

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

En Madrid, a 29 de marzo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don R.A.G., en nombre y representación de Integra Mantenimiento, Gestión y Servicios Integrados CEE, S.L., contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito Centro de fecha 13 de febrero de 2017, por el que se adjudica el lote 1 del “Contrato de servicios de auxiliares de información, atención al público y control de entradas en edificios adscritos al Distrito Centro de Madrid, dividido en lotes: lote 1: auxiliares de centros de mayores y lote 2: auxiliares de centros culturales (lote reservado a empresas de inserción, de acuerdo a lo dispuesto en la disposición adicional 5^a del TRLCSP)”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- Con fecha 28 de mayo de 2016 se publicó en el DOUE anuncio indicativo del contrato de referencia. Con fechas 19 y 25 de octubre de 2016 se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE la convocatoria del contrato para la prestación del servicio de referencia a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 812.117,96 euros y el plazo de ejecución 12 meses prorrogables por igual periodo.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que la cláusula 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, establece “*En el desarrollo de la actividad objeto del presente contrato, la empresa adjudicataria deberá respetar las normas socio laborales vigentes en España y en la Unión Europea o de la Organización Internacional del Trabajo*” (...). “*La oferta económica deberá ser adecuada para que pueda hacer frente a todos los costes derivados de la aplicación del convenio colectivo que corresponda más los costes de la seguridad social. Todo ello debido a que para la determinación del precio del contrato, se ha tenido en cuenta el convenio que resulta de aplicación respecto del salario base, el complemento de antigüedad, los demás costes laborales y de Seguridad Social, así como el resto de las prestaciones del servicio*”.

Segundo.- A la licitación concurrieron once empresas, entre ellas la recurrente. Una vez examinada las ofertas, con fecha 30 de noviembre de 2016, se requiere a varias licitadoras, entre ellas la recurrente para que presentase la documentación acreditativa de la viabilidad de la oferta, al encontrarse la misma incursa en presunción de temeridad al exceder en diez unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones admitidas.

Consta en el Acta correspondiente al acto para proceder a la lectura y valoración de los informes del Servicio Técnico sobre la justificación de viabilidad, de fecha 30 de diciembre de 2016, que de acuerdo con el informe técnico del servicio promotor de 29 de diciembre de 2016 varias de las licitadoras acreditan la viabilidad de sus ofertas, no así la recurrente. Por lo tanto propone “*DESESTIMAR LA VIABILIDAD DE LA OFERTA Nº 4 DE INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CEE, S.L. (LOTE 1) excluyendo del procedimiento de adjudicación dado que la oferta económica ha incurrido en valor anormal o desproporcionado y no se consideran suficientes sus explicaciones expuestas en su escrito de fecha 5 de diciembre 2016 toda vez que no se cumplirían las obligaciones en materia social y laboral, conforme establece el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE, según el informe de viabilidad del servicio promotor de fecha 29 de diciembre de 2016, debiendo ser rechazada, además, al no ajustarse a las cláusulas*

3 y 6 del Pliego de Prescripciones técnicas según acuerdo de la Mesa de Contratación celebrado el 30 de diciembre de 2016”.

En dicho acto se propone asimismo la adjudicación del lote 1 del contrato a la empresa Global Servicios-Unión de Discapacitados para el Empleo y la Formación, S.L. y el lote 2 a Uzipen, S.L.U.

Por último con fecha 13 de febrero de 2017 el Concejal Presidente del Distrito dictó Decreto de adjudicación del lote 1 del contrato que fue notificado a la recurrente el día 14 siguiente tal y como consta en el expediente, si bien la recurrente indica en su escrito que la notificación es del día 13. En la notificación de la adjudicación se incorporan las conclusiones del informe técnico del servicio promotor de 29 de diciembre de 2016.

Tercero.- El 7 de marzo de 2017, se presentó recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación del contrato aunque lo que se combate en dicho recurso es el rechazo de la oferta de la recurrente por no justificar la viabilidad de su oferta, en los términos que se expondrán al examinar el fondo de la cuestión.

Habiendo sido requerido el órgano de contratación para que remita el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), dicho requerimiento fue atendido el 10 de marzo de 2017. En su informe el órgano de contratación sostiene la adecuación a derecho de su actuación, solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, no habiéndose presentado ningún escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Integra Mantenimiento, Gestión y Servicios Integrados CEE, S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica que presentó oferta “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”, al resultar rechazada.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Aunque el recurso se dirige formalmente contra la adjudicación del contrato, se interpone contra el rechazo de la oferta de la recurrente en el procedimiento de licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado se notificó el 13 de febrero, se interpuso el recurso el día 7 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- El objeto del presente recurso se contrae al examen del rechazo de la oferta de la recurrente por inviable a la luz de la justificación remitida.

El TRLCSP, en su artículo 152.3, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar

previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de que la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato.

Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

El PCAP establece los criterios por los que se considerarán en presunción de desproporcionadas o temerarias las ofertas y su apreciación por la Mesa no es objeto de recurso.

El primer paso del procedimiento contradictorio para el análisis de las ofertas anormales es la solicitud de acreditación de la viabilidad de la oferta, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP, cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, se dará audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, que le permitan ejecutar la prestación sin incidencias o disfunciones.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes requeridos, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económica más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas.

Tal como establece el artículo 152 del TRLCSP, sólo es posible excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que “la oferta no puede ser cumplida”.

Como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando éstos parezcan anormalmente bajos para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.

Por ello la justificación ha de ir dirigida a demostrar la viabilidad de la oferta por referencia fundamentalmente al cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato. La cuestión que debe abordarse es si la justificación presentada respeta las condiciones de licitación establecidas en los pliegos porque si así no fuera, el cumplimiento del contrato no sería viable y la proposición inaceptable. Es decir, el término de comparación de la justificación ha de ser los propios pliegos que rigen la licitación. Es necesario que por los licitadores se pueda probar la seriedad de su oferta en todos los elementos que la componen ofreciendo la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes. Esto no supone que se justifique exhaustivamente cada uno de los componentes de la oferta anormal o desproporcionada, sino que se trata argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo, la justificación ha de ser completa, pero no puede considerarse insuficiente por la omisión de elementos de escasa entidad en relación a la totalidad del importe o de explicaciones que puedan ser una pormenorización de lo expuesto con carácter general; obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. El carácter contradictorio del procedimiento de verificación permite que se soliciten precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que haya hecho albergar dudas.

El contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras

de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego.

El segundo paso del procedimiento contradictorio es el informe técnico valorando la justificación presentada. Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 152 del TRLCSP corresponde al órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la Mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión. La decisión sobre si una oferta, calificada inicialmente como desproporcionada, puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación, cuya decisión debe responder, además, a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

A todo ello cabe añadir que de acuerdo con lo establecido en el último inciso del apartado 3 del artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que goza de efecto directo, *“Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2”*, esto es, las aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el

Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el Anexo X.

Expuesta la doctrina en torno a la cuestión que nos ocupa, procede examinar la justificación presentada y su valoración en el informe técnico que da lugar a la exclusión de la oferta, a la vista de las prestaciones objeto el contrato.

Para ello debemos partir de la justificación efectuada en el informe de valoración que examina de forma pormenorizada la información facilitada por la recurrente relativa a los costes de personal, materiales, vestuario y otros gastos, comparándola con el nivel de prestaciones exigidas en el contrato.

El informe en concreto residencia la falta de viabilidad de la oferta señalando que, si bien no plantean ningún problema la justificación basada en la rebaja de los gastos generales del 13% al 12%, la rebaja del beneficio industrial del 6% al 4,1% y la bonificación de las cuotas de la Seguridad Social del 100% por ser CEE, “*El problema que plantea el informe de viabilidad de la oferta es el relativo al coste salarial para la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que el coste laboral constituye el 84% del presupuesto base de licitación*”, al que corresponde un salario según el convenio de aplicación indicado por la empresa, para la categoría “Operario”, de 652,20 euros. El coste hora operario recogido en el Convenio sería de 6,80 euros mientras que el coste hora auxiliar de servicios generales asciende a 8,43 euros.

Se expone que la empresa recurrente justifica el coste atendiendo a la categoría profesional de “Personal de Producción” – “Operario”, siendo así que el convenio de aplicación, en su apartado V establece las categorías para el “Personal de producción. Administración y Servicios Generales”. Estableciendo 2 subcategorías: La de “Subgrupo V1” entre la que se encuentra la categoría de “operario” y el “Subgrupo V2” donde se recoge, entre otras, las categorías de “Conserje, Ordenanza o Portero-Vigilante” y “Auxiliar de servicios generales”. En ese

mismo apartado se recoge como nota a pie de página que estas subcategorías se reconvertirán en la de “Auxiliar de servicios generales”. Por otro lado la Resolución de 30 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registran y publican las tablas salariales para los años 2015 y 2016 del XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, recoge, entre otras cuestiones, las tablas salariales de la categoría de “operario” y de “auxiliar de servicios generales”. En el caso que nos ocupa, que es la prestación del servicio de “auxiliares de información”, las funciones que están definidas en la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas son las que corresponderían a los “Conserjes”, “Ordenanzas” o “Porteros” o similares, siendo, por tanto, la subcategoría correcta la de “Auxiliar de servicios generales” y no la de “operario” ya que según el Convenio de aplicación antes citado, el “operario” pertenecería a la subcategoría de “Personal de producción” que nada tiene que ver con las funciones propias de los puestos correspondientes a la extintas categorías de “conserjes”, “ordenanzas” o “porteros”, todas ellas recogidas en el Convenio Colectivo de aplicación, actualmente vigente, dentro de la categoría de “auxiliar de servicios generales”.

De lo anterior se desprende que los cálculos del coste de la mano de obra que realiza la empresa Integra, en la que se tiene en cuenta la categoría de “operario”, no se ajusta a la subcategoría y clasificación profesional que exige al puesto en función de las definiciones del “XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad” y vulneraría las cláusulas sociales recogidas en la cláusula 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas.

La diferencia entre el coste laboral que se deriva de la correcta aplicación de la categoría profesional y de la categoría aplicada implica una diferencia 31.690,01 euros, lo que determina la inviabilidad de la oferta, según el órgano de contratación.

La recurrente por su parte afirma que en ningún caso, los pliegos establecen que la Categoría de los medios humanos a adscribir al servicio para el desempeño de las diferentes funciones, haya de ser exclusivamente la de Auxiliar de servicios

generales, considerando que a la vista de la descripción del puesto de trabajo en el Convenio colectivo, que la categoría empleada, es correcta. Trae a colación al respecto la Resolución 42/2017, de 8 de febrero de 2017, de este Tribunal, en la que se señalaba que no corresponde a este Tribunal sino a la autoridad laboral determinar qué Convenio y categorías laborales son adecuados a la prestación de los servicios contratados, en un recurso en que se trataba de aplicar las mismas categorías profesionales ahora controvertidas. Cita igualmente la Resolución 47/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que señala que *“no es posible excluir una oferta por el hecho de que la proposición económica sea inferior a los niveles previstos en el Convenio Colectivo considerando que nuestro Ordenamiento admite el llamado “descuelgue” que permite, en determinadas circunstancias, no aplicar, entre otras, las disposiciones de la norma convencional relativas al sistema de remuneración y a la cuantía salarial”*.

Señala que resulta llamativo que se considere inviable su oferta por importe de 111.551,67 euros y no la de NavalService, S.L., por 9.011,16 euros.

Por último aduce que no se ha tenido en cuenta su solvencia, concluyendo que si la justificación aportada por esta empresa contiene todos los costes precisos para la ejecución del contrato, así como los ahorros que se obtiene por esta empresa, resultando que el precio ofertado es suficiente para cubrir los mencionados costes, y ante la ausencia de elementos que permitan concluir que la oferta de esta parte no podrá ser cumplida, debe afirmarse que la proposición de Integra, es de posible cumplimiento.

En primer lugar debe señalarse que si bien toda la doctrina traída a colación por la recurrente es la sentada por los órganos encargados de la resolución del recurso especial, no lo es menos que a la misma, desde el 18 de abril de 2016 cabe añadir la exigencia del artículo 69 de la Directiva 2014/24 antes citado, que establece como causa específica de rechazo de las ofertas incursas en presunción de temeridad, que la baja ofertada se deba al incumplimiento, entre otras de las obligaciones laborales. La inclusión de los trabajadores en categorías que no son las

que les corresponden sino en otras con salarios más bajos constituye claramente un incumplimiento de dichas obligaciones, como entre otras se ha indicado en la Resolución 213/2014 de 3 de diciembre.

Es cierto que como aduce la recurrente, este Tribunal ha declarado que no es competente para determinar el convenio colectivo a aplicar ni la categoría profesional, sin embargo no lo es menos que existen diferencias entre el contrato objeto de la Resolución citada y el contrato objeto del presente recurso, que no permiten considerar la existencia de identidad de razón entre ambos para su aplicación sin más.

Efectivamente aunque las funciones del personal son las mismas en cada contrato, el del Distrito de Chamberí tiene por título y objeto el “Servicio auxiliar de información, atención al público y control de entrada en los edificios públicos adscritos al distrito de Chamberí”, mientras que el que ahora nos ocupa es el “Contrato de servicios de auxiliares de información, atención al público y control de entradas en edificios adscritos al Distrito Centro de Madrid (...)” que incluye en su definición la tipología de personal que debe prestar el servicio “auxiliares”. Tampoco las categorías laborales controvertidas eran iguales, ya que en el primer caso se trataba de auxiliares especialistas, categoría con funciones coincidentes con la de operario con mayor intensidad o incidencia que la categoría de este segundo caso, en concreto auxiliares de servicios generales.

A ello cabe añadir que el Plan Operativo presentado por la recurrente, en congruencia con lo anterior señala el número de auxiliares destinados para cada centro y su horario, lo que no resulta congruente, sin embargo con la justificación efectuada en que se cuantifica el coste de operarios.

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad respecto de la oferta de Navalservice, S.L., confunde de forma interesada la recurrente los conceptos, ya que, según comprueba el Tribunal, la cantidad de 9.011,16 (en realidad constan 9.911,16 euros) es el módulo anual por trabajador discapacitado que multiplicado

por los 12 trabajadores a jornada completa que propone para el Centro supone la cantidad de 118.933,92, más que el coste global de personal aplicado por la recurrente, sin tener en cuenta que además propone un trabajador más a tiempo parcial que incrementa dicha cantidad.

De acuerdo con lo anterior este Tribunal entiende que la apreciación por el órgano de contratación de la viabilidad de la oferta en los términos en que se ha planteado, no excede los límites de la discrecionalidad que le es dada, estando motivada, siendo razonada y razonable, de acuerdo con los parámetros indicados y sin que, se haya acreditado que vulnera el principio de igualdad entre las licitadoras.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 interpuesto por don R.A.G., en nombre y representación de Integra Mantenimiento, Gestión y Servicios Integrados CEE, S.L., contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito Centro de fecha 13 de febrero de 2017, por el que se adjudica el “Contrato de servicios de auxiliares de información, atención al público y control de entradas en edificios adscritos al Distrito Centro de Madrid, dividido en lotes: lote 1: auxiliares de centros de mayores y lote 2: auxiliares de centros culturales (lote reservado a empresas de inserción, de acuerdo a lo dispuesto en la disposición adicional 5^a del TRLCSP)”.

Segundo.- Levantar la suspensión automática mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 15 de marzo de 2017.

Tercero.- 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.