importe de las bonificaciones de las cuotas a la Seguridad Social es un coste que los

CEE se ahorran en relación con el resto de entidades mercantiles al no tener que pagar la cuota empresarial de la Seguridad Social, lo cual les posibilita tener un coste/hora/trabajador menor y ajustar sus ofertas económicas pues soportan un menor coste laboral. Por otro lado, la finalidad de las subvenciones por puesto de trabajo ocupado es promover la integración laboral de las personas con discapacidad en CEE, facilitando nuevas contrataciones de personas con discapacidad o el mantenimiento de las contrataciones existentes, por lo que van dirigidas fundamentalmente a hacer frente a la menor productividad laboral que, en general, tienen los trabajadores con discapacidad, a su mayor índice de absentismo y a la adopción por parte de los CEE de las medidas de ajuste personal y social que sean necesarias.

Por consiguiente, una cosa son los menores costes laborales que el CEE ha de soportar (bonificación), y otra muy distinta que con el importe de las subvenciones el CEE pueda reducir el coste/hora/trabajador que resulte aplicable por ley o Convenio, ofertando un coste/hora/trabajador inferior al coste real, pues con ello el importe de las subvenciones no se destinaría a su fin de responder a una utilidad pública o interés social, se desvirtuaría la finalidad última de las subvenciones y, además, supondría una conducta clara de competencia desleal señalada en el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, al destinarse más bien a un interés económico particular del CEE. Esta estrategia de presentar oferta económica por debajo del coste real, excluye a los licitadores que presentan sus ofertas económicas respetando el importe mínimo de coste/hora/persona establecido por ley o convenio colectivo, sean empresas ordinarias o CEE, a las cuales obviamente se les añade un beneficio empresarial lícito y necesario para la subsistencia de estas empresas. Asimismo le sorprende que en el informe técnico hable de “*margen*” de beneficio pues para ello hay que cubrir los costes laborales de los trabajadores y obtener beneficio, y no hay “*margen ajustado*” al presentar una oferta económica por debajo del precio legal y de convenio.

Asimismo añade que si se tienen en cuenta las subvenciones recibidas por los CEE, el coste hora/día/trabajador sería de 3,6 euros, lo cual distorsionaría el principio

de libre mercado al ser una práctica de dumping, y entiende que la valoración de las ofertas realizada por la mesa de contratación no respeta lo establecido en la cláusula 35 del PCAP, y en los artículos 149.4, y 201 de la LCSP, citando a los efectos dos resoluciones del TACRC relativas al incumplimiento en los pliegos de servicios de lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP, concluyendo que la propuesta económica formulada por Integra no respeta el coste/hora/persona mínimo fijado por el SMI 2019 y Convenio colectivo aplicable por lo que la Mesa de Contratación debió rechazarla.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta que el informe técnico a la justificación presentada por Integra se realizó tras el estudio de la documentación presentada por la mercantil en la que realizaba un desglose de su oferta económica, indicando que se sujeta al convenio de aplicación XV CCGCSAPD, y por tanto a las tablas salariales publicadas para los años 2019, 2020 y 2021 mediante Resolución de 27 de junio de 2019 de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, conforme a las cuales el personal destinado a desempeñar el Servicio (categoría profesional de Técnico Auxiliar) tiene un salario base de 900 euros al mes (que coincide con el SMI), 12.600 euros anuales por comprender 14 pagas. Asimismo señala que el citado salario responde a contratos de jornada completa, y que para el desempeño del servicio no es necesario que todos los trabajadores destinados a su prestación deban tener un contrato a tiempo completo siempre y cuando se cubran las horas necesarias para su desempeño.

El desglose económico presentado por Integra refleja las 9 personas destinadas al desarrollo de los trabajos con un salario ajustado al número de horas al que responden sus respectivos contratos, con los que se cubren las jornadas de un puesto de auxiliar las 24 horas del día los 365 días del año y el de un puesto auxiliar en horario de 09:00 a 17:00 horas de lunes a viernes y domingos de ese periodo. Asimismo, recoge una estimación de los costes adicionales por los complementos de nocturnidad o de días festivos, a las que añade un coste estimado de absentismo. De todo ello resulta un coste de personal directo de unos 92.649,02 euros. Además Integra presupuesta otros costes inherentes al servicio como los de uniformidad, de reconocimientos médicos o Prevención de Riesgos Laborales y de Formación, que

añadidos a los costes directos de personal dan un resultado de unos 97.415,58 euros. Sobre dicha cantidad calcula un porcentaje de un 8% de Gastos Generales y un 4% de Beneficio Industrial, aplicando al presupuesto total un descuento de 30.100 euros por las subvenciones recibidas por su condición de CEE, imputando el 70% de las subvenciones generadas.

En base a esa justificación económica se informó favorablemente la oferta presentada, considerando viable la prestación del servicio, ajustada a la normativa convencional o laboral y con unos márgenes económicos ajustados, por lo que no puede considerarse oferta anormalmente baja ni desproporcionada al coste del servicio en sí, añadiendo que el hecho de valorar la idoneidad o no de aplicar el importe de las subvenciones recibidas por la condición de CEE al coste del servicio queda fuera del ámbito competencial del órgano de contratación.

Este tribunal constata que la adjudicataria presenta oferta por importe total de 95.596,59 euros por un año (79.005,45 euros de base imponible más 16.591,14 euros de IVA), y que estando inicialmente incurso la proposición presentada en valor anormal o desproporción, de conformidad con lo previsto en la cláusula 1.9 del PCAP, se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP para las ofertas anormalmente bajas.

Los costes en el presente servicio están básicamente referidos a gastos de personal puesto que la ejecución de la prestación no requiere de medios materiales como maquinaria, equipos, inmuebles, u otros, como se desprende de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación y en las memorias justificativa y económica del contrato, por lo que determinan el cálculo del presupuesto teniendo en cuenta el coste salarial del equipo de trabajo conforme al Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos, añadiendo el 6% de gastos generales y el 4% de beneficio industrial.

Como ha mantenido este Tribunal en anteriores resoluciones, la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo

en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante. 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. Por ello en este momento la función primordial del Tribunal es básicamente 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.

No obstante, en el supuesto que nos ocupa la adjudicataria está calificada y registrada como CEE, lo que implícitamente conlleva ser beneficiario de una bonificación del 100% de la cuota empresarial a la seguridad social, tratándose de ayudas estatales, sujetas a legislación básica con independencia de quien haya otorgado dicha calificación, regulándose su concesión en la Orden de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo. La Dirección General del Servicio Público de Empleo de la Comunidad de Madrid fomenta la integración laboral de las personas con discapacidad a través de diversas líneas de subvenciones, entre otras, subvencionan parcialmente los costes salariales de los trabajadores con discapacidad con una cuantía equivalente al 50% del Salario Mínimo Interprofesional o la parte proporcional según la jornada trabajada. Así es innegable el fomento y promoción en materia de integración laboral de las personas con discapacidad tanto en la legislación especial de la materia como en la normativa contractual, siendo importante a estos efectos, como expresamente recoge el considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, el papel que pueden desempeñar los talleres protegidos y otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas.

La justificación de la baja se centra en los costes laborales toda vez que, como hemos mencionado, en el tipo de servicio contratado supone la base de la prestación al no requerir otros gastos en suministros, maquinaria ni equipos, salvo los indirectos también detallados en la justificación de la adjudicataria, igualmente centrados en el personal, como los costes de uniformidad, reconocimientos médicos, formación y otros.

Este Tribunal ya en anteriores Resoluciones como la 300/2019, de 10 de julio, ha aceptado tomar en consideración como criterio de justificación de bajas anormales las subvenciones concedidas a los CEE incluso no estando garantizadas y dependiendo de la convocatoria y consignación presupuestaria anual, por ser un derecho previsto en la Ley cuando se cumplen las condiciones exigidas de ostentar la condición de CEE y emplear a persona con discapacidad, requisitos ambos que concurren en Integra.

Por otra parte cabe recordar que para justificar unos valores presuntamente anormales no es necesaria una prueba exhaustiva, sino que basta con acreditar una convicción de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato. Además 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.

Es doctrina reiterada de los Órganos de resolución de recursos contractuales que en la determinación de si una oferta anormal o desproporcionada está o no justificada rige el principio de discrecionalidad técnica, según la cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (Resolución 336/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal

Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía).

En el presente supuesto el adjudicatario presenta justificación desagregada de los costes, incluyendo las ayudas obtenidas por ser CEE sin que quede acreditado por la recurrente que hay incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149 de la LCSP, ni de los pliegos que rigen la contratación, y sin que se haya producido error, arbitrariedad ni ausencia de motivación en la decisión adoptada por el órgano de contratación, por lo que se considera que el recurso presentado ha de ser desestimado. Tampoco se ha acreditado que la adjudicataria vaya a incumplir la oferta presentada en la que expresamente se obliga al cumplimiento del convenio que resulta de aplicación y, por tanto, no hay argumentos para enervar la decisión adoptada por el órgano de contratación de considerar viable la oferta efectuada por Integra, sin perjuicio de que si el contratista no ejecutase el contrato conforme a la lo ofertado con incumplimiento de lo dispuesto en el convenio procederá la imposición de penalidades, la resolución del contrato y la prohibición de contrataren los términos previstos en el PCAP que rige el contrato y en la LCSP.

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 especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Magéntica Social, S.L. (anteriormente denominada Laki Social S.L.), contra la Orden de la Consejería de Hacienda y Función Pública, de fecha 4 de octubre del 2019, por la que se adjudica el contrato de “Servicios auxiliares de gestión del aparcamiento de la Glorieta de Puerta de Toledo de Madrid”, número de expediente: A/SER-009068/2019 de la Comunidad de Madrid.

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 automática del contrato prevista 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 de la LCSP.