

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

En Madrid, a 11 de enero de 2024.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente al expediente número A/SER-028358/2023, relativo a la contratación del “Servicio de mantenimiento integral de las dependencias e instalaciones de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** - Con fecha 7 de diciembre de 2023, se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de litación, el 6 de diciembre en el DOUE y el 14 de diciembre en el BOCM.

El valor estimado asciende a 5.120.499,48 euros.

La duración del contrato son dos años, con posibilidad de prórroga hasta cinco.

Se presentan las siguientes ofertas, según certifica el órgano de contratación el 9 de enero:

Nº	EMPRESA
1	ACSA, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A.
2	GREMOBA S.L.
3	AVIO SOLUCIONES INTEGRADAS S.A.
4	GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, SL
5	COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.

**Segundo.** - En fecha 28 de diciembre, se presenta recurso especial en materia de contratación contra la cláusula 1 sobre presupuesto de licitación, instando la anulación de los Pliegos y la consiguiente licitación.

**Tercero.** - El 5 de enero de 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).

## 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 potencial licitadora por su objeto social, *“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).

Afirma está legitimada porque tiene intención de presentar proposición, a lo que cabe añadir que los motivos esgrimidos atañen a todos los licitadores, obteniendo un beneficio futuro de su eventual estimación. Dice: *“Se interpone por persona legítima de conformidad con lo dispuesto en el art. 48 de la LCSP, en cuanto FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A. tiene intención de licitar en el referido procedimiento”*

Finalmente, no presenta proposición.

Tal y como expone el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi en la Resolución 192/2023 de 8 de noviembre:

*“La legitimación activa para la interposición del recurso requiere de una conexión entre la pretensión y la satisfacción de derechos o intereses legítimos propios de la esfera jurídica del recurrente si dicha pretensión es estimada. Este derecho o interés no tiene por qué tener necesariamente contenido patrimonial pero sí debe ser distinto de la satisfacción moral o del mero interés en el cumplimiento de la legalidad (ver, por todas, las Resoluciones 23/2019 y 186/2021 del OARC / KEAO).*

*d) La amplísima descripción de la legitimación expresada en los apartados b) y c) anteriores incluyen también al operador económico cuyo interés radica en conseguir una licitación regida por unos pliegos que le permitan el acceso a la licitación o la presentación de una proposición con mayores posibilidades de obtener la adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 47/2023 del OARC / KEAO).*

*e) Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece que es admisible considerar que carece de legitimación activa para interponer el recurso especial contra los pliegos quien no ha presentado una oferta a la licitación correspondiente (ver, por ejemplo, la STJUE de 28/11/2018, asunto C-328/17, ECLI: EU:C:2018:958, en especial los*

*apartados 43 a 58). No obstante, dicha jurisprudencia 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 por que, 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.” Sin embargo, la legitimación descrita en el artículo 48 LCSP es mucho más amplia que el mínimo fijado en la Directiva: no solo no exige expresamente la presentación de una oferta para acreditar la legitimación activa para impugnar los pliegos (ver el artículo 51.1.a) último párrafo de la LCSP), sino que ni siquiera reserva en exclusiva el recurso especial a los operadores económicos; de hecho, reconoce la legitimación de personas jurídicas distintas de ellos, con cita 4/39 concreta (pero no exhaustiva ni excluyente) de los sindicatos y asociaciones empresariales.*

*f) Finalmente, debe señalarse que incluso la propia jurisprudencia del TJUE antes citada entiende legitimado al operador económico que no ha presentado oferta si impugna cláusulas de los pliegos que le impiden dicha presentación (ver, por ejemplo, los apartados 47 y siguientes de la STJUE citada en la letra e) anterior). En este caso, se observa que, al menos, la alegación de la insuficiencia del Presupuesto Base de Licitación (PBL) que se detalla en el apartado e 2) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución satisface este requisito, pues no parece razonable exigir a una empresa que presente una proposición a un contrato que considera falto de rentabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que este Órgano ha considerado como un indicio muy relevante en contra de este tipo de impugnaciones que, en contradicción con el motivo de recurso, el recurrente ya haya presentado su propia oferta (ver, por ejemplo, las Resoluciones 64/2013 y 64/2017 del OARC / KEAO)”*

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.** - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado fue publicado el día 7 de diciembre de 2023, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 28 de diciembre de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.** - 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.b) y 2. a) de la LCSP.

**Quinto.** - En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega que los Pliegos vulneran los artículos 100.2, 101.2, 102.3, y 201 de la LCSP.

Establece el artículo 100.2 de la LCSP, respecto al presupuesto base de licitación que *“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”*.

En cuanto al valor estimado, establece el artículo 101.2 de la LCSP que *“En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”*.

En el mismo sentido, señala el artículo 102.3 de la LCSP que *“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”*.

Y en relación con la ejecución del contrato, señala la especial obligación que impone a los órganos de contratación el artículo 201 de la LCSP: *“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.*

*El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192”*.

A este respecto se cita la doctrina de los Tribunales de Contratación sobre la incidencia de los convenios colectivos en los presupuestos de licitación.

A juicio del recurrente esta normativa y doctrina se ve vulnerada por diversas omisiones en la elaboración del presupuesto de esta licitación.

En primer lugar, se afirma que el presupuesto no contempla el complemento diario por “carencia de incentivos” recogido en el convenio colectivo aplicable del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (BOCM 26/10/21) y tabla de salarios en BOCM de 13 de marzo de 2021.

El órgano de contratación se remite al informe que se acompaña de la unidad promotora del expediente, la cual afirma que este complemento responde a la no implementación por parte de la empresa de sistemas retributivos con incentivos, por lo que incluirlo supondría una especulación que no tiene por qué producirse en las empresas que opten a la licitación.

Se comprueba por este Tribunal que el concepto retributivo referido no es de general aplicación, solo a las empresas cuyos operarios no trabajen con sistema de incentivos (artículo 17 convenio colectivo) por lo que su inclusión en el presupuesto para todos los licitadores favorecería a las empresas en las que no se devengue este concepto retributivo.

Por otro lado, este concepto retributivo solo se recoge para las categorías laborales 5 y 7, operaria/o y operaria/o auxiliar, tal y como figura en los anexos del convenio colectivo y de la tabla salarial para 2023, y no para todas las categorías.

Procede la desestimación de este motivo.

En segundo lugar, afirma el recurrente que se ha incumplido el artículo 29 del convenio colectivo y el acuerdo primero de las tablas salariales para 2023. Este convenio prescribe un incremento salarial en 2023 del 2% y una actualización sobre los datos de fin de año en el caso que el incremento del IPC exceda de ese porcentaje. Dice el artículo 29:

*“En el caso de que el IPC real publicado por el Instituto Nacional de Estadística para el año 2023 se situara en un nivel superior al 2 % en el año 2023, se efectuará, a 31 de diciembre, una actualización salarial del 50 % de la diferencia del incremento del IPC real sobre el incremento pactado de las tablas salariales del Convenio para 2023, siempre sin carácter retroactivo. En caso de que el IPC real sea inferior al incremento pactado no operará actualización salarial negativa “*

Según el recurrente, *“si bien, a fecha de hoy, se desconoce el incremento que pueda sufrir el IPC a fecha 31 de diciembre de 2023, sí conocemos el de noviembre 2023 que fue 3,2%, por lo que, si se mantuviera dicho diferencial, según el convenio se deberá llevar a cabo una actualización salarial del 50 % de la diferencia del incremento del IPC real sobre el incremento pactado de las tablas salariales del Convenio para 2023, siempre sin carácter retroactivo”.*

Contesta el órgano de contratación que la elaboración de los Pliegos se ha realizado varios meses antes de la convocatoria y se han tenido en cuenta los costes salariales vigentes en ese momento, no siendo posible aventurar la evolución del IPC posterior.

A juicio de este Tribunal los costes salariales a tener en cuenta son los vigentes en el momento de elaborar el presupuesto, tal y como recoge el artículo 100.2 de la LCSP: *“en el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado”.* Los costes laborales vienen determinados por las tablas salariales entonces vigentes: Resolución de 25 de febrero de 2023, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, sobre registro, depósito y publicación de la revisión salarial 2023 del convenio colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid, suscrito por la comisión negociadora, BOCM 13 de marzo de 2023. Obviamente cuando se



elaboran los Pliegos es desconocida la evolución del IPC seis meses después, y es desconocida todavía hoy, cuando el diferencial se data a 31 de diciembre de 2023.

Procede desestimar este motivo.

Se alega también por el recurrente que no se prevén incrementos salariales en el presupuesto de años sucesivos, *“ya que, adicionalmente, es de prever que durante periodo contractual correspondiente a los años 2024, 2025 y 2026 los costes salariales sufran sustanciales incrementos”*, a lo que contesta el órgano de contratación que se tienen en cuenta los costes del convenio colectivo vigente en el momento de elaboración de los Pliegos.

Comprueba este Tribunal que las normas convencionales no contienen previsión más allá de 2023. Sobre la aplicación en el presupuesto de incrementos salariales futuribles o meramente hipotéticos en el presupuesto del contrato, los Tribunales de contratación se han pronunciado en contra de su obligatoriedad. Así en Resolución 402/2022 de 27 de octubre del TACPM:

*“Por último en relación con la actualización salarial debemos entender tal y como ha manifestado el órgano de contratación que los costes del año 2022 han sido incrementados en un 2% para todos los lotes y centros, independientemente de la aplicación del convenio sectorial o del convenio de centro de trabajo que se aplique.*

*Dotar de mayores previsiones, concretamente en el personal estatutario, es imprevisible.*

*Si bien es cierto que, con la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo sectorial, estas actualizaciones han sido conocidas por los interesados con anterioridad a formular su oferta y admitido por los licitadores bajo el principio de riesgo y ventura en la contratación”*

En el caso presente, se presentan cinco licitadores con esas condiciones económicas.

Del mismo Tribunal en Resolución nº 457/2022 de 1 de diciembre:

*“En un contrato de una duración máxima de 5 años, la evolución futura del IPC y del PIB es imprevisible, existiendo margen en otras partidas para cubrir eventuales incrementos. Por poner un ejemplo, ahora mismo la previsión de crecimiento del PIB sólo para 2023 es muy distinta según la fuente: Gobierno de España, Banco de España, OCDE, FMI, Comisión Europea, etc. va del 2,1% a 1 %.”*

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la resolución de 966/2023 de 20 de julio de 2023:

*“En segundo lugar, denuncia la recurrente que el contrato no haya tenido en cuenta la actualización de los salarios para los años 2024 y 2025.*

*Afirma la recurrente que “ya se ha firmado (si bien, no publicado al momento actual) el VIII (Convenio colectivo del sector) con los incrementos de costes que el mismo recoge. Este motivo de recurso también debe ser desestimado.*

*El artículo 100.2 de la LCSP establece que el presupuesto base de licitación debe ser adecuado a los precios del mercado “en el momento de elaborarlo”. Por tanto, las subidas salariales que todavía no estén publicadas en el momento de la elaboración de los pliegos, no tienen por qué ser tenidas en cuenta en la determinación del presupuesto base de licitación”.*

Por otro lado, la normativa de contratación solo prevé la aplicación de los costes laborales previstos en el convenio colectivo de referencia, tal y como pone de

manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en expediente 35/2019:

*“Si, a la vista de los artículos 100.2, 101.2 y 102.3 de la LCSP, en el cálculo del precio del contrato y de su presupuesto anual, así como a la hora de determinar el valor estimado del mismo en contratos de carácter plurianual, se debe tener en cuenta el impacto derivado de los incrementos salariales previstos o que se prevean en el convenio colectivo de aplicación para todo el periodo máximo de duración del contrato, incluidas sus prórrogas:*

*Los artículos citados en la consulta se refieren respectivamente al cálculo del presupuesto base de licitación, del valor estimado y del precio del contrato. Todos ellos se remiten a los convenios colectivos que sean de aplicación para la determinación de los costes laborales de los contratos en los que sea relevante la mano de obra. En el 100.2 se alude a “los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”; en el 101.2 se habla de “los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación” y en el 102.3 se incluyen a estos efectos “los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”.*

*Esta importante novedad ha sido destacada por esta Junta Consultiva en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018, en la que comentando éstas y otras previsiones legales de finalidad similar, se señala que “estas reglas ponen de manifiesto la necesidad de que en el momento de determinar los supuestos económicos básicos que han de regir el contrato (presupuesto base de licitación, valor estimado del contrato y precio del mismo) y también durante su adjudicación y su ejecución ha de tenerse muy en consideración el coste de la mano de obra determinada conforme a los convenios colectivos aplicables, siempre que estemos en presencia de contratos de servicios en los que el coste laboral sea relevante en su ejecución”.*

Lo que pretende el recurrente es el incremento del presupuesto sobre unos convenios colectivos inexistentes, no llegando las previsiones convencionales vigentes más allá de 2023.

El hipotético incremento salarial entra dentro del “alea” propio del principio de riesgo y ventura de la contratación del sector público ( artículo 197 LCSP ), tal y como señala la propia Junta en recomendación de 10 de diciembre de 2018: *“ Por tanto, en estos supuestos no parece que sea el órgano de contratación el que deba adoptar medidas para paliar un incremento de los costes laborales porque el cálculo de los parámetros económicos del contrato no puede hacerse sobre la base de una hipotética negociación colectiva. Otra cosa es que los licitadores puedan tener en cuenta un escenario de incremento previsible para formular sus proposiciones y que, de este modo, incluso en el caso de un incremento del coste de la mano de obra la economía del contrato no se vea alterada”*.

Por lo expuesto, procede la desestimación de este motivo.

Por último, afirma el recurrente que *“ los porcentajes de Gastos Generales del 6% y del Beneficio industrial del 6%, consideramos que la cifra de Gastos Generales no es correcta pues debería ser del 13% como requiere la ley de contratos, que además es la norma habitual de los concursos públicos en los que se licitan en los perfiles del contratante de la administración pública”*.

Esta alegación ha sido rechazada reiteradas veces por este Tribunal, porque, como recuerda el órgano de contratación, *“ la LCSP no establece un 13% para el cálculo de los Gastos Generales. Así mismo, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 131, aplicable a los contratos de obras, establece los valores del 13% al 17% para el cálculo de los Gastos Generales, no siendo aplicable lo anterior al contrato de servicios objeto del presente recurso”*.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso especial en materia de contratación.

**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 de la empresa FULTON SERVICIOS INTEGRALES, S.A, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente al expediente número A/SER-028358/2023, relativo a la contratación del “servicio de mantenimiento integral de las dependencias e instalaciones de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local.

**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.** - 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.