

Recurso nº 112/2020

Resolución nº 158/2020

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

En Madrid, a 8 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Delta Juego S.L. (en adelante Delta), contra el acuerdo de adjudicación de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Leganés, de 17 de marzo de 2020, del contrato Servicio de escuela infantil “Las Flores de la Fortuna”, número de expediente 1500/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de agosto de 2019 se publicó en el DOUE y en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), la convocatoria del contrato de servicios de referencia para su adjudicación electrónica por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, mediante precios unitarios mensuales (escolaridad: 243,87 €, cada media hora de horario ampliado: 10,83 € y comedor: 96€). El valor estimado del contrato es de 2.726.962,92 euros con una duración del contrato de 5 anualidades (cursos completos), desde el 1 de septiembre de 2019, o desde la fecha de la firma del contrato, en caso de que ésta se produzca con posterioridad hasta el 31 de agosto de 2024.

Segundo.- A la licitación se presentaron cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

La Mesa de contratación requiere a las tres empresas admitidas a la licitación, por superar el umbral de 32,5 puntos exigidos en el PCAP para los criterios cualitativos, para que presenten documento justificativo que acredite el cumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio colectivo de aplicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la LCSP, el 5 de febrero de 2020. Una vez presentados los estudios de costes, se excluye a la empresa que no lo aporta y se procede a la valoración de las dos ofertas admitidas.

El Ayuntamiento de Leganés adjudicó el 17 de marzo de 2020 el contrato del servicio de escuela infantil "Las Flores de la Fortuna", a propuesta de la mesa de contratación, a la empresa Kidsco Balance, S.L. (en adelante Kidsco), notificada a los interesados el 7 de abril y publicada en el perfil de contratante el 11 de mayo de 2020.

Tercero.- El 1 de junio de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Delta en el que solicita la nulidad de la adjudicación, dado que el Órgano de contratación se ha apartado del procedimiento legalmente previsto, *"al no haberse contemplado en los pliegos las condiciones laborales derivadas de la aplicación del Convenio Colectivo vigente respecto al personal con que necesariamente había que contar y por resultar acreditado que la oferta a la que finalmente se ha adjudicado el contrato, no cumple con las obligaciones derivadas del Convenio Colectivo de Centros de Asistencia y Educación Infantil, vulnerándose lo dispuesto por el artículo 102 de la LCSP"*. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- El Órgano de contratación el 10 de junio de 2020, remitió el expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.3 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).

El informe solicita la desestimación del recurso, dado que la Mesa de contratación actuó con la debida cautela, requiriendo a todas las empresas licitadoras justificación de los costes salariales, el Ayuntamiento ha seguido las directrices marcadas por la normativa de la Comunidad de Madrid, en particular en la redacción de los Pliegos y determinación de los precios, y del informe técnico de valoración de ofertas se infiere que el precio del contrato y las ofertas presentadas por Delta y Kidsco son ajustadas a la normativa de aplicación.

Quinto.- El 12 de junio de 2020, por la Secretaría de este Tribunal se da traslado del recurso al adjudicatario del contrato, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 56.3 de la LCSP y 29.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), por un plazo de cinco días hábiles, para que formule las alegaciones y aporte los documentos que considere oportuno.

El 22 de junio se reciben en el Tribunal las alegaciones presentadas por la representación de Kidsco, el 19 de junio de 2020, dentro del plazo concedido. La adjudicataria solicita la desestimación del recurso, por ser ajustada a Derecho la resolución al haberse contemplado las condiciones laborales derivadas de la aplicación al personal adscrito del XII Convenio Colectivo de Centros de Asistencia y Educación Infantil (en adelante XII CCCAEI), incluyendo los incrementos salariales recogidos en el mismo, para los años 2021 y 2022 respectivamente y no tratarse de una oferta anormalmente baja.

Sexto.- Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de recurso especial quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 10 de mayo de 2020, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020 de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril. Asimismo, mediante la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector

cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, con extensión de la medida a los recursos especiales.

Séptimo.- 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, 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 solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al ser la segunda clasificada en la adjudicación del contrato.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de adjudicación impugnado tras la suspensión fue publicado el 11 de mayo e interpuesto

recurso ante este Tribunal el 1 de junio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto impugnado es recurrible por tratarse de la adjudicación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del asunto, se concreta en determinar si la oferta presentada por la adjudicataria del contrato cumple con el convenio colectivo de aplicación (XII CCCAEI) y en consecuencia con las obligaciones laborales previstas en la LCSP.

Resulta de interés a los efectos de la resolución del presente recurso lo dispuesto en el Anexo I Cuadro características específicas del contrato servicios CCEC del PCAP, concretamente en los apartados 9 y 15 relativos, respectivamente, al presupuesto y los criterios de adjudicación del contrato:

“9)Presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara.

Tipo de presupuesto: Cuantía máxima determinada

Presupuesto: Costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación:

Costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación: costes laborales de personal (66,5%), gastos corrientes de suministro de energía eléctrica, agua, combustible y carburantes y teléfono (6%), costes de productos de alimentación (6%), costes en material de limpieza, hostelería, reparaciones, material informático, vestuario, material de oficina (5%), material didáctico (5%), otros gastos de gestión (11,5%).

El importe máximo de funcionamiento de la escuela por curso escolar se presupuesta en 454.493,82 €. (Exento de IVA conforme art. 20, apartado 9, Ley 37/1992).

Sistema de determinación del presupuesto: Los precios unitarios de licitación se desglosan en los siguientes conceptos e importes máximos:

Valor estimado del contrato (art. 101 LCSP):

Coste del Servicio 5 anualidades: 454.493,82 X 5 = 2.272.469,1 €

Modificación 20%: 454.493,82 €

TOTAL: 2.726.962,92 €

Método de cálculo aplicado para calcular el valor estimado: De acuerdo con el art.101.5 de la LCSP, el valor estimado es el resultado de sumar a la Base imponible fijada las correspondientes modificaciones previstas en el presente pliego, incluidas las prórrogas. La justificación se detalla en Memoria justificativa que se publica junto con el PCAP en el perfil del contratante.

Base de licitación: Precios unitarios MENSUALES (IVA exento):

- Escolaridad: 243,87 €

- Por cada media hora de horario ampliado: 10,83 €.

(El precio de comedor es de 96€ para el curso 2018-19. Este precio es fijo no se admite baja. El precio para los cursos siguientes será el que se fije en cada momento por el Órgano competente de la Comunidad de Madrid).

En la Orden 123/2015, de 26 de enero, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, queda regulada la jornada escolar del servicio, así como en las Especificaciones técnicas para el establecimiento de cuotas en Escuelas Infantiles y Casas de Niños de la Comunidad de Madrid para cada curso.”

“15) Criterios de adjudicación del contrato.

Ponderación Criterios de adjudicación Hasta 100 puntos

1.- CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES (Ponderación hasta 50 puntos)

1.1- Precio propuesto: hasta 35 puntos. (Criterio evaluable mediante aplicación de fórmula).

Se valorará el importe global del proyecto por curso para el funcionamiento del centro en función de las propuestas elaboradas por cada entidad licitadora en concepto de escolaridad (siete horas), comedor escolar y horario ampliado (hasta tres horas valorado en períodos de media hora).

Obtendrá 35 puntos la oferta que presente el importe global del proyecto por curso más bajo.

Obtendrá cero puntos la oferta cuyo importe global por curso coincida con el valor máximo global del proyecto por curso.

Para las ofertas intermedias la puntuación obtenida se calculará aplicando la siguiente fórmula: (...)

Sistema determinación de ofertas anormalmente bajas:

Para apreciar que una proposición económica se encuentre incursa en presunción de anormalidad, entendiendo como tal el importe global de la oferta en los términos establecidos en el párrafo inmediatamente anterior, los criterios que se aplicarán son los siguientes:

-Cuando concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.

-Cuando concurren dos licitadoras la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.

-Cuando concurren tres o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.

Asimismo, se considerará que una proposición económica se encuentra incursa en presunción de anormalidad cuando los precios mensuales individuales ofertados (escolaridad, horario ampliado y comedor) sean inferiores en 10 unidades, al menos, a la media aritmética de los porcentajes de baja de cada concepto, considerados individualmente, de todas las proposiciones presentadas. (...)

1.2.- Mejoras cualitativas: Ampliación del Personal que desarrollará el Proyecto a partir de los mínimos exigidos en los Pliegos de Condiciones.: hasta 15 puntos.

Número de profesionales que se amplían a partir de los mínimos exigibles hasta un máximo de 3 educadores de apoyo: hasta 15 puntos.

Se valorarán las propuestas de personal educativo elaboradas por cada entidad licitadora.

Obtendrá 15 puntos la oferta que incluya el mayor número de profesionales (hasta 3 educadores de apoyo a jornada completa)

Obtendrá 0 puntos la oferta que no incluya ampliación en el número de profesionales (...)

2.- CRITERIOS CUALITATIVOS NO VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES (CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDE DE JUICIO DE VALOR) hasta 50 puntos:

- *Proyecto educativo y organizativo del centro*
(...)”

La recurrente plantea en su escrito de interposición dos cuestiones: que los pliegos no han contemplado las condiciones laborales derivadas de la aplicación del Convenio Colectivo vigente respecto al personal con que necesariamente había que contar, y que la oferta adjudicataria del contrato no cumple con las obligaciones derivadas de la aplicación del XII Convenio Colectivo de Centros de Asistencia y Educación Infantil publicado en el mes de julio 2019, que resulta aplicable.

Delta manifiesta que el coste de personal, en este tipo de contratos, es un coste fundamental en términos cuantitativos, hecho que supone que, cualquier error o diferencia a la baja en los cálculos de costes laborales condicionen la viabilidad económica del contrato, mencionando que el artículo 100 de la LCSP establece que el presupuesto base de licitación deberá ser adecuado a los precios de mercado, indicando de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. El Órgano de contratación ha establecido que es necesario cumplir con las obligaciones derivadas de la aplicación a los costes salariales del personal requerido, no obstante, los cálculos realizados no contemplan los costes salariales reales, dado que el coste salario calculado no ha incluido el concepto de antigüedad con que cuentan las trabajadoras que conforman la plantilla de la Escuela Las Flores de la Fortuna.

Por otra parte, indica que en su contestación al requerimiento del Órgano de contratación, para aclarar el cumplimiento con las obligaciones derivadas del Convenio Colectivo, concluyó que su oferta puede cumplir con el convenio pese al ajustado precio de licitación establecido, que pone en jaque la viabilidad del contrato, dado que no se podría soportar, o debería soportarlo con recursos propios, los cambios en la plantilla o

imprevistos que pudieran surgir, vulnerándose el principio de equilibrio económico que debe imponer la contratación pública.

El Ayuntamiento ha utilizado el coste salario, conforme a Convenio, pero sin tener en cuenta la antigüedad, ni los incrementos salariales establecidos para ejercicios venideros, para realizar la valoración de cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio en la ejecución del contrato, siendo incomprensible considere que la adjudicataria cumple con dichas obligaciones cuando el coste de salario ofrecido es muy inferior al resultante de la aplicación del Convenio, insistiendo en que dicho coste no contempla la antigüedad. La diferencia existente entre el coste salarial de la adjudicataria y el coste salario técnico, es claramente apreciable, en los informes de valoración obrantes en el expediente, en los que se debería haber concluido que Kidsco no cumplía con las obligaciones derivadas del Convenio Colectivo de aplicación.

El Órgano de contratación respecto del primer motivo de impugnación informa que consta en el expediente electrónico la Memoria Justificativa, publicada en la PCSP junto con los pliegos, en la que se justifica el precio del contrato y destaca, asimismo, que debe tenerse en cuenta que se trata de una prestación de competencia de la Comunidad de Madrid que es quien fija los precios y financiación, así como la redacción de los pliegos de condiciones, y que el Ayuntamiento actúa en el marco de la normativa determinada por la Comunidad de Madrid y el convenio de colaboración. En la actualidad el Decreto 28/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, regula la financiación del primer ciclo de Educación Infantil en la Comunidad de Madrid, estableciendo asimismo que la Consejería competente en materia de Educación aportará los modelos generales de convocatoria y pliegos de concursos y participará, en calidad de asesor, en la selección de las entidades gestoras o del personal educativo que convoquen las Entidades Locales e instituciones de la región para el funcionamiento de los centros de Educación Infantil de su titularidad, incluidos en el respectivo convenio con la Comunidad de Madrid de acuerdo con las competencias de las Entidades Locales y la normativa vigente en materia laboral y de contratación pública.

Por otra parte, el Ayuntamiento alega que realizada la apertura de las ofertas económicas, previamente a efectuar el informe de valoración, no siendo posible determinar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación del convenio colectivo vigente requirió a las tres empresas admitidas, en fecha 5 de febrero de 2020, justificación de la oferta presentada para la comprobación de las obligaciones derivadas del cumplimiento del convenio colectivo aplicable, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 de la LCSP. Dos de las empresas presentaron la justificación en plazo, concluyendo el informe técnico que ambas pueden subrogar al equipo de profesionales presentado por la empresa gestora actual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP, por lo que se procede a la valoración de las ofertas aplicando los criterios de adjudicación previstos en el PCAP, resultando la mejor oferta clasificada la presentada por Kidsco.

El Órgano de contratación en relación al cumplimiento del convenio concluye que de la documentación aportada, teniendo en cuenta el número de profesionales que plantea cada centro, se considera que las ofertas presentadas por ambas empresas cubren los costes derivados de la aplicación del convenio colectivo sectorial vigente incluidos los costes de seguridad social. Bajan las cantidades correspondientes a los gastos generales, sin que existan ofertas en baja anormal.

La adjudicataria por su parte alega que su oferta es perfectamente ajustada y, en algunos casos, llega a mejorar la aplicación a los trabajadores del XII CCCAEI, permitiendo la subrogación de la plantilla con respecto a las condiciones laborales de los trabajadores subrogados, de acuerdo con el artículo 130 de la LCSP. Asimismo, ha tenido en consideración la obligación, establecida en Convenio, del incremento salarial pactado, por lo que las alegaciones realizadas por Delta carecen de fundamento.

Por otro lado, señala que su baja no alcanza el umbral de temeridad determinado en el PCAP.

Este Tribunal respecto a la primera cuestión planteada recuerda que los pliegos son *lex inter partes* y que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 9 del PCAP y

el artículo 139.1 de la LCSP vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando la totalidad de su contenido y también al Órgano de contratación en sus propios términos, por lo que habiendo sido aceptado por Delta el pliego de forma incondicional sin salvedad o reserva alguna con la presentación de su oferta, sin haber impugnado previamente su clausulado, no cabe en esta fase procedural plantear su desacuerdo con los costes laborales contemplados en la presupuestación.

Este Tribunal comprueba, como refieren las partes, que la oferta de la adjudicataria no está incursa en baja anormal o desproporcionada, y que el Órgano de contratación, una vez comprobado el cumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio colectivo aplicable por los licitadores admitidos, procede a la valoración de las ofertas, según los criterios de adjudicación previstos en el apartado 15 del Anexo I del PCAP, valoración que no ha sido impugnada por la recurrente. Por otra parte, la recurrente no acompaña sus alegaciones de concretos datos económicos que acrediten el incumplimiento por parte de la adjudicataria del XII CCCAEI.

Por todo lo expuesto, se considera que procede desestimar el recurso presentado por Delta, al no apreciarse vulneración de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, ni de la LCSP, y sin que conste en la decisión impugnada desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación, ni error manifiesto.

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 la empresa Delta Juego S.L., contra el acuerdo de adjudicación de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Leganés, de 17 de marzo de 2020, del

contrato Servicio de escuela infantil “Las Flores de la Fortuna”, número de expediente 1500/2018.

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 automática del procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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.