

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

En Madrid, a 26 de octubre de 2016.

**VISTOS** los recursos interpuestos por don A.B.V., en nombre y representación de Hartford, S.L. y don L.C.S., en nombre y representación de Arjé Formación, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 23 de septiembre de 2016, por el que se excluye a las recurrentes de la licitación del contrato: “Actividades extraescolares en los centros educativos del Distrito de Vicálvaro”, número de expediente: 300/2016/01154, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** La convocatoria de la licitación, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, fue publicada en el BOCM así como en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, el día 31 de agosto de 2016. El valor estimado del contrato asciende a 687.296 euros.

**Segundo.-** Interesa destacar en relación con los motivos de los recursos que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su Anexo I establece lo siguiente:

*“1.- Definición del objeto del contrato.*

*El objeto del presente contrato es la organización, planificación y desarrollo de Actividades Extraescolares en Centros Educativos del Distrito de Vicálvaro”.*

Por otro lado, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) en su apartado 9 denominado *“Personal”*, entre otros extremos, determina:

*“La empresa adjudicataria deberá correr con la gestión y contratación de los diferentes profesionales, con el estricto cumplimiento de la normativa laboral vigente y salario, como mínimo, conforme al VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Enseñanza y Formación no reglada”.*

Por último, el apartado 27 de Anexo I del PCAP incluye dentro del epígrafe denominado *“Observaciones”, “Segunda”*, la siguiente previsión:

*“En el SOBRE A, Documentación Administrativa, los licitadores incluirán, además de los documentos que acrediten su capacidad de obrar y su solvencia para la ejecución del presente contrato, la declaración responsable, conforme al modelo fijado en el Anexo VII al presente Pliego, sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; así como la declaración conforme al Anexo IX al presente Pliego, sobre las obligaciones establecidas en la normativa vigente en materia laboral, social así como en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, a través de la cual harán constar que cumplen con los requisitos establecidos en la normativa vigente en materia laboral y social así como que, en aquellos casos en los que corresponda, cumple con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, relativos a la elaboración y aplicación de un Plan de Igualdad. De conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el órgano de contratación podrá hacer uso de sus facultades de comprobación en relación con el cumplimiento de las citadas obligaciones. Los licitadores o licitadoras deberán indicar el convenio colectivo que será de aplicación a las personas*

*trabajadoras en el caso de resultar adjudicatarias, así como de facilitar cuanta información se le requiera sobre las condiciones de trabajo, que una vez adjudicado el contrato, se les aplicará. Este compromiso es condición especial de ejecución. En el mismo sentido, es condición especial de ejecución que el adjudicatario o adjudicataria deberá, a lo largo de toda la ejecución del contrato, abonar el salario recogido en el convenio de aplicación según la categoría profesional que corresponda a la persona trabajadora, sin que en ningún caso, el salario a abonar sea inferior a aquel”.*

**Tercero.-** A la licitación se presentaron nueve empresas, incluidas las recurrentes.

El 19 de septiembre de 2016, se reúne la Mesa de contratación a fin de calificar la documentación administrativa, acordando, entre otros extremos, requerir a todas las licitadoras que aporten *“Declaración responsable en la que se indique el Convenio Colectivo que se va a aplicar en el supuesto de resultar adjudicatarias, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 27, Segunda del Anexo I del PCAP en relación con lo dispuesto en el apartado 9 del PPT”.*

En cumplimiento del requerimiento efectuado las recurrentes presentaron declaraciones responsables con el siguiente contenido:

El convenio colectivo que se aplicará a las personas trabajadoras en relación a lo dispuesto en el apartado 9 del PPT, en el supuesto de resultar adjudicatarios es el II Convenio Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de fecha 15 de Julio de 2015.

Se reunió de nuevo la Mesa de contratación el día 23 de septiembre de 2016, y analizada la documentación presentada, respecto a Hartford, S.L. y Arjé Formación, S.L., decidió lo siguiente: *“la Mesa acuerda por unanimidad excluirla de la licitación por no haber subsanado los defectos de su documentación toda vez que la documentación aportada no se ajusta a lo establecido en los Pliegos”.*

El Acuerdo de exclusión fue notificado a las recurrentes el día 29 de septiembre de 2016.

**Cuarto.-** Los días 17 y 18 de octubre de 2016, tuvieron entrada en el Tribunal sendos escritos de recurso especial en materia de contratación interpuestos por la representación de Hartford, S.L y de Arjé Formación, S.L.

Los recursos habían sido anunciados previamente al órgano de contratación, los días 13 y 14 de octubre de 2016, respectivamente.

El 19 de octubre, el órgano de contratación, a requerimiento del Tribunal, remite una copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

En ambos escritos de recurso se alega que las empresas habían subsanado la documentación requerida y además, que las notificaciones de la exclusión no concretan por qué han sido excluidas ni tampoco qué documentación aportada no se ajusta a los Pliegos. Respecto al Convenio colectivo aplicable, explican las razones que les llevan a considerar que es el II Convenio Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de fecha 15 de Julio de 2015, el aplicable, teniendo en cuenta el objeto del contrato y la naturaleza de las actividades a desarrollar, y no el VII Convenio Colectivo Estatal de Enseñanza y Formación No Reglada como sostiene el órgano de contratación.

Solicitan por tanto, se anule el Acuerdo de exclusión y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la exclusión, admitiendo sus ofertas.

Igualmente solicitan que el Tribunal declare que resulta de aplicación a las actividades objeto del contrato, el II Convenio Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural.

**Quinto.-** Se da 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. Transcurrido el plazo no se han recibido escritos 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 presente recurso.

**Segundo.-** El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de ambos recursos.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al acto objeto de los recursos debe indicarse que se han interpuesto contra la exclusión de un contrato de servicios de cuantía superior a 209.000 euros, por tanto susceptible de impugnación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP.

**Cuarto.-** Las recurrentes se encuentran legitimadas para interponer el recurso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de personas

jurídicas licitadoras que han sido excluidas del procedimiento. Se acredita también la representación de los firmantes de los recursos.

**Quinto.-** El órgano de contratación alega la extemporaneidad de los recursos pues cuenta el plazo para recurrir la exclusión desde que en acto público se dio cuenta del Acuerdo. Sin embargo, en este caso se ha practicado la notificación del Acuerdo, por lo que el plazo inicial debe referirse al momento de recepción de dicha notificación, que es el momento en el que existe constancia de que las recurrentes han tenido conocimiento cierto del acto que se recurre.

En consecuencia, los recursos han sido interpuestos dentro del plazo a que se refiere artículo 44.2.a) del TRLCSP, dado que las notificaciones de la exclusión tuvieron lugar por correo electrónico el 29 de septiembre y los recursos se interpusieron los días 17 y 18 de octubre de 2016, respectivamente.

**Sexto.-** Por lo que respecta al fondo de los recursos, se concreta en determinar si de acuerdo con la redacción dada al PCAP y al PPT, las recurrentes han presentado la documentación de forma correcta y por tanto han sido indebidamente excluidas o si por el contrario, se ha producido un incumplimiento por su parte, merecedor de su exclusión del procedimiento.

El Ayuntamiento en sus informes, alega que *“la primera alegación del recurrente hace referencia a la falta de motivación del acuerdo de exclusión. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, se requirió al interesado para que presentase una declaración responsable en la que manifestase el Convenio Colectivo que iba a aplicar en caso de resultar adjudicatario, de conformidad con lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas y en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Presentada la declaración responsable por el recurrente, la mesa consideró que quedaba excluido de la licitación ya que la documentación aportada no se ajustaba a lo solicitado en el requerimiento, es decir, como bien ha alegado el recurrente en su recurso aludía a la aplicación de un convenio distinto del especificado en los referidos pliegos sin ninguna otra argumentación. De todo lo*

*anterior, solo cabe concluir que la exclusión ha sido motivada adecuadamente, ya que contiene la suficiente información que ha permitido al licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundada, no produciéndose por lo tanto indefensión.*

*En cuanto a la segunda alegación, que se refiere a la controversia sobre el convenio colectivo que en su caso resulta de aplicación, debemos destacar en primer lugar que el apartado 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas establece que “La empresa adjudicataria deberá correr con la gestión y contratación de los diferentes profesionales, con el estricto cumplimiento de la normativa laboral vigente y salario, como mínimo, conforme al VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Enseñanza y Formación no reglada”. De lo dispuesto en el Pliego no se puede sino deducir que la Administración predeterminó cuál era el Convenio Colectivo de aplicación, el que como mínimo debería aplicar el adjudicatario en cuanto a condiciones laborales, categorías profesionales y salarios de los trabajadores.*

*Dado que el recurrente ha participado en el procedimiento de licitación sin haber impugnado los pliegos solo cabe entender que ha aceptado el contenido íntegro de los mismos, y por lo tanto, los mismos constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. Luego la exclusión es conforme a derecho, en tanto en cuanto el recurrente declaró la aplicación de un convenio colectivo distinto del establecido en los pliegos, de manera que todas las alegaciones vertidas por el recurrente relativas a cuestionarse la aplicación del VII Convenio Colectivo de Enseñanza y Formación no reglada, carecen de fundamento pues su aceptación ha quedado implícita con la presentación de su oferta”.*

**Séptimo.-** Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863)), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido y los órganos de contratación. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la

presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En este caso se constata que el PPT, lo que establece en primer lugar, es el cumplimiento de la normativa laboral vigente, y además *“y salario, como mínimo, conforme al VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Enseñanza y Formación No Reglada”*.

Del texto citado no puede deducirse otra interpretación sino que lo que se exige es un nivel salarial determinado, sin prefijar en ningún momento cuál es el convenio colectivo de aplicación. No podemos asumir la afirmación que hace el órgano de contratación, entendiendo que la Administración determinó el convenio colectivo de aplicación, *“el que como mínimo debería aplicar el adjudicatario en cuanto a condiciones laborales, categorías profesionales y salarios de los trabajadores”*. Basta leer el texto para comprender que allí no se hace referencia más que al salario y no a condiciones laborales ni categorías profesionales.

Debe recordarse, en todo caso, que la Administración si bien no fijó el convenio aplicable, tampoco podría haberlo hecho. Como ya señaló el Tribunal en su Resolución 107/2016 de 1 de junio, *“El ET recoge, como fuente de la relación laboral en el artículo 3:*

- “1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:*
- a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.*
  - b) Por convenios colectivos.*
  - c) Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.*
  - d) Por los usos y costumbres locales y profesionales”*.

*En cuanto a los convenios colectivos el artículo 82 del ET establece:*

*“1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.*

*2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.*

*3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia (...).”*

Está claro que el Ayuntamiento de Madrid no puede alterar el orden de fuentes del derecho laboral ni la negociación colectiva que corresponde a empresarios y trabajadores, ni modificar el ámbito de aplicación funcional o territorial de los convenios colectivos. Por otra parte los trabajadores no podrán disponer válidamente de aquellos derechos reconocidos como indispensables en convenio colectivo, aunque sí mejorarlos en su contrato de trabajo mediante condiciones más favorables. El importe del salario viene determinado por convenio colectivo, aunque puede ser pactado libremente entre empresario y trabajador, en cuyo caso, la cantidad pactada no podrá ser inferior a lo establecido por el convenio colectivo de aplicación. El salario mínimo, la jornada laboral, las vacaciones, calendario laboral, las funciones a desarrollar o las condiciones de subrogación de los trabajadores son las reguladas en el Convenio Colectivo sectorial que sea de aplicación, sin que se pueda optar por otro que modifique esas condiciones. Según la jurisprudencia del Tribunal supremo no es válida la renuncia o el cambio de convenio colectivo. Al igual que el empresario no puede optar por un determinado convenio por intereses económicos tampoco, en este caso, el Tribunal considera, compartiendo los argumentos de la recurrente, que el Ayuntamiento puede valorar la aplicación en todos sus aspectos de un convenio que funcionalmente no se corresponde con la actividad objeto del contrato. El convenio que se venía aplicando contiene un conjunto de derechos y obligaciones que se han incorporado a los contratos de trabajo y se han convertido en derechos adquiridos para los trabajadores, por lo que

el cambio de convenio colectivo sería una modificación sustancial en las condiciones de los contratos.

En definitiva, debemos concluir que el órgano de contratación no ha establecido, puesto que no podía hacerlo, el convenio colectivo de aplicación al contrato licitado, sino que ha determinado la aplicación de un salario mínimo, por referencia a un determinado convenio colectivo.

Esta interpretación viene avalada por el texto del propio PCAP, cuando en el Anexo I, apartado 27. Observaciones, indica que *“las licitadoras deberán indicar el convenio colectivo que será de aplicación a las personas trabajadoras en el caso de resultar adjudicatarias”*. Hay que reconocer que si el convenio aplicable hubiera venido impuesto por el Pliego, sería superfluo y contradictorio pedir a las empresas que declarasen, no su sometimiento al mismo, sino una declaración sobre cuál es el que van a aplicar.

Por otro lado, tampoco el Pliego aclara como debía hacerse, en su caso, tal declaración puesto que el Anexo IX que se cita en las observaciones, solo incluye un casilla de cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral o social, prueba de ello es la circunstancia de que la Mesa debió hacer el requerimiento a todas las licitadoras, que no es que hayan acatado un convenio determinado, sin impugnar el Pliego, es que, en realidad, lo han interpretado correctamente, entendiendo que no se les exigía una declaración ulterior, más allá de la del Anexo IX.

En definitiva, debe concluirse que lo único que exigen los Pliegos, como condición especial de ejecución, es que el salario aplicado a los trabajadores respete el mínimo establecido por el Convenio Colectivo de Enseñanza y Formación no Reglada y ello sin predeterminar, por otra parte, ni la categoría profesional que deben tener los trabajadores adscritos al contrato, ni cuál de las categorías de dicho convenio, ha de tomarse como referencia para el cálculo.

Se advierte que el apartado 9 del PPT, exige titulaciones (*“con carácter general, titulación mínima de Diplomatura en Magisterio o equivalente”*) y no establece categorías profesionales, y unas y otras no tienen una correspondencia obligatoria. Por lo tanto, las recurrentes que en su recurso explican que han tomado como referencia para establecer el salario mínimo, la categoría de monitor del convenio colectivo citado, comparándola con el salario de igual categoría del convenio de Ocio Educativo y Animación Sociocultural, que consideran aplicable, han actuado correctamente de acuerdo con el Pliego.

Por todo lo anterior, se considera que la declaración presentada por las recurrentes, si bien no venía debidamente exigida por el PCAP, una vez presentada debió ser admitida por la Mesa de contratación y entender subsanada la documentación, por lo que la exclusión de las recurrentes no fue correcta y los recursos deben ser estimados por este motivo, retrotrayendo las actuaciones al momento previo a la exclusión para que las recurrentes sean admitidas.

Respecto a la posibilidad de retroacción del procedimiento en este caso, debe señalarse que el Tribunal en su Resolución 24/2014, de 5 de febrero, abordó un supuesto análogo, *“en que la exclusión del recurrente hubiera tenido lugar con anterioridad a la valoración de las ofertas (por no acreditar el nivel de solvencia o el cumplimiento de las prescripciones técnicas) y que continuando el procedimiento de contratación, el resto de ofertas hubieran sido valoradas en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor y abiertas las ofertas de los criterios valorables mediante cifras o porcentajes, a diferencia de la del excluido, cuya oferta, por el hecho de la exclusión, no hubiera sido abierta, ni por lo tanto valorada. En este supuesto este Tribunal ha venido considerando que la readmisión del excluido, como consecuencia de un recurso especial, implica la continuación del procedimiento respecto de la valoración incluyendo la oferta u ofertas excluidas puesto que, en este caso se ha respetado el orden de apertura de los demás licitadores y la nueva inclusión es una consecuencia sobrevenida del recurso interpuesto y no un vicio de nulidad cometido en la tramitación del procedimiento. Además la valoración de la oferta admitida conforme a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor se*

*efectuará siempre antes de conocer su oferta económica, así como la puntuación obtenida en ésta y en el resto de criterios de carácter automático*". En consecuencia, procede la retroacción.

**Octavo.-** Las recurrentes solicitan en sus recursos que el Tribunal declare que el convenio colectivo aplicable es el II Convenio Marco Estatal de Ocio Educativo y Animación Sociocultural de fecha 15 de Julio de 2015.

Este Tribunal en su Resolución 139/2016 de 13 de julio, en relación con la impugnación de los Pliegos de un procedimiento similar, señaló que *"El Tribunal, no indicó en dicha Resolución y tampoco puede hacerlo ahora, que ese es el convenio aplicable, puesto que como ya se ha señalado en varias ocasiones, se trata de una cuestión de orden laboral sobre la que en definitiva correspondería pronunciarse, en su caso, a la jurisdicción social. Sin embargo, sí puede señalar que respecto de aquellas cuestiones en las que la aplicación de un determinado convenio sea un elemento esencial que se deba conocer para elaborar convenientemente en la oferta, ese es el convenio que debe considerarse"*.

Por lo tanto, no compete al Tribunal, en este caso, establecer el convenio colectivo de aplicación, que vendrá determinado por las actividades a desarrollar, debiendo en caso de discrepancia someter la cuestión a la jurisdicción social.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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.-** Acumular la tramitación de los recursos especiales interpuestos por don A.B.V., en nombre y representación de Hartford, S.L. y don L.C.S., en nombre y representación de Arjé Formación, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 23 de septiembre de 2016, por el que se les excluye de la licitación del contrato: “Actividades extraescolares en los centros educativos del Distrito de Vicálvaro”.

**Segundo.-** Estimar parcialmente ambos recursos especiales en materia de contratación, anulando el Acuerdo de exclusión impugnado y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la misma, que deberán continuar admitiendo a ambas licitadoras y desestimarlos en cuanto a la pretensión de declaración del convenio colectivo aplicable.

**Tercero.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos 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.