

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

En Madrid, a 28 de enero de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Clece, S.A. contra el Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Chamartín, de 1 de diciembre de 2020, por el que se adjudica el “Contrato de servicios complementarios (mantenimiento, limpieza y conserjería) de los edificios, colegios e instalaciones deportivas dependientes del distrito de Chamberí, 3 lotes, reservado lote 3 subcontratación con centros especiales de empleo de iniciativa social o con empresas de inserción, D.A. 4ªLCSP”. Número de expediente 300/2020/00219-Lote1, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio de información previa en el DOUE el 11 de febrero de 2020 y publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 2 de septiembre de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 8.848.587,52 euros y su plazo de duración será de 2 años con posibilidad de prórroga por otros dos.

Segundo.- A la licitación del Lote 1 del presente contrato se han presentado 6 empresas, entre ellas la recurrente.

El Órgano de contratación adjudicó el Lote 1 del contrato, el 1 de diciembre de 2020, a la empresa Acierta Asistencia, S.A. (en adelante Acierta).

Tercero.- Con fecha 21 de diciembre de 2020, se presenta ante el Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación por la representación de Clece, S.A. contra la adjudicación del Lote 1 del contrato de referencia, solicitando revocar el acto de adjudicación recurrido y ordenar la retroacción del expediente de contratación al momento anterior al dictado de la adjudicación, en el que deberá excluirse a la empresa Acierta por no haber justificado debidamente la viabilidad de su oferta y adjudicarse a favor de su representada.

Adicionalmente solicita la suspensión del acto impugnado.

El 8 de enero 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida para el Lote 1 por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, 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 se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario del Lote 1 de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. El 21 de enero ha tenido entrada en este Tribunal escrito de alegaciones.

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 clasificada en segundo lugar *“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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 1 de diciembre de 2020, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso el 21 de diciembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

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

Quinto.- La recurrente alega falta de justificación de la oferta en temeridad de Acierta e incumplimiento del Convenio de aplicación, así como en la improcedencia y falta de motivación de la aceptación de la oferta y su adjudicación.

Fundamenta sus alegaciones en que los precios para los oficiales primera de fontanería y de albañilería se encuentran por debajo del convenio en la medida que no contemplan el “Plus mejora de Productividad y el “Plus de carencia de incentivos”. Añadiendo que “cabe destacar que la práctica habitual, dada las especiales características de las labores de mantenimiento, es asumir este plus; ante la imposibilidad de establecer otros sistemas de retribuciones por incentivo equivalente al descrito en el convenio. En cualquier caso, ésta u otras cantidades similares deben contemplarse en el estudio de costes”.

Por su parte el Órgano de contratación en su informe alega: *“Que respecto de los costes de personal en las diferentes categorías se entiende que los costes laborales están calculados por encima de lo previsto en el Convenio Colectivo de aplicación dado que según la Tabla salarial actualizada para 2019 (BOCM de 30 de mayo de 2019), entre otros, para la categoría de oficial se recoge un salario anual de 17.350,20€. Atendiendo que para la citada categoría se recogían en la oferta cantidades de 18.250€ y 18.500€, se entiende que la de la oferta es superior. Cantidades estas que absorberían incluso los pluses a que se refiere el recurso interpuesto, y teniendo en cuenta que, en algún caso, a tenor del propio Convenio Colectivo no son obligatorios, como el de “carencia de incentivos” y que, en otros casos, se vinculan a que se produzca o no absentismo; circunstancia que depende de un hecho futuro”.*

El adjudicatario en su escrito alega lo siguiente:

“En primer lugar, no son ciertas las cantidades de los salarios brutos que CLECE deduce del Convenio Colectivo de la Industria, los Servicios y las Instalaciones del Metal de Madrid (Código de convenio nº 28003715011982), para el período 2018-2020, publicado por Resolución de 14 de enero de 2019, de la Dirección General de Empleo (BOCM nº 38, de 14 de febrero de 2019).

En este sentido, CLECE pretende que el salario bruto de los Oficiales no son los 18.250 euros anuales reflejados en nuestra oferta (por encima de Convenio, como luego veremos), sino los 18.447,17 que señala en el cuadro de la página 4 de su recurso. Así, la diferencia estriba en que CLECE incorpora acumulativamente en su

cálculo el Plus de carencia de incentivos, a razón de 2,24 euros día (225 días), y el complemento de mejora de productividad, a razón de 22,12 euros al mes.

Ninguno de estos complementos es exigible en la oferta, como ahora veremos:

Respecto del plus de carencia de incentivos no es preceptivo en el caso de ACIERTA ASISTENCIA, S.A. a tenor del propio Convenio Colectivo, que en su artículo 17 dispone lo siguiente:

‘Artículo 17. Carencia de incentivos

Las empresas que no tuvieran implantado un sistema de racionalización en su centro de trabajo en la fecha de publicación del presente Convenio, o aquellas en que existiendo tales sistemas tuvieran talleres o dependencias sin ellos, tratarán de señalar, a partir de dicha publicación, lo que se estima como rendimiento mínimo exigible correcto y óptimo en cada puesto de trabajo, determinando al efecto la cantidad de labor a efectuar, su calidad y las restantes condiciones exigibles que debe reunir.

Esta determinación se hará pública en los respectivos talleres o dependencias para que el personal interesado conozca así con claridad el alcance de sus obligaciones a estos rendimientos y las fórmulas para los cálculos de la retribución por incentivo se harán de manera que puedan ser comprendidas con facilidad por los trabajadores y trabajadoras.

Reconociendo ambas partes, sin embargo, las dificultades que para las pequeñas empresas y determinado grupo de talleres o secciones de las restantes empresas puede suponer la implantación de un sistema de retribuciones con incentivo, se reserva, en estos casos, dicha implantación a la libre iniciativa de la empresa; en cuyo caso, será citada la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.

Para aquellos puestos de trabajo de mano de obra directa o indirecta en los que aún no se hayan establecido valores susceptibles de aplicación de un sistema de primas, se podrá implantar un sistema de prima indirecta basada en procedimiento de valoración de méritos u otros sistemas.

El rendimiento estimado y otorgado en porcentaje de medida análoga sobre el rendimiento mínimo exigible con este sistema se valorará a efectos dinerarios partiendo como mínimo del 50 por 100 de las concesiones económicas de los

trabajadores y trabajadoras directamente medidos y controlados en unidades de trabajo.

De esta prima indirecta quedan excluidos los trabajadores y trabajadoras que estén ejecutando al menos en un 50 por 100 trabajos a prima directa o aquellos otros que se encuentran en período de adaptación, sin perjuicio de cobrar por los días que no trabajen a prima la carencia de incentivo.

Todo el personal operario, excepto aprendices y aprendizas que no trabajen con sistema de incentivo, sea a la producción, sea a la valoración de méritos u otro análogo, percibirán por día efectivamente trabajado, además del salario convenio, las cantidades tituladas “Por carencia de incentivo” que se establece en las tablas salariales.

Las discrepancias que surjan en el seno de la empresa serán inexcusablemente resueltas, en primera instancia, por la comisión paritaria de la misma a que se hace referencia en el artículo 10 de este convenio.’

Del precepto transcrito se deduce con meridiana claridad que el Complemento denominado “Por carencia de incentivo”, solo será aplicable a aquellas empresas que no tengan establecido ningún sistema de incentivos; supuesto que no es aplicable a ACIERTA ASISTENCIA, S.A. que dispone de diferentes medidas de incentivación revisables anualmente, según méritos, en el mes de marzo.

En segundo lugar, el complemento de mejora de productividad es un complemento que depende del cumplimiento de un hecho incierto, como es el absentismo.

Así, el Convenio lo regula de la siguiente manera:

‘Artículo 42. Complemento por mejora de productividad

Con el ánimo de fomentar la mejora de la productividad y como estímulo, entre otros, para dicho logro se acuerda un complemento por mejora de productividad del 1,5% del salario convenio anual más, en su caso, el complemento “ex categoría”, dividido en doce mensualidades que se devengará por mes efectivo de trabajo vencido y se percibirá por una sola vez cada mes, siempre y cuando el trabajador o trabajadora no tenga ausencias por más de ocho horas laborables mensuales. Por lo tanto, se consolida el 1% establecido anteriormente en el Convenio y se incluye un 0,5% adicional que se aplicará durante la vigencia de este convenio colectivo.

Las únicas horas de ausencia que, a estos efectos, no excluyen este derecho son las producidas por el disfrute de las vacaciones anuales reglamentarias, garantías de los delegados y miembros del comité de empresa y las licencias retribuidas recogidas en el artículo siguiente del convenio, a excepción de la señalada en la letra b), como asistencia a consulta médica general o de cabecera, que sí se tendrá en cuenta en el límite mensual de horas referido en el párrafo anterior.'

Como decíamos, los 18.250 euros reflejados en nuestra oferta para la categoría de Oficiales de fontanería y albañilería están por encima de lo fijado en el Convenio Colectivo.

Así, el salario base más el Plus de mejora de productividad es, para la referida categoría profesional, de 17.924,74 euros brutos, y ello aplicando todos los incrementos anuales desde 2018. Por tanto, el coste reflejado en nuestra oferta de 18.250 euros no incumple, sino que supera el previsto en el Convenio Colectivo de aplicación, incluso incluyendo el plus de mejora de productividad y con margen para el de carencia de incentivos a razón de 42 euros mensuales."

La adjudicataria además cita la Resolución 544/2020, de 17 de abril del TACRC por guardar conexión con el objeto del presente recurso.

"Al respecto este Tribunal entiende que la oferta de ACIERTA. no ve comprometido el cumplimiento del art. 201 de la LCSP, y en especial el cumplimiento del Convenio Colectivo del sector antedicho; y ello porque, los complementos que el recurrente adiciona a las cantidades consignadas en las tablas salariales, no son los dos acumulativa y automáticamente de directa aplicación, pues uno de ellos va referido a la ausencia de absentismo (lo que no es absolutamente predecible) y el otro resulta de aplicación cuando no existe en la empresa incentivo alguno por productividad, extremo que en su escrito de alegaciones niega ACIERTA y que podría quedar subsumido en las cifras que oferta.

De otro lado, la holgura con la que se fija la oferta de ACIERTA, por encima de los límites mínimos fijados en las tablas salariales para 2019, unido a las previsiones que contiene la oferta con inclusión de un 2% de gastos generales y de un 5% de beneficio industrial, permite absorber los eventuales excesos salariales de tres

trabajadores, durante el año de ejecución del contrato, sin comprometer la viabilidad económica de la oferta”.

Vistas las alegaciones de las partes indicar en primer lugar que como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al Órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al Órgano de contratación “considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto” estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, rechazar 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 resulta inviable”.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incursa en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, 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 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.).

Tal como se indica en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 3/2012, de 30 de marzo, *“Según se desprende de la normativa mencionada, con la regulación de las ofertas o proposiciones con valores anormales o desproporcionados se persigue un doble objetivo: en primer lugar, garantizar la ejecución correcta del contrato, es decir, que la ejecución del contrato no se pueda frustrar como consecuencia del hecho de que una oferta o una proposición contenga valores anormales o desproporcionados y, por lo tanto, comprobar que estas ofertas o proposiciones son viables y que en caso de ser seleccionadas se podrán cumplir correctamente en los términos establecidos; y, en segundo lugar, establecer unos mecanismos de protección para la empresa licitadora, de manera que su oferta o proposición no pueda ser rechazada de forma automática, sino que tenga la posibilidad de defenderla”*.

La información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al Órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada.

En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al Órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el Órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que ha de ser “reforzada”, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, al Órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta.

Revisado el expediente por este Tribunal consta en el expediente informe técnico de, 14 de octubre de 2020, sobre valoración de los criterios valorables en cifras o porcentajes del Lote 1 del contrato de referencia, en el que se pone de manifiesto que la oferta de la empresa Acierta se encuentra en baja temeraria.

Por ello, la Mesa de contratación requiere a la citada empresa para que justifique su oferta debiendo hacer especial referencia a los términos del Informe emitido por los servicios técnicos del distrito. “desglosar los costes de personal que intervienen en la ejecución del contrato tanto de personal como de la subcontratación de servicios relacionados con lo recogido en la cláusula 9 del PPT y cláusulas I.3,I.4,I.5,I.8 y I.12 que resulte de aplicación del mismo”.

En contestación al requerimiento, el 19 de octubre de 2020, Acierta presenta la justificación de la oferta donde realiza una exposición detallada sobre el conocimiento del proyecto y la disponibilidad de medios humanos y técnicos que al tratarse de una empresa con gran implantación en Madrid, cuenta con numerosos recursos humanos móviles distribuidos por la Comunidad en diferentes contratos y por ello es capaz de lograr una optimización y reducción de costes, reasignado personal no adscrito al 100% a ningún contrato y reduciendo costes de contratación de personal. Además, adjunta unos certificados de calidad. Por último, presenta un desglose económico de todas las partidas incluyendo los costes de personal en atención al requerimiento efectuado.

El 20 de octubre de 2020 se emite informe técnico sobre valoración de la oferta incurso en baja temeraria, que tras analizar las alegaciones efectuadas por Acierta concluye que *“la oferta de la empresa ACIERTA ASISTENCIA, S.A., resulta válida,*

demostrándose la viabilidad de la oferta en los términos expresados, valorándose la ejecución del contrato tanto de personal como de la subcontratación de servicios relacionados con los recogido en la cláusula de PPT y cláusulas 1.3,1.4,1.6,1.8 y 1.12”

El 22 de octubre de 2020 la Mesa de contratación a la vista del informe técnico y documentación aportada por la empresa Acierta respecto de la presunción de anormalidad de su oferta del lote 1, considera que la empresa ha justificado razonadamente su oferta de acuerdo a los parámetros objetivos establecidos en el P.C.A.P.

Finalmente, el Órgano de contratación acepta la propuesta de la Mesa de contratación y se adjudica el Lote 1 del contrato a Acierta.

De lo expuesto, se observa que se han cumplido con las prescripciones de la LCSP, no pudiéndose apreciar arbitrariedad, ni falta de motivación en la toma de decisiones puesto que el informe técnico de viabilidad analiza cada una de las justificaciones presentadas por Acierta considerándolas válidas, cuestión ésta que entra dentro de la discrecionalidad técnica permitida por la ley.

En cuanto a lo alegado por el recurrente, en cuanto que Acierta incumple el Convenio, pues los salarios para los oficiales de primera de fontanería y de albañilería se encuentran por debajo de convenio en la media que no contemplan el “Plus de carencia de incentivos” y el “Plus de mejora de la Productividad” como pone de manifiesto el informe del Órgano de contratación al recurso entiende que los costes laborales están calculados por encima de lo previsto en el Convenio Colectivo dado que la tabla salarial actualizada para 2019 (BOCM de 30 de mayo de 2019) para las categorías objeto de controversia recoge un salario anual de 17.350,20 euros mientras que las cantidades ofertadas ascienden a 18.250 euros. Cantidades estas que absorberían incluso los pluses a que se refiere el recurso interpuesto, y teniendo en cuenta que, en algún caso, a tenor del propio Convenio Colectivo no son obligatorios, como el de “carencia de incentivos” y que, en otros casos, se vinculan a que se produzca o no absentismo; circunstancia que depende de un hecho futuro.

Efectivamente, el Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid (BOCM 14.02.2019) en relación con el plus de carencia de incentivos regulado en su artículo 17 establece su aplicación cuando no existe en la empresa incentivo alguno por productividad, extremo que en su escrito de alegaciones niega Acierta y que podría quedar subsumido en las cifras que oferta. Por su parte, el artículo 42 del Convenio vincula su percepción a la falta de absentismo.

Tal y como indica el informe del Órgano de contratación al ser la oferta presentada superior a lo establecido en Convenio, esta cuantía podría absorber los pluses que, en su caso, debiera abonar el contratista considerando que el pago de los mismo no es obligatorio en todos los supuestos (carencia de incentivo) y en otros está vinculado a un hecho futuro incierto como es la ausencia de absentismo (mejora de productividad). En este mismo sentido se pronuncia la citada Resolución 544/2020 del TACRC.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que procede desestimar el recurso presentado.

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 legal de CLECE,S.A. contra el Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Chamartín, de 1 de diciembre de 2020, por el que se adjudica el Lote 1 del “contrato de servicios complementarios (mantenimiento, limpieza y conserjería) de los edificios, colegios e instalaciones deportivas dependientes del distrito de Chamberí, 3, lotes, reservado lote 3 subcontratación con centros especiales de

empleo de iniciativa social o con empresas de inserción, D.A. 4ªLCSP". expediente 300/2020/00219-Lote1

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 automática, del Lote 1 del contrato, prevista en el artículo 53 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.