

Recurso nº 247/2021
Resolución nº 300/2021

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

En Madrid, a 1 de julio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Aebia Tecnología y Servicios S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 11 de mayo de 2021 del Ayuntamiento de Leganés de adjudicación a favor de Cos Mantenimiento, S.A del contrato relativo al “Servicio de telecentros municipales incluido el suministro en modalidad de arrendamiento, la instalación, puesta en marcha y mantenimiento” (Expte. nº 0429/2020), este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria de licitación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 5 de enero de 2021. El 2 de diciembre de 2020 se publica

en el DOUE. El valor estimado del contrato es de 1.170.247,92 euros. Presentan ofertas dos empresas:

- COS MANTENIMIENTO, S.A.
- AEBIA TECNOLOGÍA Y SERVICIOS, S.L.

Segundo.- El recurso se fundamenta en el incumplimiento por el adjudicatario de las siguientes cláusulas de los pliegos:

El punto 17 del Anexo I, que obliga a presentar una Memoria detallada.

La cláusula 10 del mismo que establece como convenio colectivo de aplicación en el del sector de ocio educativo y animación sociocultural.

Tercero.- Con fecha 2 de junio de 2021 se recibe en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación.

Cuarto.- En fecha 15 de junio se recibe el informe y expediente de contratación del Ayuntamiento, conforme al 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). El 28 de junio presenta alegaciones COS MANTENIMIENTO.

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.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de modificación fue publicado el 13 de mayo y el recurso se interpuso el 2 de junio, por tanto, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El acto impugnado es recurrible a tenor de lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2. c) de la LCSP.

Cuarto.- El punto 17 del Anexo I (cuadro de características generales) del PCAP obliga a acompañar (*“documentación técnica y documentación acreditativa de criterios de adjudicación del contrato a incluir junto con la oferta económica”*):

“1. Memoria detallada incluyendo precios unitarios IVA incluido, de la solución ofertada usando como modelo y referencia el ANEXO II al Pliego de Prescripciones Técnica (PPT) debidamente cumplimentado con un máximo de 60 caras (al tratarse de formato electrónico no existen páginas).

Se deberá especificar de forma únicamente técnica, por cada telecentro, los suministros, diseño y adaptación a la imagen corporativa, servicios de personal y/o telesoporte, servicios de mantenimiento de equipamiento, seguros y otras actuaciones a tener en cuenta. Se deberá especificar todo el equipamiento, estimación del personal expresado en jornadas, plan de trabajo y ejecución de la solución, medios materiales y humanos, calendario de cursos semestrales (presenciales y a distancia) y demás aspectos interesantes para el presente pliego. Además, en cuanto al diseño y adaptación a la imagen corporativa, el licitador deberá aportar planos descriptivos y propuesta de diseño final. (...)

Tanto la falta de presentación de dicha Memoria como su inadecuación al Anexo II del PPT que exceda de 60 caras serán causas de exclusión de la oferta”.

El Anexo II del PPT a lo largo de sus 11 páginas define el contenido mínimo informativo a cumplimentar por los licitadores con el extracto literal a modo de ejemplo para cada telecentro que incluye múltiples ítems.

El recurrente afirma respecto a estos requerimientos que el adjudicatario:

1. No identifica ni aporta los precios unitarios de los servicios y equipos que propone.
2. No aporta los planos descriptivos de su propuesta final en cuanto al diseño y adaptación de los telecentros a la nueva imagen corporativa, limitándose a reproducir los planos ya existentes en el PPT respecto de los cuales debían los licitadores proponer sus soluciones innovadoras.

El primer punto lo sustenta en el informe técnico de 3 de marzo conforme al cual (...) *“del licitador COS mantenimiento S.A. se observa que no cumple lo requerido en lo relativo a la inclusión en la Memoria de los precios unitarios IVA incluido, por el contrario, el licitador AEBIA Tecnología y Servicios S.L. detalla en cada uno de los apartados y materiales ofrecidos, el precio unitario IVA incluido. Ante tales circunstancias, se hace difícil desde esta Unidad Técnica poder valorar y cuantificar de una manera unitaria los costes y el coste total de los materiales ofrecidos, cifrado en un 30,10% del coste total del proyecto”.*

En trámite de contestación el órgano de contratación manifiesta que el presupuesto del contrato se establece por un precio global y no por precios unitarios, y el modelo de oferta es por este precio. La memoria no es valorable y el desglose o no de precios en nada atañe a la oferta, que no puede rechazarse por incumplir ese formalismo. Se añade con cita de doctrina de este Tribunal que el mero error en la proposición económica no es causa de exclusión, si la misma no implica la imposibilidad de la Mesa de conocer cuál fue esta.

Rechazado el informe técnico por la Mesa, se elabora nuevo informe en fecha 30 de marzo:

“Una vez analizadas las 2 ofertas presentadas se comprueba que ambas se ajustan a lo solicitado en el PPT y PCAP, las 2 han presentado correctamente memoria justificativa exigida en el PCAP con las especificaciones técnicas indicadas y ambas presentan su oferta económica según modelo Anexo II”. demás, revisada la documentación requerida por la Mesa de Contratación para subsanar la documentación aportada por la empresa COS MANTENIMIENTO S.A. referente a los costes salariales se analiza y se dan por aclaradas las dudas sobre ese punto. Por lo que se concluye que ambas ofertas presentan adecuadamente el estudio de costes tal y como se indica en el PCAP y con la documentación incluida se acredita que se han respetado los salarios según los Convenios Sectoriales de aplicación en cada caso”.

A juicio del Tribunal el punto 17 del Anexo I transcrito no se corrobora por el Anexo II del PPT (*“Memoria detallada (máximo 60 hojas/páginas)”*) donde no figura el desglose por precios unitarios. Encabeza el Anexo expresando que *“El licitador deberá presentar memoria detallada de la solución ofertada, tomando como referencia y modelo el ANEXO II; cualquier omisión en la cumplimentación del modelo ANEXO II, será causa de exclusión de la oferta presentada”*. A continuación, sobre el presupuesto consta:

“DESCRIPCION DE LA OFERTA:

PRECIO:

PRESUPUESTO:

IVA:

TOTAL”

En el Anexo II del PPT al que remite el punto 17 del Anexo I (*“usando como modelo y referencia el ANEXO II al Pliego de Prescripciones Técnicas”*) (PPT) no existe desglose por precios unitarios para los servicios y suministros detallados en el mismo.

La forma de determinación del presupuesto (punto 10 del Anexo I) no contempla precios unitarios, siendo por combinación de modalidades, a tanto alzado y por componentes de la prestación, desglosando 266.892,00 euros (30,10%) para materiales y equipos y 619.659,45 (69,90%) para prestación del servicio y personal.

Cabe interpretar el punto 17 del Anexo I en relación con el contenido de otras cláusulas de los Pliegos, conforme al artículo 1285 del Código Civil: *“las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”*.

Del análisis conjunto de las cláusulas se deduce no es necesario el desglose por precios unitarios de los servicios y suministros.

Procede la desestimación de este motivo del recurso.

El segundo motivo, respecto de la imagen corporativa no es contestado por el órgano de contratación, argumentando el adjudicatario la inviabilidad al no facilitar los planos de los telecentros, tal y como consta en las respuestas a las consultas de los licitadores. Se desestima este motivo.

El tercer motivo alega el incumplimiento del punto 17.3 del Anexo I del PCAP en relación con el 10 del mismo:

“3.- Documentación acreditativa de criterios de adjudicación:

Los licitadores deberán presentar junto con la oferta económica documento justificativo en el que indiquen los costes de personal debidamente desglosados acreditando que se han respetado en todo caso los salarios mínimos establecidos en el convenio colectivo aplicable (indicando expresamente cual es el convenio colectivo SECTORIAL de aplicación) más los costes de seguridad social”

La cláusula 10 del Anexo establece que el valor estimado del contrato se ha calculado sobre el convenio colectivo de aplicación: sector de ocio educativo y animación sociocultural.

En el modelo de oferta económica también se consigna la obligación de presentar esta documentación: *“los licitadores deberán presentar junto con la presente oferta económica documento justificativo en el que indiquen los costes de personal debidamente desglosados acreditando que se han respetado en todo caso los salarios mínimos establecidos en el convenio colectivo aplicable (indicando expresamente cual es el convenio colectivo SECTORIAL de aplicación) más los costes de seguridad social”*.

Igualmente figura el convenio de aplicación en el informe justificativo del expediente de contratación publicado en la PCSP.

El adjudicatario formula su propuesta económica en base a un Convenio Colectivo distinto al exigido, en concreto el correspondiente al estatal de Empresas de Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública. Acompaña la justificación de costes salariales preceptiva sobre este convenio sectorial.

Al respecto el informe técnico de 3 de marzo de 2021 citado afirma:

“Que la memoria presentada por la empresa COS mantenimiento S.L., en su apartado 19. Costes y categorías salariales, indica los costes salariales totales conforme al Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, no siendo el indicado el que se solicita y requiere en el apartado 10) del PCAP y PPT PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN, VALOR ESTIMADO, FORMA DE CÁLCULO Y JUSTIFICACIÓN. Convenio colectivo sectorial de aplicación: Sector de Ocio educativo y animación sociocultural, motivo por el cual, vuelve a ser difícil poder evaluar. Por el contrario, el documento justificativo de costes de personal presentado por AEBIA, acredita debidamente

desglosados, los salarios establecidos en el convenio colectivo de aplicación: “Sector de Ocio educativo y animación sociocultural”. (...)

3.- En el cuadro de costes presentado por la empresa COS en el mencionado apartado 19, entre otras cosas, no figura el número de empleados/trabajadores a los que se refiere, hace llamada al grupo profesional GRUPO C, NIVEL I con un salario convenio de 13.766,66 € cuando en el cuadro explicativo se insertan unos importes de salario y unos conceptos no claramente definidos, por ejemplo, figura un cuadro titulado: “FTE con dedicación” no entendiendo a que hace referencia. Por lo tanto, desde esta Unidad, vuelvo a insistir en la dificultad de poder valorar, de una manera objetiva y comparativa ambas ofertas”.

El 3 de marzo de 2021 la mesa de contratación insta subsanación a COS MANTENIMIENTO:

“Visto el informe emitido, la mesa de contratación acuerda por unanimidad que por el Área de Contratación se requiera a la empresa COS MANTENIMIENTO S.A. que subsane la documentación aportada para justificar el cumplimiento de las obligaciones laborales desglosando y detallando debidamente todos los costes de personal conforme convenio colectivo de aplicación”

El 15 de marzo COS presenta subsanación con los costes del Convenio Colectivo Consultoría y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública, *“el cual resulta aplicable a esta empresa”.*

Posteriormente se rectifica como se consigna arriba el informe técnico, admitiéndose la proposición de COS.

Contesta al recurso el órgano de contratación con remisión a la doctrina del Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 1464/2019 de 19 de diciembre de 2019. Esta resolución da primacía como convenio de aplicación al de empresa sobre el sectorial:

“En consecuencia, si bien resulta adecuado que, para calcular el precio, el órgano de contratación considere como costes salariales los establecidos en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación, por ser el referente ordinario en el sector (y así se recoge en el artículo 101 de la LCSP), la obligación que se impone al adjudicatario del contrato ha de ser la de cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo que resulte de aplicación.” (...)

En el mismo sentido argumenta COS añadiendo la Resolución nº 404/2020 de 19 de marzo. Afirma: *“COS MANTENIMIENTO S.A. no está incumpliendo los pliegos de la licitación por contar con un Convenio Colectivo aplicable diferente al que aparece en ellos, debido a que no se le puede exigir tener un Convenio Colectivo diferente al que le es de aplicación. En este sentido, la doctrina de los tribunales administrativos especializados en contratación pública vienen sosteniendo que hay que tener en cuenta el Convenio Colectivo que resulta aplicable a la empresa ya que, de lo contrario, nos encontraríamos en una situación que no resultaría compatible con nuestro derecho laboral y que castigaría injustificadamente a entidades del sector público”*

En ambas resoluciones del TACRC se da validez a la justificación de una baja temeraria con los salarios del convenio propio de empresa frente el convenio sectorial, que sirvió para formular los pliegos.

Tal y como afirma la Resolución 404/2020:

“En aplicación de dicha doctrina resulta que las entidades licitadoras pueden computar y justificar sus costes salariales atendiendo a un Convenio Colectivo de empresa, y ello pese a que el presupuesto de licitación se fije en atención al Convenio Colectivo Sectorial, con pleno respeto a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, plasmados en el artículo 132 de la LCSP”.

Esta doctrina no es de aplicación al recurso actual porque el convenio que pretende aplicar el adjudicatario no es el convenio de empresa sino un Convenio Sectorial y, en concreto, el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, que tiene poco que ver con el Convenio colectivo sectorial de aplicación, el Convenio del Sector de Ocio Educativo y Animación Sociocultural.

Tampoco son al caso las Resoluciones porque tratan de la justificación de una baja temeraria frente al precio de licitación, mientras la discusión ahora se centra en el cumplimiento del Pliego, que establece un convenio colectivo de aplicación, habiéndose formulado la oferta en base a un convenio distinto, y ratificada su aplicación en trámite de subsanación.

Además de tratarse de convenios de empresa, el ámbito funcional de los mismos es coherente con el objeto de los contratos considerados por el Tribunal Central.

El ámbito funcional del convenio colectivo de Empresas de Consultoría es el de *“todas las empresas consultoras de planificación, organización de empresas y contable, cuyas actividades de servicios de consultoría en selección y formación de recursos humanos, técnicas de organización y dirección de empresas, auditoría, y cualesquiera otras de orden similar, vinieran rigiéndose por el XVI Convenio de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable, al que sustituye íntegramente en dicho ámbito”* (Resolución de 22 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, BOE 6 de marzo de 2018).

Mientras el Convenio colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural (Resolución de 10 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo de publicación, BOE 22 de marzo) regula las relaciones

laborales *“en las empresas y/o entidades, privadas, dedicadas a la prestación de servicios de ocio educativo y animación sociocultural, dirigidas a la infancia y juventud, personas adultas y personas mayores. Las prestaciones de servicios reguladas en este convenio consisten en actividades complementarias a la educación formal con el objetivo de desarrollar hábitos y habilidades sociales como forma de educar integralmente a la persona, cuya actividad principal comprenda alguna de las siguientes actividades...”* (actividades entre las que se encuentra la que es objeto de esta licitación).

Este último no es solo el convenio aplicable según los pliegos, sino también en atención a las funciones a realizar por el personal que ejecutará el contrato, cláusula 2.2. del PPT (*“Personal adscrito a cada telecentro”*):

“Cada telecentro contará con personal suficiente tanto en número como en experiencia y formación para atender todas las actividades que en ellos se realicen. Se establece un mínimo de 1 persona por cada telecentro durante todo el horario de funcionamiento de éste.

Serán tareas propias del personal de telecentro las siguientes:

- *Apertura y cierre del telecentro. Custodia de todos los elementos del telecentro.*
- *Gestión de usuarios y carnés. Esto incluye la gestión de tiempos de acceso, préstamo de equipos y suministro de consumibles.*
- *Gestión de reclamaciones y sugerencias de los usuarios. Facilitar e informar sobre el acceso a plataforma de reclamaciones y sugerencias de web municipal.*
- *Gestión de averías.*
- *Atención a los usuarios, según perfiles.*
- *Formación a usuarios, según perfiles. Esto incluye también el seguimiento y gestión del desarrollo de los cursos.*
- *Elaboración, recopilación y comunicación de datos estadísticos sobre distintos aspectos del funcionamiento cotidiano del telecentro”.*

El principio de unidad de convenio por empresa (un convenio colectivo para todos los trabajadores de la empresa independientemente de su actividad) o la aplicación del convenio de la actividad principal de la empresa a todos los trabajadores, quiebra cuando se trata de actividades distintas sin conexión entre ellas. En el caso son actividades completamente diferentes, la consultoría y el servicio de telecentros, no existiendo una subordinación entre ellas, una actividad principal y otra accesoria. Al servicio de telecentros no les es de aplicación el convenio sectorial al que se acoge la empresa adjudicataria, sino el que señala el Pliego, su propio convenio sectorial. El convenio de aplicación al contrato es el convenio del sector del ocio y no el estatal de consultoría.

Esta diferenciación de convenios colectivos aplicables a los trabajadores de una misma empresa se rige por el principio de especialidad, según el cual cada actividad se rige por su propio convenio, el que corresponde a su ámbito (Sentencia Tribunal Supremo de 24 noviembre 2015. RJ 2015\6393, Sentencia de 18 septiembre 2013. RJ 2013\7237).

Conforme también el artículo 84.1 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre): *“Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente”*.

Y recoge el convenio del sector del ocio citado: *“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 83.2 y 84 del Estatuto de los Trabajadores, los supuestos de concurrencia entre los convenios de diferentes ámbitos deben resolverse en favor de la aplicación de las disposiciones recogidas en el convenio colectivo supraempresarial específico basándose en el denominado principio de especialidad...”* (artículo 7).

Y afirma también el artículo 41 del Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública.

Tanto en salarios como en categorías profesionales no existe correlación entre ambos convenios colectivos, vulnerándose la adecuación de la oferta al presupuesto al licitarse conforme a costes de un convenio inaplicable a la ejecución, y vulnerándose la obligación de vigilancia en fase de licitación del órgano de contratación sobre el cumplimiento de la sujeción a las normas convencionales aplicables (artículo 201.1 LCSP):

“Artículo 201. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral.

Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo”.

Además, se infringe el principio de vinculación positiva a los Pliegos y documentación contractual (artículos 139.1 LCSP) y de igualdad de trato y concurrencia (artículos 1 y 132 LCSP), pues el adjudicatario ha podido licitar y presentar un estudio de costes por un convenio diferente al aplicable a esta licitación.

Procede la estimación de este motivo de recurso.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Aebia Tecnología y Servicios S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 11 de mayo de 2021 del Ayuntamiento de Leganés de adjudicación a favor de Cos Mantenimiento, S.A del contrato relativo al “Servicio de telecentros municipales incluido el suministro en modalidad de arrendamiento, la instalación, puesta en marcha y mantenimiento” (Expte. nº 0429/2020), anulando la adjudicación con exclusión de Cos Mantenimiento SA, por incumplimiento de los Pliegos.

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.- Levantar la suspensión del procedimiento ex 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.