

Recurso nº 375/2022
Resolución nº 367/2022

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

En Madrid, a 15 de septiembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., contra la Orden 2295/2022, de 10 de agosto, de Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades por la que se adjudica el contrato de servicios para la “Atención educativa al alumnado con necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad auditiva, escolarizados en centros docentes sostenidos con fondos públicos, mediante la prestación del servicio por parte de intérpretes de lengua de signos española”, número de expediente A/SER- 010583/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 30 de junio de 2022, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 4 de julio en el DOUE y el 7 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 2.742.122,04 euros y su plazo de duración será de 12 meses con posibilidad de prórroga hasta un máximo de otros 12 meses.

A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas, la recurrente.

Segundo.- El 20 de julio de 2022, la Federación Regional de Enseñanza Comisiones Obreras de Madrid interpone recurso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, al considerar que los costes de personal son insuficientes, que es desestimado por este Tribunal mediante la Resolución 299/2022 de 4 de agosto de 2022.

Tramitado el procedimiento de licitación, mediante la Orden 2295/2022, de 10 de agosto, citada anteriormente, se adjudica el contrato a la entidad Al Alba Ese Granada Almería, S.L. (en adelante ALBA).

Tercero.- El 31 de agosto de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A. (en adelante EULEN), en el que solicita que se anule la adjudicación del contrato.

El 5 de septiembre de 2022, el órgano de contratación remitió el 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 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) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- 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 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 se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de agosto de 2022, publicado en 12 de agosto e

interpuesto el recurso el 31, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación, adoptado en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Manifiesta el recurrente que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en el apartado 26 de la cláusula 1ª: *“Información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores de la empresa que están prestando servicio en la actualidad: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación. El contratista asume la obligación de subrogar a los trabajadores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del vigente XV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE nº 159, de 4 de julio de 2019)”*.

Alega que de acuerdo con los datos existentes en la Memoria Económica los costes de personal ascienden a 1.224.244,44 euros, este importe dividido entre el número total de horas anuales estimadas en el Pliego (53.578 horas) suponen un coste-hora de 22,85 euros, a todas luces superior a los 21,87 euros ofrecidos por ALBA lo que arroja un índice del 4,29% de déficit, y un porcentaje del 14,54% inferior al precio de licitación, del todo insuficiente para cubrir los costes de personal.

Por otro lado, dado que el Contratista ha de asumir la obligación de subrogar a los trabajadores, en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerar igualmente los términos económicos de los Convenios Colectivos sectoriales de aplicación, por tanto para el cálculo de los costes económicos hay que tener en cuenta las subidas salariales experimentadas en dichos cuerpos normativos.

Así, tomando como referencia la Memoria Económica justificativa de la licitación correspondiente al Expt. A/SER-017247/2020 (doc. nº 4), los costes de personal reflejados eran de 1.190.243,91 euros, que entre el número de horas anuales estimadas (53.568), prácticamente idéntica a la contratación que nos ocupa, deriva en un coste - hora de personal de 22,22 euros, el cual ha de incrementarse para con la subida experimenta por los Convenios de aplicación relativos a la estructura de la plantilla objeto de subrogación:

CATEGORÍA	Incremento 2020	Incremento 2021	Incremento 2022	Porcentaje de Plantilla
Intérpretes Lengua de Signos	2%	0,96%		16,94%
Grupo III. Personal Técnico Nivel 1	7,5% desde 1 enero 2019 N1		5,5% del N2	15,00%
Grupo 1. Nivel II			3,10%	5%

Sobre el citado coste-hora de 22,22 euros debemos tener en cuenta las actualizaciones del Convenio Colectivo aplicable:

Nº Trabajadores afectados	Porcentaje Plantilla	Incremento Salarial	Observaciones
10	16,94%	2,96%	Tablas publicadas 7/marzo/2022 XV CC Gal. Centros y Serv. At.a personas con discapacidad (Años 2020 y 2021)
9	15%	5,50%	Efecto de aplicación N2
2	3%	7,50%	Efecto de aplicación N1
3	5%	3,10%	Grupo I Nivel II
42	65,06%	0%	Resto de plantilla sin tener en cuenta actualizaciones 2022
66	100%	1,71%	Subida Total plantilla

En consecuencia, aplicado el porcentaje de subido de 1,71% a la plantilla, obtenemos un coste-hora de personal de 22,60 euros superior en un 3,23% al importe propuesto por la adjudicataria por lo que la oferta no cubre los costes mínimos de personal.

Al respecto trae a colación el artículo 102.3 de la LCSP “Los órganos de

contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados. En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”.

Asimismo, cita diversa doctrina y jurisprudencia sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y recuerda el deber de los poderes adjudicadores dirigidos a que “(...) tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión”.

Por último, hace referencia a la renuncia del adjudicatario que tuvo lugar en la licitación anterior, Expt. A/SER-017247/2020. A su criterio dicha renuncia se fundamenta en que el precio/hora ofertado (22,59 euros sin IVA) no resultaba suficiente.

Ahora en la licitación que nos ocupa, sorprendentemente vemos que el importe ofrecido por la adjudicataria es incluso menor, 21,87 euros, lo que corrobora implícitamente las irregularidades existentes en la oferta planteada por la adjudicataria que han de suponer su exclusión.

Opone el órgano de contratación en relación con las alegaciones vertidas por el recurrente sobre la insuficiencia de la oferta, que la Memoria Económica justificativa

del Presupuesto consta:

- Costes salariales según convenio: 739.550,00 €
- Costes de consolidados del personal a subrogar: 84.489,61 €
- Otros costes de personal (11%): 92.997,42 €
- Total costes salariales: 917.037,03 €
- Seguridad Social (33,5%): 307.207,41 €
- Total costes personal: 1.224.244,44 €
- Gastos generales y beneficio industrial (12%): 146.909,33 €

La suma de todo ello supone una base imponible de licitación total de 1.371.153,77 euros (IVA excluido).

Tal y como se recoge expresamente en la Memoria Económica justificativa del Presupuesto, el apartado “*Otros costes de personal*” suponen “(...) *aproximadamente un 11% de los otros costes de personal (...)*”, teniendo cabida dentro del mismo los siguientes conceptos:

- Un 6% estimado por absentismo, horas sindicales, permisos retribuidos.
- Aproximadamente un 2% en concepto de formación.
- Antigüedad estimada en un 1,5% el incremento medio anual correspondiente a los nuevos trienios que se puedan ir cumpliendo.
- Vacaciones: Estimadas en 1,5%.

Con esto se quiere decir, que el importe del concepto “*Otros gastos de personal*”, se ha calculado de manera estimativa, pudiendo por tanto las empresas licitadoras adaptar sus ofertas económicas dentro del arco porcentual que figura en el desglose transcrito, al no ser estas unas cantidades fijas y definitivas.

Pero además y al margen de lo argumentado, las licitadoras pueden reflejar en

sus ofertas ciertos beneficios de los que dispongan atendiendo a su naturaleza mercantil o circunstancias económicas, que no tienen por qué ser conocidos por la Mesa de contratación y, en su caso por el Órgano de contratación.

Estas circunstancias solo deberían ser puestas en conocimiento de la Administración, cuando tras incurrir su oferta en valores anormales, se le requiriera para que presentara un desglose de la misma con el fin de justificar su viabilidad, circunstancia que no es aplicable al presente caso, pues la oferta de adjudicataria no está incurso en presunción de anormalidad.

En definitiva, el simple hecho de que el cálculo resultante de multiplicar el importe de la oferta presentada por ALBA (21,87 euros) por el número de horas estimadas de prestación del servicio (53.578 horas) no alcance el total de costes de personal recogidos en la Memoria Económica, así como en el correspondiente Pliego de Clausulas Administrativas, no implica por sí mismo, un incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones laborales y salariales, ya que puede disponer de otros medios y/o beneficios para hacer frente a los mismos.

En defensa de sus pretensiones cita entre otras la Resolución 585/2017, en la cual se hace referencia a la *Directiva 2014/24/UE*, también aludida por el recurrente, se establece expresamente que “(...) el órgano de contratación no tiene la obligación de comprobar el cumplimiento de la legislación laboral en el ámbito de los costes salariales ni rechazar una proposición o impedir la adjudicación del contrato a favor de un licitador por la única causa de su hipotético incumplimiento, planteamiento compartido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en reiterados informes, entre ellos el 34/01, que expone que “la circunstancia de que una proposición económica en un concurso sea inferior a la cantidad resultante de aplicar el coste hora fijado en el Convenio colectivo del sector no impide la adjudicación del contrato en favor de dicha proposición económica (...)”.

Igualmente, y en relación al 12% previsto en concepto de Gastos Generales y Beneficio Industrial, debe decirse que es perfectamente legal que las licitadoras calculen sus ofertas, reduciendo dicho porcentaje, de manera que puedan hacer frente a sus obligaciones laborales frente a los trabajadores, a costa de percibir un mínimo o escaso margen de beneficio industrial.

Es por ello por lo que en todos los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, y por tanto en el regulador del presente contrato también, se incluye una cláusula (concretamente la 35), en la que se recoge expresamente las siguientes obligaciones *laborales, sociales y medioambientales* para el contratista:

“Cláusula 35: Durante la ejecución del contrato, el contratista ha de cumplir 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 de la LCSP, así como al cumplimiento de la normativa vigente en materia laboral, de seguridad social, de integración social de personas con discapacidad y de prevención de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales, Real Decreto 171/2004, de 30 enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de dicha Ley en materia de coordinación de actividades empresariales, en el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, así como las que se promulguen durante la ejecución del contrato”.

En el modelo de proposición económica que figura como anexo I.1 al presente pliego se hará manifestación expresa de que se han tenido en cuenta en sus ofertas tales obligaciones. *“El contratista deberá respetar las condiciones laborales previstas en los Convenios Colectivos sectoriales que les sean de aplicación. Igualmente, se compromete a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación, si es requerido para ello, en cualquier momento durante la vigencia del contrato”.*

Por lo que se refiere a la última alegación del recurrente sobre la renuncia de ALBA en un proceso de licitación anterior, adjunta un escrito del representante de la empresa en donde se indicaba el motivo de la renuncia que nada tiene que ver con la insuficiencia de la oferta. En cualquier caso son dos procedimientos distintos que no pueden condicionar la decisión del órgano de contratación.

Por su parte el adjudicatario alega que tomo como referencia para el cálculo de los gastos de personal los datos aportados por EULEN del personal a subrogar.

La suma de costes de este personal de obligada subrogación es de 796.996,40 euros Salarios brutos, más el 33% Seguridad social de Empresa supone 1.063.990,19 euros, si esto lo dividimos entre 53.578 horas el coste hora del personal es de 19,86 euros este servicio no tiene muchos más gastos, que el del absentismo, con lo que consideramos que con nuestra oferta de 21,87 euros hay margen para no entrar en pérdidas.

Manifiesta que en la relación de trabajadores hay una serie de errores que a modo de ejemplo señala en rojo, referido al personal con contratos por obra y servicios que son contradictorios, todos los trabajadores/as se les pone el mismo salario, cuando tienen contratos de duración distinta, datos que a su juicio son erróneos por encima de lo que corresponde. Con lo que probablemente el costo del personal sea menor. Añade que lo habitual es identificar el personal a subrogar con siglas, sobre todo al personal de obra y servicios, sino se podría poner contratos que no existen realmente.

En cuanto a la renuncia de la licitación anterior a que se refiere el recurrente aporta el documento de renuncia que nada tiene que ver con que la oferta económica fuera insuficiente.

Vistas las alegaciones de las partes, este Tribunal no puede más que acoger

las alegaciones del órgano de contratación pues considerando que la oferta del adjudicatario no está incurso en temeridad no se puede desplegar el procedimiento previsto en el artículo 149.4 de la LCSP para que justifique la viabilidad de su oferta.

Por ello, es muy simplista alegar que el cálculo resultante de multiplicar el importe de la oferta presentada por ALBA (21,87 euros) por el número de horas estimadas de prestación del servicio (53.578 horas) no alcance el total de costes de personal recogidos en la Memoria Económica, circunstancia que no acredita nada, pues existen distintos condicionantes que pueden permitir esa oferta, como por ejemplo un menor margen de beneficio empresarial.

Al respecto es preciso recordar que nos encontramos en un contrato donde existe la obligación de subrogar al personal y que es doctrina consolidada que corresponde al adjudicatario gestionar la subrogación de estos trabajadores, bien continuando en la prestación del servicio, incorporándolos a su plantilla o adoptando cualquier otra decisión procedente en Derecho, siendo este un tema ajeno ya al procedimiento de licitación.

En segundo lugar, el recurrente pretende justificar la insuficiencia de la oferta para cubrir los costes salariales partiendo de los costes de una licitación anterior, del mismo contrato del año 2020, y aplicando los correspondientes incrementos anuales. Lógicamente dichos cálculos no pueden tener ninguna incidencia en la presente licitación pues son dos procedimientos distintos con sus propios pliegos.

Igual hay que decir sobre la renuncia de ALBA a la adjudicación del contrato del año del 2020 que nada tiene que ver con la insuficiencia de la oferta.

De acuerdo con lo expuesto, se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 legal de Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A., contra la Orden 2295/2022, de 10 de agosto, de Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades por la que se adjudica el contrato de servicios para la “Atención educativa al alumnado con necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad auditiva, escolarizados en centros docentes sostenidos con fondos públicos, mediante la prestación del servicio por parte de intérpretes de lengua de signos española”, número de expediente A/SER- 010583/2022.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática 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.