

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

En Madrid, a 15 de abril de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Servicios Auxiliares de Mantenimiento y Limpieza, S.L. (SAMYL) contra los pliegos del contrato “Gestión integral de los servicios complementarios de limpieza de los equipamientos adscritos al Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid” número de expediente 300/2020/00529 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 16 de diciembre de 2020 en el DOUE y el 5 de enero de 2021 en la Plataforma de Contratación del Sector Público se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. Posteriormente se rectificaron dichos anuncios los días 13 y 20 de enero en dicha Plataforma.

El valor estimado del contrato asciende a 9.610.191,16 euros y su plazo de duración será de 24 meses con posibilidad de prórroga por otros 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 14 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- El 5 de enero de 2021 se publicaron los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, que posteriormente fueron rectificadas publicándose en este mismo medio los días 13, 20 y 22 de enero de 2021.

Tercero.- Tras haberse realizado las distintas actuaciones propias del desarrollo del procedimiento de licitación, el 4 de marzo de 2021 se publica en la citada Plataforma el informe de valoración final de ofertas, y el informe sobre la aceptación de la oferta incurra en presunción de anormalidad, proponiendo a la Mesa de Contratación la adjudicación del contrato a la empresa CLECE, S.A.

El 15 de marzo de 2021 se publica la justificación presentada por CLECE para justificar su oferta.

Cuarto.- El 18 de marzo de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de SAMYL en el que alega nulidad de los pliegos por el hecho de nueva noticia que constituye la justificación económica aportada por CLECE.

Quinto.- El 12 de abril de 2021 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 (LCSP), en el que solicita la inadmisión del recurso por extemporáneo y subsidiariamente la desestimación de las pretensiones del recurrente.

Sexto .- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 31 de marzo de

2021 , hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Séptimo.- No se ha dado traslado del recurso 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.- 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que es licitador en este procedimiento “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra los pliegos en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b de la LCSP.

Cuarto.- En relación con la interposición del recurso hay que analizar si el mismo se ha interpuesto dentro del plazo establecido legalmente, pues el recurrente alega

nulidad de pleno derecho de los pliegos y considera que el plazo para recurrir es de seis meses con base en el artículo 50.2.b. de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso el recurrente alega que:

“Esta parte considera que la información sobre la subrogación de los trabajadores integrada en los Pliegos no es ajustada a Derecho y determina la nulidad plena de los Pliego (o su subsidiaria anulabilidad) y, por ende, de la presente licitación. Nulidad o subsidiaria anulabilidad que ha sido conocida tras el informe justificativo de la supuesta baja temeraria u oferta anormalmente baja de CLECE, publicada el 15/03/21 que hemos aportado como documento nº5.

*La nulidad impetrada en el presente caso entendemos que es plena, puesto que la omisión deliberada efectuada por la actual adjudicataria es tan flagrante y determinante de la desigualdad para el resto de licitadoras concurrentes que puede entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ex. **art. 39 LCSP** en relación con el **art. 47.1 e) LCSP**.*

En caso de entenderse que se ha respetado el procedimiento legalmente establecido pero que, siendo estrictos, lo que se ha transgredido es propiamente el contenido exigible en dicho procedimiento previsto en el artículo 130 LCSP, entonces los Pliegos - que integran la información exigida para la adjudicataria en el artículo 130 LCSP- y, por ende, la licitación adolecería igualmente de anulabilidad con el mismo efecto legal de eliminación de los Pliegos del mundo jurídico, puesto que ha de entenderse que infringen el artículo 40b) LCSP en relación con el artículo 48.1 LPACAP.

*En uno y otro caso, nos hallamos ante un supuesto nulo -en sentido amplio- que ha sido advertido por esta licitadora tras el informe justificativo de la supuesta baja temeraria u oferta anormalmente baja de CLECE, publicada el 15/03/21 que hemos aportado como documento nº5, en cuyo seno se contiene el **hecho nuevo o de nueva noticia que permite advertir la nulidad indirecta de los Pliegos**.*

En particular, para advertir esta nulidad hay que poner en contraste el listado de subrogación remitido por CLECE -publicado como parte de los PCAP- y la información que ahora ofrece para tratar de justificar a posteriori su propuesta económica, que contiene una -en nuestra opinión- deliberada ocultación de información esencial para

que el resto de licitadoras hubieran podido competir con la actual adjudicataria en condiciones de igualdad y, por tanto, con trasgresión de la transparencia e igualdad entre licitadoras exigida en el artículo 132 LCSP.

Atendiendo al caso que nos ocupa, CLECE remitió un listado de trabajadores en el que no hizo ninguna distinción sobre su empleador -nos remitimos a los Pliegos-, debiendo entenderse que todos ellos estaban contratados por CLECE que es la que aparece como única empleadora.

Para sorpresa de esta parte, en la justificación económica publicada el 15/03/21 se pone de manifiesto que el 24,634% del personal -aproximadamente 1/4 de la plantilla a subrogar- estaba subcontratado a un Centro Especial de Empleo (INTEGRA), como se refleja en varias partes del informe de CLECE aportado como documento nº5, (...)

Este dato -que era desconocido hasta el 15/03/21- esencial para determinar el coste de la masa salarial a subrogar y, por ende, de la oferta a presentar, entendemos que se ha ocultado deliberadamente por la adjudicataria y ha permitido a CLECE, en contra del principio de transparencia e igualdad entre licitadoras ex. art. 132 LCSP, ofertar en mejores condiciones que el resto de licitadoras, al ser conocedora -sólo ella- de que el coste salarial estaba -en un 24,634% de la plantilla- bonificado y subvencionado y, por tanto, era sustancialmente menor que el que tomaron como base de cálculo el resto de licitadoras, lo que ha redundado en la posibilidad de ofertar un menor precio. Decimos deliberadamente puesto que la ocultación de estos datos se ha producido no sólo en los pliegos al suministrar CLECE la información exigida por el Órgano de Contratación, sino en dos ocasiones:

A) la primera al facilitar el listado exigido en el artículo 130 LCPS, puesto que al requerirle el Órgano de Contratación el listado del personal a subrogar con la información exigida legalmente, se omitió por CLECE concretar el dato esencial de la doble condición del empleador de CLECE y también de INTEGRA, refiriéndose a todos ellos sin distinción alguna y sin informar al resto de licitadoras de que 1/4 parte de la plantilla estaba subcontratada a un Centro Especial de Empleo.

En esa misma información ofrecida al amparo del art. 130 LCSP, la intencionalidad de oscurantismo de la adjudicataria también puede deducirse al no detallar otros

requisitos legales como el Convenio Aplicable a cada trabajador, puesto que CLECE debería haber indicado que a los trabajadores subrogados les aplicaba no un único convenio sino dos: Convenio de limpieza para el 75,970% de los trabajadores pero - dato que también omite- Convenio de Centros Especiales de Empleo para el 24,634% restante.

*B) Sin embargo, si a la primera información ofrecida por CLECE a los efectos de incorporarla a Pliegos ex. art. 130 LCPS no cumple con las exigencias legales, entendemos que hay una clara intencionalidad deliberada de perturbar la igualdad entre licitadoras en contra del art. 132 LCSP cuando se reiteró esta infracción del artículo 130.1 LCSP al ser **inquiridos expresamente el 26/01/21 a tales efectos** por las restantes licitadoras en la sección de preguntas/respuestas, contestando CLECE, nuevamente, con una evasiva remisión a la información antes ofrecida y añadida a los Pliegos indicando, por segunda vez, que la información suministrada en los Pliegos era suficiente para conocer la naturaleza del contrato y de su empleador, como pasamos a reflejar y hemos aportado como documento nº6 -en todo caso nos remitimos a la plataforma donde constan las mismas-:*

26-01-2021 08:59

Pregunta

Buenos días,

¿existe personal bonificado dentro del listado de subrogación?

Gracias

Respuesta

Buenos días,

En el listado de subrogación están informados los códigos de contrato, a través de ellos se puede saber si existe personal bonificado en el contrato.

Gracias.

Nuevamente se responde el 29/01/21 en idéntico sentido, indicándose en esta plataforma:

29-01-2021 12:19

Pregunta

Buenos días.

Estamos atentos a la aclaración de las preguntas formuladas el 26 de Enero que fueron trasladadas al actual contratista (...)

Quedamos atentos a su respuesta

Gracias

Respuesta

Buenos días,

Hasta la fecha el contratista actual nos ha respondido a las siguientes preguntas:

(...)

- ¿existe personal bonificado dentro del listado de subrogación?

En el listado de subrogación están informados los códigos de contrato, a través de ellos se puede saber si existe personal bonificado en el contrato.

(...)

Esta afirmación doblemente reiterada no es cierta, puesto que -como bien conoce una mercantil profesional del sector como CLECE o debería conocer el poder adjudicador- la calificación de un contrato de un trabajador como los subrogados es idéntica si trabaja para una mercantil con ánimo de lucro como es CLECE o ante un Centro Especial de Empleo como es INTEGRRA por lo que no es posible distinguir si está o no bonificado o se acoge a subvención, si el trabajador no tiene condición de discapacitado -que sí que tiene una numeración específica- y es, por ejemplo, una persona totalmente capacitada pero en riesgo de exclusión social.

En consecuencia, es evidente que la información suministrada por CLECE para configurar los pliegos sumada a la respuesta evasiva en la sección de preguntas/respuestas es contraria a las exigencias del artículo 130.1 LCSP (...) cuando al resto de licitadoras le fue desconocido un dato tan esencial como que el 24,634% de la plantilla trabaja subcontratada para un Centro Especial de Empleo que cuenta con bonificación estatal y subvención en su coste laboral

(...)

*Pues bien, si el principal dato correspondiente al tipo de empleador (mercantil o CEE) es absolutamente relevante para poder permitir una exacta evaluación de los costes laborales, de igual modo **también se puede considerarse omitido el dato -también esencial- consistente en el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores,** puesto que si -como ahora se conoce- tenía trabajadores adscritos a CLECE pero también a INTEGRRA, entonces le resultaba de aplicación dos convenios colectivos, el de limpieza y el propio de los Centros Especiales de Empleo para, respectivamente, el 75% y el 25% -aproximadamente- de la plantilla a subrogar, sin perjuicio de que se aplicase -únicamente a efectos salariales- el primero de ellos.”*

Por su parte el órgano de contratación alega que:

“De forma indubitada y de la propia literalidad del recurso interpuesto, tal y como se demostrará a continuación se deduce que el recurrente ya tenía noticia de que los pliegos -Anexo VIII del PCAP y Anexo III del PPT- no facilitaban la información necesaria -siempre según la versión del propio recurrente- para el cálculo de los costes laborales, por lo que la pretendida “nueva noticia” que incorpora en su recurso a partir de la justificación a la oferta anormal o desproporcionada no es tal.

Fue en dicho momento, por tanto, tal y como acompaña a su recurso a modo probatorio, cuándo se formularon las preguntas a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, respondidas por el órgano de contratación, cuándo el recurrente ya tendría conocimiento de la presunta inexactitud de los pliegos a efectos del cálculo de los costes laborales, cuándo debió interponer el recurso especial en materia de contratación.

Luego si a la mercantil recurrente no le convencían las contestaciones facilitadas por el órgano de contratación a las preguntas formuladas en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fechas 26 y 29 de enero de 2021, y no tenía la información necesaria para formular su oferta en condiciones de igualdad, era en ese momento, cuando se debía haber interpuesto el recurso especial en materia de contratación, puesto que estaba abierto, -entonces sí- el plazo para recurrir contra los pliegos.

Continúa el órgano de contratación alegando que: “La segunda publicación correspondiente al día 22 de enero, en la que se vuelven a publicar en el perfil del Contratante del Ayuntamiento de Madrid instalado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares con información adicional sobre los trabajadores a subrogar, incluyéndose en el Anexo VIII PCAP y en el Anexo III PPT, nueva relación con seis trabajadores que no figuraban en los Anexo VIII y Anexo III, que se publicó inicialmente con fecha 5 de enero de 2021, incluyendo los datos correspondientes a categoría, contrato, jornada, horas semana y fecha de antigüedad.”

Por ello, considera que el recurso es extemporáneo por haber transcurrido el plazo de establecido en el artículo 50.1.b)

Por último, añade que *“Escaso comentario merecen, por otro lado, las insinuaciones del recurrente sobre la escasa información o deliberada intención de confundir, que atribuye a las contestaciones que a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, se facilitaron desde el órgano de contratación a las preguntas formuladas en relación con la posible bonificación en los contratos de algunos de los trabajadores, ya que hay que insistir en que el Anexo VIII, recoge información veraz sobre los trabajadores a subrogar, con independencia de que la mercantil titular del contrato CLECE, S.A., haya utilizado un Centro Especial de Empleo de su grupo de empresas, para dar acceso al mercado laboral a personas con determinada discapacidad, o con dificultad reconocida para el acceso al mercado de trabajo.*

Además, la pregunta realizada por uno de los licitadores sobre que el salario de uno de los trabajadores recogido en la tabla de subrogación incumplía el Convenio de Limpieza, ofrece ya una prueba de que se estaban empleando trabajadores de este convenio u otro convenio, que tienen tablas salariales distintas, pero independientemente de ello, al tener la obligación de incorporarlo a la plantilla el salario que le correspondería tras la licitación pasaría a ser el del convenio de Limpieza, como se ha apuntado anteriormente”

Vistas las alegaciones de las partes este Tribunal desestima las pretensiones de SAMYL pues el *“hecho nuevo o noticia nueva”* en que fundamenta su recurso no tienen cabida jurídica dentro del artículo 39 de la LCSP que establece las causas de nulidad de derecho administrativo como tampoco la tienen dentro del artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al que se remite.

Por ello, si el recurrente entendía que faltaba información en relación con el personal a subrogar podía haber recurrido en ese momento los pliegos. Tal y como expuso el TACRC en la Resolución nº 805/2019, 6 de julio, cuyo criterio comparte este Tribunal: *“Los Pliegos son una actuación administrativa dentro del procedimiento de contratación susceptible de impugnación, de manera que, al no haber sido recurridos en tiempo y forma, su impugnación indirecta en el momento actual, por medio del presente recurso, resulta extemporánea, dado que, en efecto, han ganado firmeza en vía administrativa. Así lo viene aclarando reiterada doctrina de este Tribunal, sirva de ejemplo la Resolución nº 855/2018, de 1 octubre y 475/2018, de 11 de mayo, en la que recordando la nº 178/2013, de 14 de mayo se advierte que: ““FD 7º.-(...) Ahora bien, es sabido que los Pliegos de Condiciones Contractuales y de Prescripciones Técnicas constituyen parte esencial del mismo contrato, como expresamente proclaman los arts. 115.3 y 116.1 del TRLCSP al establecer que “sus cláusulas se consideran parte de los contratos” y que, por tanto, los requisitos de personal exigidos para las ambulancias, ajustados estrictamente a lo dispuesto por el Real Decreto 836/2012 regulador del transporte sanitario, fueron perfectamente conocidos y aceptados por todos los licitadores al publicarse el anuncio del contrato y presentar sus respectivas ofertas sin que fueran impugnados los Pliegos ni se efectuara observación alguna respecto de su contenido, debiéndose recordar, a este respecto, el principio capital de todo el derecho contractual público de que, con arreglo a lo dispuesto por el art. 145.1 del TRLCSP, “la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”. Esta aceptación por los*

licitantes, “sin salvedad o reserva alguna”, del contenido de los Pliegos al presentar sus proposiciones, hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuanto que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación” (art. 40.2.a), fase en la que el ahora recurrente pudo y debió, en su caso. En este sentido, cabe invocar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma: “Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía”.

En consecuencia, publicada la rectificación de los pliegos el 22 de enero de 2021 e interpuesto el recurso el 18 de marzo de 2021 se concluye que el mismo es extemporáneo por haber transcurrido el plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Servicios Auxiliares de Mantenimiento y Limpieza, S.L. contra los pliegos del contrato “Gestión integral de los servicios complementarios de limpieza de los equipamientos adscritos al Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid” por extemporáneo.

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.- Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento adoptada mediante Acuerdo de 31 de marzo de 2021 de este Tribunal.

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.