

Recurso nº 456/2024

Resolución nº 451/2024

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

En Madrid, a 28 de noviembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de SERVACE, S.L. contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de "Servicio de control de accesos y servicios auxiliares en dependencias municipales del ayuntamiento de Las Rozas de Madrid", Expediente: 50909/2024, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE con fechas, respectivamente, 20 y 22 de octubre de 2024, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 3.651.465,50 euros, con un plazo de ejecución de un año.

Segundo. – El 11 de noviembre de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la recurrente contra los pliegos del contrato de referencia.

Tercero. - El 22 de noviembre 2024, 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 transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto. - El procedimiento de licitación se encuentra suspendido por Acuerdo de este Tribunal de 18 de noviembre de 2024.

Quinto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. – El recurso ha sido interpuesto por persona potencial licitadora por su objeto social, pero que no presenta proposición.

Procede analizar la legitimación de la recurrente para presentar recurso.

El recurso se fundamenta en dos motivos: a) La falta de adecuación del presupuesto de licitación a las previsiones del convenio colectivo de aplicación, que constituye un elemento esencial para toda licitación en orden a garantizar que las ofertas sean viables y pueda darse debido cumplimiento al objeto del contrato administrativo y b) Incluir entre las actividades del contrato las relativas a “verificación de la identidad” y “la preservación de intrusos” en los recintos incluidos en el contrato dado que excede de las fijadas en el convenio colectivo de aplicación.

Este Tribunal tiene acordado como criterio interpretativo de la legitimación del recurrente no licitador el análisis exclusivamente del perjuicio que le causen las cláusulas de los pliegos de condiciones al recurrente, sin atender a la presentación o no de proposición.

Dicho criterio se basa fundamentalmente en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 28/11/2018, asunto C-328/17, ECLI:EU:C:2018:958) que se enmarca en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, sobre el procedimiento de recurso en contratación pública, que señala que “Los Estados miembros velarán porque, con arreglo a modalidades detalladas que ellos mismos podrán determinar, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”.

La propia jurisprudencia citada del TJUE entiende legitimado al operador económico que no ha presentado oferta si impugna cláusulas de los pliegos que le impiden dicha presentación incluyendo no solo las condiciones de solvencia de la empresa o aptitudes para contratar, sino también aquellas cláusulas que le impidan presentar una oferta viable y justificada.

Estas circunstancias se aprecian para el primer motivo del recurso.

Como señalábamos en nuestra Resolución 38/2024, de 1 de febrero “*Se entiende que concurre esta circunstancia si impugna el presupuesto, pues no parece*

razonable exigir obligar a someterse a un presupuesto que se alega no viable como condición necesaria para poder recurrir, que es lo que ocurre si el recurso es desestimado y ha licitado, no pudiendo retirarse del procedimiento sin pérdida de garantía provisional o penalización”.

Las circunstancias señaladas, sin embargo, no se dan en el segundo motivo del recurso, ya que en nada le impide o dificulta para presentar su proposición.

Por todo ello consideramos que en este concreto caso para el primer motivo del recurso, el recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP está legitimado para la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y pliegos de condiciones al considerar que sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por la resolución del recurso y que le han podido impedir la presentación de oferta.

No se aprecia legitimación para el segundo motivo, por lo que se inadmiten conforme a lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP.

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso se interpuso contra los pliegos 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.a) de la LCSP.

Cuarto. – Los pliegos fueron publicados el 20 de octubre de 2024, presentándose el recurso el día 11 de noviembre, del mismo mes, dentro del plazo previsto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto. – El recurso se fundamenta en dos motivos: el cálculo económico efectuado para fijar el presupuesto de la licitación no se encuentra ajustado al convenio colectivo aplicable ni recoge los costes efectivos de cotización a la Seguridad Social

y en que las funciones que se pretende que sean desarrolladas por el personal de la adjudicataria exceden las propias del personal auxiliar de control de accesos.

En cuanto al primer motivo, alega que la adecuación del presupuesto de licitación a las previsiones del convenio colectivo de aplicación, constituye un elemento esencial para toda licitación en orden a garantizar que las ofertas sean viables y pueda darse debido cumplimiento al objeto del contrato administrativo, conforme a la previsión del artículo 100 de la LCSP.

A este respecto, en los pliegos de la licitación objeto del presente recurso se hace referencia al “*Convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, control de accesos y comprobación de instalaciones*”, recogiéndose lo siguiente en los PCAP, página 3: “*El número de horas que se puede realizar por cada trabajador en base al convenio colectivo vigente, de empresas de servicios auxiliares de información, recepción y control de accesos, que son 1.804 horas...*”, sin embargo, pese a lo que se señala en el PCAP, para la determinación de la partida base de esta licitación no se ha tenido realmente en cuenta el contenido del II Convenio colectivo de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (Resolución de 19 de marzo de 2024, de la Dirección General de Trabajo por la que se acuerda el registro y publicación de dicho convenio, BOE del 30/03/2024).

Así, la duración inicial del contrato objeto de la licitación sería de un año y prorrogable hasta alcanzar una duración máxima de hasta 5 años. Y si bien la fecha de inicio del servicio por adjudicatario no está especificada en pliego, por la distribución de gastos por anualidades y las fechas que se inicia la presente licitación, razonablemente se estima que se dé comienzo a los servicios el 1 de enero de 2025.

A su juicio, para el cálculo económico no se han tenido en cuenta los costes salariales reales fijados por convenio para los años 2025 y 2026 que ya están previstos en el citado Convenio, ni tampoco la reducción de jornada anual de trabajo

que se establece en dicho Convenio para los próximos 2 años, ni, finalmente, los sobrecostes de pluses asociados a la prestación del servicio (plus de nocturnidad, plus de fin de semana y festivos y plus de navidad y año nuevo).

El artículo 27 del Convenio colectivo establece que, partir de la fecha de firma del convenio, y hasta el 31 de diciembre de 2024, la jornada será de 1.804 horas/año en cómputo anual, a razón de 164 horas mensuales, quedando fijada en 1.793 horas/año en cómputo anual, a razón de 163 horas mensuales, desde el 1 de enero de 2025, y desde el 1 de enero de 2026 la jornada será de 1.782 horas/año en cómputo anual, a razón de 162 horas mensuales. Pese a lo anterior, en el PCAP se indica que el cálculo está en función de lo previsto en el Convenio, pero solo se hace mención la jornada 1.804 horas anuales.

Respecto de las retribuciones del personal que ha desarrollar el servicio, aunque el contrato está contemplado por una duración inicial de un año, vista la obligación de prórrogas establecida en el PCAP, al amparo de la LCSP, necesariamente tendría que haberse previsto el incremento de pluses variables y del salario base contemplado en el convenio para 2025 y 2026. Sin embargo, en la retribución anual de los trabajadores no están incluidos ninguna de los pluses variables (plus de nocturnidad, plus de fin de semana y festivos y plus de navidad y año nuevo) cuando basta observar los servicios previstos en el pliego de prescripciones técnicas para verificar que hay prestación de servicios nocturnos, en fin de semana, el día de Navidad y el día de Año Nuevo en buen parte de ellos.

Finalmente, respecto de las retribuciones, solo cabe acudir a las previsiones contenidas en el Convenio para los años 2025 y 2026.

Por otro lado, para el cálculo del coste de la cotización a la Seguridad Social que se ha contemplado para determinar el presupuesto de licitación se ha aplicado un 31 % sobre la masa salarial, según se indica en el PCAP (página 3): “*A esta cantidad reseñada, debemos añadir en concepto de gastos salariales el 31 % en*

concepto de seguridad social que debe abonar la empresa 114.676,04 euros Lo que supone un gasto 484.598,76 (una media de 23.076,13 euros por trabajador)".

Sin embargo, se desconoce cómo se ha fijado ese porcentaje porque, ciertamente, el legalmente aplicable para 2024 y desde 2025 a 2029 es bastante superior y, concretamente y sin otras potenciales subidas más allá del incremento previsto por la cotización por el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) establecido por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, el coste efectivo a cargo de la empresa es superior.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la duración del contrato es de 1 año, prorrogable hasta alcanzar un máximo de 5 años. Esto supone que las previsiones de costes salariales han de fijarse para la duración prevista del contrato, es decir, 1 año y no 3 como indica el recurrente. Por lo tanto, las reducciones de jornada laboral previstas para los años posteriores no operan al objeto de considerar su incidencia en el presupuesto base de licitación.

Además de ello, la reducción prevista para el año 2025, único que habría que considerar, es de 11 horas sobre un total de 1.804, es decir pasan a 1.793. En términos porcentuales la reducción de jornada es del 0,61 %.

La incidencia de los pluses de nocturnidad, fines de semana y festivos, navidad y año nuevo, es de 0,75 €/hora nocturna; 0,21 €/hora en sábados, domingos y festivos; y 53,56 € por compensación por el trabajo durante las noches de nochebuena y nochevieja.

De acuerdo con las necesidades del contrato, las horas nocturnas son 10.113 horas/año, lo que se traduce en 7.584,75 €/año; en sábados, domingos y festivos 19.210 horas/año, lo que se traduce en 4.034,10 € y nochebuena y nochevieja en 6 centros, lo que supone 642,72 €. Por lo que el coste salarial por todos estos conceptos es de 12.261,57 €, a los que se incrementarían los costes sociales

(32,62% indicado por el recurrente para el año 2025), resultando un coste de 16.261,29 €.

En resumen, las cantidades que alega el recurrente como no incluidas en el cálculo efectuado para determinar el presupuesto base de licitación para el ejercicio 2025 (único que comprende el contrato), son los siguientes:

- Diferencias por horas nocturnas, fines de semana, nochebuena y nochevieja, incluidos costes sociales: 16.261,29 €.
- Diferencia por costes sociales (entre el 31% indicado en el PCAP y el 32,62% indicado por el recurrente) 5.992,75 €.
- Total: 22.254,02 €.

El cálculo del presupuesto base de licitación se ha efectuado tomando como base la cantidad de 23.176,13 € (incluidos costes sociales) según indica el propio recurrente. Si se detraen de dicha cantidad los costes sociales fijados en el 31 %, dicha cantidad queda reducida a la cifra de 17.615,37 €, cantidad superior en un 6,08 % a la fijada en el convenio colectivo, ya que dicho convenio fija el salario de un auxiliar de servicios para el año 2025 en 16.544,50 €. En concreto, el presupuesto base de licitación se ha calculado tomando como base una retribución superior en 1.070,87 € a la fijada por convenio. Como se han calculado un total de 21 trabajadores a subrogar, la cantidad considera en el presupuesto base de licitación, superior a la prevista en el convenio, es de 22.488,77 euros.

Ello, sin considerar que, entre los conceptos incluidos en el apartado de gastos generales, consta una cantidad de 79.799,91 euros que absorbería con creces, una desviación como la indicada en el recurso, en el caso de que se hubiese producido.

Vistas las alegaciones de las partes, procede traer a colación lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP establece: “*En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a*

los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia".

Por su parte, el artículo 101.2 c) de la LCSP dispone que: "*En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.*"

Por último, el artículo 102.3 de la LCSP establece lo siguiente: "*3. 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".

En el informe justificativo del precio del contrato que consta en el expediente de contratación dice: "*El desglose del presupuesto base de licitación es el siguiente (incluir gastos generales y beneficio industrial):*

El desglose del presupuesto base de licitación es el siguiente: Partimos de los gastos necesarios de contabilizar para la ejecución del contrato, y por ello valoramos la retribución de los trabajadores existentes y con derecho a subrogación que según el listado de la empresa actual, a fecha de 9 de julio de 2024 asciende a la cuantía de 369.922,72 euros por el cálculo de los 21 trabajadores a subrogar (se adjunta listado emitido por la empresa) A esta cantidad reseñada, debemos añadir en concepto de gastos salariales el 31 % en concepto de seguridad social que debe abonar la empresa 114.676,04 euros Lo que supone un gasto 484.598,76 (una media de 23.076,13 euros por trabajador).

El número de horas que se puede realizar por cada trabajador en base al convenio colectivo vigente, de empresas de servicios auxiliares de información, recepción y control de accesos, que son 1.804 horas, por ello que para cubrir el servicio, sería necesario un total de 26.03 trabajadores que supone un aumento de económico de 116.072, 03 euros (5.03 trabajadores x23.076,13) Ello supone una cuantía total de 600.671,69 euros. Asimismo, se prevé una cuantía de 13.020 en concepto de vestuario de los trabajadores en base a la uniformidad requerida en el pliego técnico.

Por tanto, se fija una cuantía de 613.691,69 euros como coste de servicio. A ello le adicionamos una cuantía del 6% en concepto de beneficio industrial 36.821,50 euros. Asimismo, 13% de gastos generales que supone una cuantía de 79.779,91 euros. Por lo tanto, partiendo de los conceptos reseñados resulta que el presupuesto de licitación, asciende a 730.293,10 (más 21% de IVA).

De lo anterior resulta que el presupuesto base de licitación por un año de duración del contrato, asciende a 883.654,65 €€ (IVA incluido) y 730.293,1 € (IVA excluido).

La distribución de anualidades del presupuesto base de licitación prevista es la siguiente: 883.654,65 para el año 2024, a contar desde enero”.

En primer lugar, hay que señalar que este Tribunal, como ha señalado en numerosas resoluciones, carece de competencias para determinar el convenio colectivo aplicable y para enjuiciar la correcta aplicación del mismo, al corresponderle dicha función al orden jurisdiccional de lo social. Por tanto, no se trata de enjuiciar la correcta aplicación de sus cláusulas, sino de dilucidar si la recurrente acredita la insuficiente dotación presupuestaria del contrato de modo que lo haga inviable.

Pues bien, las alegaciones de la recurrente se refieren a posibles incumplimientos puntuales del convenio colectivo, que, como hemos dicho, no van a ser enjuiciados en la presente resolución, pero no se acredita la inviabilidad financiera del presente contrato.

El criterio de este Tribunal es coincidente con la doctrina mantenida por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi en su Resolución 32/2022, de 14 de febrero, donde dice: “*1. El OARC ha venido señalando que el poder adjudicador dispone de un margen de discrecionalidad para determinar el PBL o el precio del contrato, y que corresponde a quien impugna dicha determinación la carga de probar que, bajo las condiciones económicas propuestas no cabe esperar una concurrencia suficiente y no está garantizada la viabilidad de la correcta ejecución del contrato.*

2. En el caso analizado, el poder adjudicador ha expresado en el apartado 6 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) el desglose del PBL y los criterios seguidos para su determinación. Por lo que se refiere a los costes de personal, señala que se parte de los datos facilitados por el actual contratista y el Convenio Colectivo vigente, añadiendo el personal necesario para servicios adicionales y teniendo en cuenta factores como las sustituciones por vacaciones o el índice de absentismo previsible.

3. El recurrente no acredita, ni el Órgano observa, ninguna infracción de los límites del ejercicio de la discrecionalidad técnica que permita poner en duda la

viabilidad del procedimiento de adjudicación o de la ejecución de la prestación contractual, y mucho menos que haga suponer razonablemente que vaya a incumplirse ningún convenio colectivo o norma social o laboral”.

Así mismo, el TACRC en su Resolución 1187/2024, de 6 de octubre manifiesta “*(...) Este Tribunal ha declarado que la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras). En la primera de dichas resoluciones, con cita de la resolución 358/2015 decíamos a este respecto que ‘...al tratarse de criterios netamente técnicos gozarían de una discrecionalidad, propia de las valoraciones técnicas de los órganos de contratación, en tanto no quede completamente acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación’.*

Hay que tener en cuenta que, en el presupuesto de licitación, además de los costes salariales, que según el órgano de contratación superan para el año 2025 a los previstos en convenio, se recogen partidas referidas a gastos generales, un 13 %, 79.779,91 euros y beneficio industrial, un 6 %, 36.821,50 euros, que permiten absorber, en su caso, las posibles insuficiencias de otras partidas presupuestaria.

Finalmente, procede destacar que a la presente licitación se han presentado ocho empresas, lo que indiciariamente, hace suponer la suficiencia presupuestaria de la que está dotado el contrato.

Por todo lo anterior, procede la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 SERVACE, S.L. contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de "Servicio de control de accesos y servicios auxiliares en dependencias municipales del ayuntamiento de Las Rozas de Madrid", Expediente: 50909/2024.

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 acordada por este Tribunal el 18 de noviembre de 2024.

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.