

**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 Elite y Espacio, S.L., contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Carabanchel de 9 de octubre de 2019, por el que se adjudica el contrato “Auxiliares de información, atención al público y control de entradas en Equipamientos adscritos al Distrito de Carabanchel 2019-2021”, nº Expediente: 300/2019/00753, del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 11 y 14 de julio de 2019, se publicó en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PLACS) la convocatoria de licitación del contrato de servicios de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 3.247.767,55 euros y el plazo de duración es de 2 años.

Segundo.- A la licitación del contrato concurrieron 7 empresas, entre ellas la recurrente.

Tras la tramitación oportuna con fecha 9 de octubre de 2019, mediante Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Carabanchel se adjudicó el contrato a la UTE Servicios Valoriza Carabanchel (en adelante Valoriza), publicándose el acuerdo con fecha 10 de octubre de 2019 en la PLACS.

Tercero.- Con fecha 31 de octubre de 2019, se ha recibido en este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Elite y Espacio, S.L., impugnando la adjudicación y su exclusión por no haber justificado debidamente la viabilidad de su oferta con valores desproporcionados, solicitando la admisión de la misma, con anulación de la adjudicación del contrato, y la retroacción de las actuaciones para continuar el procedimiento de adjudicación. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento de contratación.

Cuarto.- El 6 de noviembre de 2019, el órgano de contratación remite al Tribunal el expediente de contratación junto con los correspondientes informes preceptivos 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 (en adelante, LCSP).

El Ayuntamiento informa que no se ha justificado debidamente los costes de personal teniendo en cuenta la subrogación obligatoria existente. Además se alega que no puede basar la viabilidad de la oferta incurso en valores desproporcionados en la percepción de unas subvenciones que no están garantizadas y cuyos términos son variables, por lo que no se considera justificada la misma, de conformidad con el informe emitido el 17 de septiembre y la propuesta de la Mesa de Contratación.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP.

Ha presentado escrito la adjudicataria Valoriza, solicitando la inadmisión del recurso por falta de legitimación ya que no alega contra la adjudicación del contrato sino exclusivamente contra su exclusión y subsidiariamente la desestimación por no justificar debidamente los costes de personal por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21.3 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 46.4 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 recurrente para la interposición del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una licitadora excluida del 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”*.

Debe señalarse que la recurrente ha conocido su exclusión en el momento de la adjudicación por lo que puede recurrir contra la misma y el acto de adjudicación, alegando que su oferta debió ser admitida. La estimación del recurso significaría por tanto la anulación de la adjudicación y su admisión por lo que la colocaría en situación de ser adjudicataria, de ahí su interés y su legitimación

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado fue adoptado el 9 de octubre, notificado el 11 de octubre de 2019, y la interposición del recurso se efectuó ante el Tribunal el 31 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.- En lo que respecta al objeto del recurso formalmente se impugna el acto de adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP, si bien el fondo del recurso atiende al rechazo de su oferta incurra en valores desproporcionados que no ha justificado debidamente su viabilidad.

Quinto.- Entrando a considerar los motivos de fondo del recurso, la recurrente alega que su oferta se somete a las condiciones del Pliego y que ha tenido en cuenta los costes de subrogación de los trabajadores, *“si bien es cierto que se ha producido un error al imputar un coste de 7,10 al realizar la multiplicación, y que ello supondrá una desviación del coste de personal del plan de viabilidad no es menos cierto que se trata de un 1,92% sobre el total del proyecto que mantiene un margen amplio, más de un 40%, superior incluso a la media en el sector.*

No es correcta la apreciación de la Junta al señalar que debió calcularse un coste hora para el proyecto de 7,24 porque ese es el imputado a 2020, cuando en 2019 es de 7,20 y en 2021 será de 7,33.

No considera esta parte que este error derivado de la constante evolución del número de horas en el Convenio Colectivo de general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad suponga considerar que la oferta no se ajusta al pliego cuando se trata de una cifra en movimiento y la desviación es de un 2,51%. De considerarse así no podrían valorarse nunca estas ofertas que están sujetas no solo a modificaciones de convenios colectivos sino también del salario mínimo interprofesional que modificaría en un porcentaje bastante superior y por imperativo legal estos cálculos.

Tras lo expuesto y para aclarar los puntos que parece han podido inducir a error a la Junta en la apreciación de la viabilidad de la compañía, reproducimos la tabla salarial aplicada para los cálculos (...)”.

Además añade que las subvenciones que ha hecho constar en el escrito de justificación deben admitirse puesto que *“ni siquiera sería necesario justificar la viabilidad de las subvenciones pues como se ha pronunciado ya el Tribunal de Administrativo Central de Recursos Contractual, la subvención si bien no es indubitada, sí que es más que probable a tenor de la normativa para los centros especiales de empleo y es suficiente para acreditar la convicción de que el licitador podrá cumplir. Así en Resolución de 5 de octubre de 2018, número 884/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”*

Por su parte el órgano de contratación en su informe manifiesta en primer lugar que *“el plan de viabilidad presentado por la licitadora de 5 de septiembre de 2019, justificaba literalmente su oferta en las condiciones particulares de Elite y Espacio S.L., respecto a la presencia de un centro especial de empleo entre las empresas del grupo con un acuerdo de colaboración firmado, la experiencia de Elite en la prestación de este tipo de servicios en otros Distritos del Ayuntamiento, así como la estructura de Elite, que permitiría asumir la bolsa de horas sin coste adicional, que permiten prestar los servicios con las máximas garantías a un precio inferior al de sus competidores”*.

Señalaba así que los pliegos de condiciones de la licitación incluyen que el convenio aplicable a los trabajadores objeto de subrogación corresponde a un centro especial de empleo, así como la posibilidad de subcontratación total, resultando que Elite Inserción S.L., con CIF B87402855 forma parte del grupo Elite, que tiene la calificación de centro especial de empleo y existiendo entre las partes un convenio de colaboración marco para este tipo de servicios que se ajusta a los importes por los que se licite. Es decir, reconocía que iba a subcontratar el 100% del servicio con una entidad con la que existe vinculación, pues forma parte del mismo grupo y es centro especial de empleo, basando su oferta esencialmente en las favorables condiciones que se derivan de la subcontratación con un centro especial de empleo con el que existe vinculación y, por tanto, no cabe entender como subcontratación”.

En segundo lugar se argumenta que “en la justificación de 5 de septiembre de 2019 se expresaba que el coste hora de personal discapacitado era 7,10 euros, y es cuando accede al informe emitido sobre la justificación de la baja cuando se percata que las horas anuales del contrato sin incluir las mejoras que puedan ser ofertadas son 66.142 horas diurnas más 630 nocturnas, total 66.772 horas, en lugar de las 67.719 indicadas, y que como se expone en el informe citado, los trabajadores de la actual adjudicataria actualmente perciben el Salario Mínimo Interprofesional, lo que da un precio hora mínimo, independientemente de la categoría profesional, de 7,24 euros para 2020 y 7,33 euros para 2021, dado que el artículo 95 del Convenio establece para dicho año 1720 horas anuales.

Todos estos extremos se expresan en el informe emitido, concluyendo que el coste hora por trabajador reconocido por la empresa (7,10 euros) está por debajo del resultante de aplicar el SMI y el reflejado en la información sobre el personal a subrogar.

Es en el trámite del recurso especial cuando adjunta una tabla salarial de la plantilla incorporada al PCAP y dice que es la aplicada para los cálculos, resultando que el coste hora para el ejercicio 2020 es 7,24 euros, 7,33 para el ejercicio 2021 y 7,20 en 2019”.

El adjudicatario en su escrito de alegaciones considera sobre el fondo que “no justifica adecuadamente el coste de personal, ni las subvenciones imputándose unos costes por debajo de los reales y unos ingresos de subvenciones no contemplados con su misma hipótesis.

1.-) Costes de personal

En su recurso la recurrente, indica que considerando el personal a subrogar tiene unos costes de personal en el año 2019 de 479.574,89.- euros, en su mismo escrito de alegaciones, recoge que los costes laborales del año 2020, alcanzarán el importe de 490.378,97.-euros, es decir, un incremento de un 2% (479.574,89.-euros x 1,02 = 489.166,39.-euros) y, para el año 2021, considera un incremento de un 2% también en el coste salarial (489.166,39.-euros x 1,02 x 11 meses = 457.370,57.- euros); establece que todos estos trabajadores se rigen por el Convenio Colectivo de Atención a Personas con Discapacidad y, como mínimo, tienen que cobrar el salario mínimo interprofesional.

Las subvenciones del 50% del salario mínimo interprofesional a la que tiene derecho todo Centro Especial de Empleo, dependen, por una parte, del salario mínimo interprofesional y, de otra, del porcentaje de jornada trabajada con respecto a la jornada completa, si un trabajador no realiza la jornada completa, se le abonaría la parte proporcional de la subvención de salario mínimo interprofesional (...). Sin embargo, los cálculos realizados por ELITE Y ESPACIO S.L., no tienen en cuenta los siguientes aspectos, cruciales para el cálculo del coste, como así lo valoró el informe de la Junta Municipal de distrito:

- (i) Sustituciones por vacaciones.*
- (ii) Absentismo laboral.*
- (iii) Uniformidad del personal.*
- (iv) Costes del control horario.*
- (v) Bolsa de horas.*
- (vi) Antigüedad del personal.*
- (...).”*

Este Tribunal en primer lugar constata que el PCAP que rige la contratación preveía unos parámetros objetivos para identificar ofertas anormales aquellas que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas por los licitadores admitidos a la licitación, y que en todo momento el órgano de contratación ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP para la oferta anormalmente baja.

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. En este momento la función del Tribunal 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.

En el supuesto que nos ocupa la recurrente afirma que *“Elite Inserción, S.L. con CIF B87402855, forma parte del grupo Elite, tiene la calificación de centro especial de empleo que se adjunta como Documento núm. 1. Existiendo entre las partes un convenio de colaboración marco para este tipo de servicios que se ajusta a los importes por los que se licite”*.

Sin embargo resulta evidente que Elite Inserción S.L no es licitadora y que no se ha justificado con la debida claridad que las subvenciones que pudiera obtener esa empresa puedan aplicarse íntegramente a este contrato en las cuantía señaladas en el escrito de justificación.

Por lo expuesto se considera que si bien las subvenciones pueden tenerse en cuenta en la justificación de la viabilidad de una oferta, en este caso en que la receptora es otra empresa del grupo no licitadora, no resulta procedente su admisión teniendo en cuenta que no se ha explicado los porcentajes y aplicaciones de las subvenciones que el CEE dedicaría al presente contrato.

Por otro lado el documento de justificación de la oferta de la recurrente incluye los siguientes datos: *“Importe: novecientos quince mil doscientos setenta y nueve euros con noventa y cinco céntimos (915.279,95 euros) al que le corresponde ciento noventa y dos mil doscientos ocho euros con setenta y nueve céntimos (192.208,79 euros) de IVA.*

Mejoras en los servicios: Se oferta una bolsa de cuatrocientas horas anuales (300 diurnas y 100 nocturnas) para necesidades no previstas en los términos establecidos en el PPT.

Permisos retribuidos: Compromiso de ampliación en 1 día los permisos retribuidos establecidos en los supuestos de licencia médica, exámenes prenatales, acompañamiento a visitas médicas a hijos menores de edad o familiares de primer grado mayores de 65 años o en situación de dependencia.

Pluses y complementos salariales: Compromiso de que las ausencias de menos de 20 horas anuales como consecuencia de: maternidad, paternidad, tener a cargo menores de 12 años o asistencia a dependientes a su cargo, no perjudiquen a los trabajadores a la hora de recibir pluses y complementos salariales tales como permanencia, asistencia, disponibilidad, antigüedad o complementos similares.

Ayudas: Compromiso de establecer ayudas por un importe mínimo de 200 euros para el cuidado de personas en situación de dependencia a cargo del trabajador (...)

“ANÁLISIS DEL GASTO

Para la confección de esta tabla que muestra los ingresos y los costes del proyecto, se ha partido de los siguientes supuestos:

Ejercicios: Se han dividido en los 3 los ejercicios económicos durante los que

tendrá lugar el proyecto, imputando 1 mes al año 2019, 12 meses al 2020 y 11 meses al año 2021.

Ingresos: Se han imputado temporalmente los ingresos en función de la oferta realizada para la licitación.

Subvenciones: Se han imputado las subvenciones para el fomento de la integración laboral de personas con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo, en este caso se han multiplicado el porcentaje de jornada correspondiente y se ha multiplicado por el 50% de su Salario Mínimo Interprofesional y por prudencia se ha multiplicado por 23 meses ya que las subvenciones del año 2019 difícilmente se podrán llegar a conseguir, no así como en los ejercicios 2020 y 2021 donde se podrán acceder a ellas.

Coste Mano de Obra: Se han establecido por el número de horas anuales de la licitación (67.719) multiplicadas por el coste hora de personal discapacitado (7,10 euros/h).

Bolsa de Horas: Como se ha detallado a la hora del informe, al tener personal de estructura dedicado a prestar estos servicios, podremos crear sinergias con este proyecto y aprovechar las economías de escala que nos surgen de nuestro personal, por lo que el coste imputado a este proyecto será 0 euros”.

El informe técnico emitido considera que “existen costes que la empresa no considera ni detalla en modo alguno, como es el coste de subrogación en los contratos de trabajo del personal que actualmente presta el servicio, independientemente de que el Convenio de aplicación sea el mismo que el aplicable a la empresa, pues ha de contar con dichos trabajadores, por ser una condición establecida en el pliego como de obligatoria observancia, y en su justificación se hacer referencia única y exclusivamente a la plantilla de Elite (...). Si bien en el escrito de justificación de la baja desproporcionada realizada por la empresa.

ELITE Y ESPACIO, S.L. contiene cálculos numéricos de los costes de su oferta, dichos cálculos no se ajustan a lo determinado en los pliegos (costes laborables de la obligación de subrogación, sino en las premisas de las que parte unilateralmente la empresa, lo cual la coloca en una posición de ventaja injustificada

a la empresa, y desigual frente al resto de los competidores que han formulado su oferta de acuerdo a lo establecido en los pliegos. Como premisas se parte de unas horas de prestación del servicio y de un coste hora idéntico para todo el personal, sin diferenciación alguna de categoría a tenor de la información facilitada para el cumplimiento de la obligación de subrogación y de la previsión de obtención de subvenciones en los ejercicios 2020 y 2021”.

Comprueba el Tribunal que efectivamente los cálculos que contiene el escrito de justificación de la oferta no coinciden con los del recurso, en el que la recurrente admite que se ha producido un error al computar el coste hora. Sin embargo, en un contrato de precios unitarios en el que la determinación del precio se ha hecho tomado como referencia el coste hora, el error en la consignación modifica totalmente la oferta.

Así se constata que el coste de la subrogación de los trabajadores que se dice se ha tenido en cuenta, solo aparece una vez modificados los datos del coste hora, es decir en el recurso, pero no en la justificación.

Por otro lado, tampoco en la justificación, que resulta excesivamente escueta, se han considerado algunos conceptos que, como expone la adjudicataria y el informe, deberían haberse contabilizado como el absentismo o las suplencias por vacaciones o incluso determinadas exigencias del PPT como la necesidad de contar con un coordinador/a:

“Cláusula 5ª.2.- Coordinador/a.

Además del personal indicado en el punto anterior, la adjudicataria deberá disponer para el cumplimiento del objeto del contrato de un/a Coordinador/a, con experiencia mínima de 5 años en gestión de servicios de similares características a los del objeto del contrato”.

Por todo ello, considerando las anteriores argumentaciones, se aprecia una insuficiente justificación de la viabilidad de la oferta de la recurrente y el informe

emitido motiva adecuadamente el rechazo de la misma, por lo que el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 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 Elite y Espacio, S.L., contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Carabanchel de 9 de octubre de 2019, por el que se adjudica el contrato “Auxiliares de información, atención al público y control de entradas en Equipamientos adscritos al Distrito de Carabanchel 2019-2021”, nº Expediente: 300/2019/00753.

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 lote 3 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.