

Reclamación nº 060/2022

Resolución nº 86/2022

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

En Madrid, a 3 de marzo de 2022.

VISTA la reclamación interpuesta por la representación legal de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos (en adelante, AMI) contra los Pliegos del procedimiento de licitación del contrato “*servicio de mantenimiento integral de 679 equipos de instalaciones de climatización ubicados en estaciones, recintos y depósitos de Metro de Madrid*”, dividido en dos lotes, expediente de licitación 6012200012, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid con fecha 26 de enero de 2022 y en el DOUE el día 28 del mismo mes, se convocó la licitación del Acuerdo Marco de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 1.309.097,52 euros y su plazo de duración de 4 años.

Segundo.- Con fecha 26 de enero de 2022 se publicaron los Pliegos que ha de regir la licitación del contrato de referencia.

Tercero.- El 9 de febrero de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal reclamación formulada por la representación de AMI por el que solicita la anulación de los Pliegos del contrato.

El 24 de febrero de 2022 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 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).

Cuarto.- El procedimiento de licitación se encuentra suspendido por acuerdo de este Tribunal de fecha 24 de febrero de 2022.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y está sujeto al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros

privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, RDLCSE).

El artículo 121.1 del RDLCSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE, en relación con 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la reclamación planteada.

Segundo.- De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP al que se remite el artículo 121 del RDLCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto de reclamación”*. La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, al tratarse de una organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La reclamación se planteó en tiempo y forma, pues los Pliegos fueron publicados el 26 de enero de 2022 e interpuesto el recurso ante este Tribunal, el 9 de febrero de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios suministro sujeto al RDLCSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1."b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos".

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el recurso se fundamenta en que el presupuesto base de licitación para ambos lotes sería insuficiente para asumir los costes derivados de la prestación del servicio exigido en los Pliegos.

A su juicio, sólo el coste anual del personal a destinar al servicio para cada uno de los lotes, calculado con base en el convenio colectivo que les es de aplicación (del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal), y sin considerar el coste de vacaciones ni absentismo (sólo salario y cargas sociales) ascendería a 166.238,25.-€ (IVA excluido). Acompaña un cuadro de cálculo de costes. A lo anterior, habría que añadir los medios materiales exigidos para cada lote (2 vehículos de mantenimiento tipo furgoneta ligera; 1 equipo de recuperación y refrigerante y 1 almacén), siendo que, en caso de presentar oferta para los dos lotes, los vehículos y el equipo de recuperación y carga al no poder compartirse, han de ser valorados para cada uno de ellos; es decir, el coste no puede ser compartido.

Considera que dicha falta de previsión hace que el cálculo de los costes reales del servicio sea erróneo, y consecuentemente, el importe dispuesto en el Presupuesto Base de Licitación (PBL) a fin de atender aquellos, vulnerando lo que dispone la LCSP, pues no habría sido determinado a precio de mercado. El desequilibrio económico entre los costes reales del servicio y el importe de licitación haría inviable su prestación.

En apoyo de sus alegaciones menciona diversas resoluciones de Tribunales de resolución de recursos contractuales.

Por su parte, el órgano de contratación considera que el PBL de la licitación se ajusta al precio de mercado.

Alega que se trata de un servicio crítico de continuidad, que, en la actualidad, está desempeñándose por otra empresa del sector de la climatización para Metro de Madrid, por un precio 18,53 por ciento inferior respecto al importe del PBL de la licitación para el lote 1 y de un 18,62 por ciento inferior para el lote 2. En la anterior licitación, cuyos importes de adjudicación se han tomado como base para dicho incremento, ninguno de los lotes fue adjudicado en situación de anormalidad, por lo que, en consecuencia, el valor del contrato se ha incrementado notablemente respecto a un precio de mercado ofertado hace tres años y ocho meses. Por tanto, se ha previsto un incremento de más del 18 por ciento en el PBL en ambos lotes, un porcentaje que se ha entendido suficiente para hacer frente a los nuevos requerimientos del servicio cuya prestación se contrata y a las variaciones experimentadas en los costes, especialmente en aquellos vinculados a las materias primas y suministros de repuestos.

Añade que en el informe justificativo del contrato se ha tenido en cuenta el coste de los nuevos requerimientos contemplados en la licitación para la prestación del servicio que se va a contratar. No ha considerado que los costes salariales en los que la empresa pone énfasis en su reclamación se hayan elevado en una magnitud tal que implique una mayor modificación del PBL. Por el contrario, se han reseñado los conceptos mencionados en el citado informe como indicadores que han motivado un incremento porcentual mayor del habitual en el PBL, por su variación y volatilidad en una situación de inflación generalizada en las materias primas, sin perjuicio de que se ha contemplado también en el mismo los costes relacionados con los medios a adscribir según el convenio colectivo de aplicación.

A su juicio, el reclamante parte de un escenario alternativo no ajustado debidamente a las obligaciones establecidas en los Pliegos que rigen la licitación, de forma que está queriendo repercutir erróneamente el coste salarial íntegro de seis

trabajadores por cada uno de los dos 2 lotes, al entender que los costes de los medios humanos a adscribir al contrato deben imputarse en un porcentaje del 100% al contrato que nos ocupa. Sin embargo, los costes no pueden, como el reclamante señala en su escrito, ni deben, ser imputados en su totalidad al contrato que se está licitando, pues el PBL no ha sido conformado bajo tal premisa y, por ello, los cálculos laborales aportados por la Asociación que ha formulado la reclamación sobrepasan incluso el importe total del PBL por lote, ya que la dedicación de los medios humanos al servicio licitado de mantenimiento, es parcial y no total, como bien conocen las empresas del sector.

A este respecto, han realizado cálculos independientes y exclusivos para cada uno de los perfiles, estableciendo en aras de la correcta confección del PBL que rige la licitación, unos porcentajes de dedicación al contrato que permitan su cumplimiento y que son los detallados a continuación:

- LOTE 1: Los costes salariales con inclusión de los gastos de seguridad social suponen aproximadamente un 64,6% del PBL.
- LOTE 2: Los costes salariales con inclusión de los gastos de seguridad social implican aproximadamente un 45,7% del PBL.

La naturaleza de este tipo de contratos tiene unos porcentajes de dedicación efectiva variables, en consecuencia, en determinadas estaciones del año los mantenimientos preventivos y correctivos se incrementan sobre los que han de realizarse en otras épocas estacionales. No se precisa, por tanto, una dedicación estable ni previamente determinada de manera inmutable. Las intervenciones las determinan los mantenimientos periódicos que son programables por las empresas, y los posibles avisos correctivos, que son a demanda cuando exista un fallo en la maquinaria.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si el PBL es suficiente para atender las obligaciones derivadas del cumplimiento del objeto del contrato al ser conforme a los precios de mercado.

A este respecto, el artículo 4 del RDLCSE, dispone:

“(...). 2. 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. Asimismo, deberán tenerse en cuenta: (...). En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación. (...). 7. La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío de la convocatoria de licitación o, en caso de que esta no esté prevista, al momento en que la entidad contratante inicie el procedimiento de adjudicación del contrato. (...).”

Por su parte, el artículo 43.5 del RDLCSE, establece: *“(...) en el momento de elaborar el presupuesto de la licitación las entidades contratantes pertenecientes al Sector Público cuidarán de que el mismo sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de condiciones los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que los costes 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 (...).”*

Consta en el expediente de contratación informe justificativo de la contratación en el que se recoge un estudio comparativo respecto de la licitación anterior y un

análisis de los precios unitarios, proponiendo unos precios de licitación que suponen un incremento del 18,53% lote 1 y del 18,62% lote 2, para 4 años (4,6% anual) sobre los precios anteriores de adjudicación (precio medio mensual por equipo) desglosando los motivos que conllevan unos mayores costes directos mantenimiento.

La mayor discrepancia planteada por la recurrente se refiere a los costes salariales, por considerarlos insuficiente para atender las obligaciones contractuales.

A este respecto, deben acogerse las alegaciones del órgano de contratación en el sentido de que el concepto disponibilidad, que lleva aparejado cualquier servicio de mantenimiento al que se adscriban recursos con un determinado perfil profesional, no puede confundirse con el de dedicación efectiva de los mismos al contrato, que dependerá de la planificación y organización que la empresa contratista realice para ejecutarlo, por lo que no puede ser admitida la alegación del reclamante que propugna una dedicación del 100% de estos medios humanos al presente contrato.

De acuerdo con lo previsto en los Pliegos, nos encontramos ante un servicio principalmente orientado al resultado, estableciendo claramente unos hitos de cumplimiento, que denomina específicamente en el apartado 9 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), “*Indicadores de Servicio*”, un parámetro que se compone de diferentes índices de cumplimiento como son:

- “9.1. *Tiempo de respuesta*
- 9.2. *Tiempo de resolución (horas)*
- 9.3. *Fiabilidad Técnica (horas)*
- 9.4. *Disponibilidad Técnica (%)”.*

En base a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el servicio objeto de contratación no se presta para la entidad contratante y solo para ella, por lo que los costes salariales de los trabajadores que el contratista haya adscrito para la ejecución del contrato, son empleados para el conjunto de usuarios o consumidores, y dichos costes han sido tenidos en cuenta para la elaboración del PBL de ambos lotes

licitados, sin que su concreto desglose sea exigible de acuerdo con la doctrina de la Tribunales de resolución de recursos contractuales. En este sentido, sirva la Resolución del TACRC 739/2019, de 4 de julio, alegada por el órgano de contratación:

“La particularidad de ese artículo 100.2 es la imprecisa redacción de su último inciso, pues parece referirse a todos los contratos, cuando la realidad es que se refiere a unos muy concretos y determinados. El significado de su mandato debe ceñirse a su literalidad, de forma que su ámbito ha de reducirse a los contratos singulares en los que concurra el requisito concreto que establece ese inciso, que no es que sean importantes los costes laborales de los trabajadores empleados para su ejecución en la cuantía del precio total del contrato, sino que solo se aplica en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato.

En efecto el requisito citado no puede referirse a todos los contratos en que los costes salariales sirvan para formar el precio total, pues en tal caso se encuentran todos los contratos, ya que el precio de una prestación siempre conlleva un coste directo laboral que habrá contribuido a determinar el precio. La especificación que contiene la norma, que es que el coste de los salarios de las personas empleadas en la ejecución del contrato forme parte del precio total del contrato, implica no solo que sea un coste sino que sea precio, es decir, que forme parte del precio como un elemento de él, es decir, integre precio porque éste se fije por unidades de trabajo y tiempo, tales como precio por trabajador/día o mes o años o por horas o por bolsas adicionales de horas, o por trabajos extraordinarios, o por días laborable o por días festivos.

(...)

La segunda circunstancia limitativa es que, no solo los costes laborales sean el coste principal, sino que, además, ese coste económico sea el de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato. Por tanto, ha de tratarse de contratos de servicios en los que la ejecución de la prestación se efectúa por trabajadores empleados y puestos a disposición para ello, lo que excluye todos aquellos contratos en que la prestación se realiza para el público en general, de forma que el uso por la Administración contratante es uno más de muchos y el coste por ello es una tarifa,

precio unitario o comisión, en el que no forman parte del precio los costes salariales de los trabajadores que en general se emplean para ejecutar el contrato. Así los contratos de servicio en los que, si bien hay costes económicos por salarios de trabajadores empleados en la ejecución, no existe una prestación directa para la entidad contratante y solo para ella, es decir, no son empleados solo para la ejecución del contrato con la Administración, sino para el conjunto de usuarios o consumidores, ni, por ello, los costes salariales forman parte como precio del precio total del contrato, quedarían excluidos de la prescripción legal.”

Por todo lo anterior, debe considerarse cumplido lo dispuesto en el artículo 43.5 del RDLCSE, por lo que procede la desestimación de la presente reclamación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLCSE en relación al 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 la reclamación interpuesta por la representación legal de la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos contra los Pliegos del procedimiento de licitación del contrato “*servicio de mantenimiento integral de 679 equipos de instalaciones de climatización ubicados en estaciones, recintos y depósitos de Metro de Madrid*”, dividido en dos lotes, expediente de licitación 6012200012.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal con fecha 24 de febrero de 2022.

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.