

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

En Madrid, a 3 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Samyl Facility Services, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama de 14 de diciembre de 2022, por el que se adjudica el contrato de “Servicio integral de limpieza de colegios, escuelas infantiles y edificios municipales”, (Expte 3827/2022), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 14 de septiembre de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 1.657.871,28 euros y su duración es de 2 años.

Segundo.- Terminado el plazo de presentación de ofertas, se reciben proposiciones de veinticinco entidades licitadoras, entre ellas la del recurrente.

La Mesa de contratación de 26 de octubre de 2022, acuerda declarar incurso en valores de anormalidad las ofertas presentadas por Grupo Manserco, (en adelante, MANSERCO), y Samyl Facility Services, S.L., (en adelante, SAMYL), concediendo a dichos licitadores un plazo de 3 días hábiles, a contar desde el siguiente al de la recepción del correspondiente requerimiento, para que presenten una justificación adecuada de las circunstancias que les permiten ejecutar dichas ofertas en las condiciones presentadas, con los criterios que se señalan al respecto en el artículo 149.4 LCSP. Ambas empresas presentaron en plazo su justificación.

Con fecha 11 de noviembre de 2022, se emite informe técnico en el que se considera que ambas empresas han justificado suficiente su oferta incurso en valores anormales.

Con fecha 22 de noviembre de 2022, la Mesa de contratación propone la adjudicación del contrato a MANSERCO.

Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama de 14 de diciembre de 2022, se adjudica el contrato conforme la propuesta de la Mesa de contratación a la citada empresa.

El acuerdo se publicó el 20 de diciembre de 2022.

Tercero.- El 22 de diciembre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia.

Cuarto.- En fecha 29 de diciembre de 2022, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación 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 transpone 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).

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, 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 (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Sexto.- La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados 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, presentando escrito de con fecha 1 d febrero de 2022, de cuyo contenido se hará referencia en el Fundamento de Derecho Quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa participante en la licitación 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 de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de adjudicación se publicó el 20 de diciembre de 2022, presentándose el recurso el 22 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación 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.c) de la LCSP.

Quinto.- Entrando en el fondo de asunto, el recurso se fundamenta en la nulidad ex artículo 40.b) de la LCSP en relación con artículo 48.1 de la LPACAP de la adjudicación, por adjudicarse a grupo MANSECO en contra de la previsión de la cláusula 13 de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que prohíbe subcontratar prestaciones que no sean accesorias.

Argumenta que, en el presente caso, motivación técnica de la baja anormal por parte de MANSERCO resultó contraria a la previsión de la cláusula 13 PCAP, puesto que se fundamentó, para razonar la justificación del ahorro y las condiciones excepcionalmente favorables para prestar los servicios, en la subcontratación de un tercero, el Centro Especial de Empleo Spezial Outsourcing, S.L., de una prestación principal, a los efectos de poder reducir sus costes mediante la concesión de subvenciones y bonificaciones en el salario bruto de sus trabajadores.

A su juicio, en un contrato de prestación de servicios de limpieza, resulta evidente que los recursos humanos son una prestación principal, motivo por el cual se estaría transgrediendo la prohibición de la cláusula 13 PCAP que prohíbe concertar con terceros cualquier prestación principal, como fue el caso de MANSERCO al subcontratar en un tercero que es CEE, el personal laboral de este contrato en favor de una tercera empresa que no integra el grupo empresarial de MANSERCO, siendo por tanto causa de exclusión al no poder justificar, sin transgredir la prohibición contenida en los pliegos, la viabilidad económica de su oferta.

Por su parte, el órgano de contratación alega que de la lectura del recurso podría concluirse que la admisión de la justificación de la baja temeraria presentada por el adjudicatario se ha basado, única y exclusivamente, y a modo de condición necesaria, en las argumentaciones referidas a la subcontratación a un CEE. En contra de lo anterior, de la lectura de la justificación presentada y el informe de valoración emitido al respecto puede concluirse que son múltiples los motivos alegados para justificar la oferta, y correlativamente, los admitidos en el informe (política de amortización de gastos, economía de escala, disponibilidad de la maquinaria, tabla acreditativa del planteamiento económico, finalmente la subcontratación al CEE).

Añade que el recurrente da por cierta la premisa de que el objeto de la subcontratación planteada tiene el carácter de prestación principal y no accesorio. El recurrente parece considerar la subcontratación como un hecho consumado. Sin embargo, la admisión de una justificación de estas características no implica la imposibilidad de velar posteriormente por el cumplimiento del contrato en todos sus términos, incluido, en lo que aquí interesa, el régimen legal exigible a la subcontratación. De esta forma, la subcontratación que, en su caso, y en su momento, se lleve a cabo, será valorada, autorizada o desautorizada por este ayuntamiento, de acuerdo con la valoración que se realice respecto al efectivo cumplimiento de los requisitos formales y materiales que resulten exigibles y preceptivos, sin que pueda en este momento presuponerse incumplimiento alguno en esta materia o en cualquier otra a la que resulta vinculada el contratista.

Por su parte, el adjudicatario destaca lo que a su juicio es una contradicción de SAMYL, ya que alega que la subcontratación de MANSERCO es ilegal cuando en la justificación de su baja anormal la propia recurrente acude así mismo a la subcontratación con un CEE.

Por otro lado, manifiesta que el PCAP permite la subcontratación parcial de las prestaciones y que el recurso a la subcontratación de un Centro Especial de

Empleo es un medio lícito de reducir costes que se encuentra en plena coherencia con la vigente regulación de la LCSP. Asimismo, el hecho de MANSERCO y su subcontratista no tengan ninguna vinculación societaria en nada afecta a la validez de la solución empresarial ideada.

Finalmente, alega que será el órgano de contratación el que durante la ejecución del contrato tendrá que interpretar el PCAP y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (incluyendo las relativas a la subcontratación), tal y como recoge el artículo 190 LCSP. La subcontratación, asimismo, tendrá que ser objeto de verificación expresa por parte del órgano de contratación tal y como dictamina el artículo 215 LCSP.

Vistas las alegaciones de las partes, dado que el recurrente no cuestiona los cálculos realizados por el adjudicatario en la justificación de su oferta, procede determinar si la subcontratación planteada como medio de justificación, es ajustada a Derecho.

El artículo 215.1 LCSP determina que *“el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero”*.

Cláusula 13 del PCAP establece *“Subcontratación. El adjudicatario del contrato solo podrá concertar con terceros la realización de prestaciones accesorias al contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 215 de la LCSP”*. En términos semejantes se recoge en el apartado 16 del Anexo I del PCAP.

En el sentido literal del pliego fundamenta el recurrente su pretensión, al considerar que la subcontratación alcanza a la prestación principal del contrato y no a prestaciones accesorias.

Debe analizarse, en primer lugar, la legalidad de la citada cláusula. La Directiva 2014/24/UE cuyo artículo 71 fue objeto de transposición al derecho español en los artículos 215, 216 y 217 de la LCSP. De conformidad con lo previsto en la Directiva, la LCSP concibe la subcontratación como un derecho del contratista con las limitaciones específicas y excepcionales previstas en los citados artículos (contratos secretos o de carácter reservado, tareas críticas o limitación por razones subjetivas). Por tanto, la regla general es la posibilidad de subcontratación con las limitaciones que establezca el pliego, cuya justificación deberá quedar acreditada en el expediente de contratación. El contratista puede concertar con terceros la realización parcial de la prestación, no siendo admisible la subcontratación total de las mismas, sin que, a diferencia de la regulación anterior, pueda quedar limitado a un determinado porcentaje.

La interpretación de la Directiva por el TJUE concibe la subcontratación como un derecho del adjudicatario, pudiendo limitarse exclusivamente por causas tasadas.

Por tanto, no es admisible que a través del clausulado del PCAP pueda limitarse ese derecho del adjudicatario a la subcontratación parcial, sin justificar los motivos por lo que se admite únicamente para las prestaciones accesorias.

En el caso que nos ocupa, el objeto del contrato consiste en el servicio integral de limpieza de colegios públicos, escuelas infantiles y de músicas, polideportivos municipales, biblioteca y centro joven en el municipio de Paracuellos del Jarama.

En el documento adjunto al Pliego Prescripciones Técnicas (PPT), se recoge el cuadro de horarios y jornadas de actuación en las diversas dependencias, estableciendo un total de 29.445 horas.

En la justificación aportada por el adjudicatario respecto a su baja anormal, manifiesta que 372,50 horas semanales se realizaran por el personal a subrogar y

297,50 horas semanales mediante la subcontratación con el CEE. El resto de trabajadores a subrogar que no se incorporan a la prestación del servicio objeto del contrato, serán trasladados a otros centros que tiene la empresa.

En la documentación aportada consta documento suscrito entre MANSERCO y el CEE en el que se comprometen a llevar a cabo la subcontratación en caso de ser adjudicatario en los términos que constan en el informe justificativo de la baja anormal.

La recurrente argumenta que la empresa adjudicataria y el CEE son empresas independientes. En la justificación de la baja anormal realizada por el ahora recurrente, acude también a un CEE, como realiza el adjudicatario, pero argumenta que en su caso dicho centro forma parte de su grupo empresarial. Pues bien, en contra de lo alegado por la recurrente, esta circunstancia es intrascendente a los efectos que nos interesan. Como señala La Resolución del TACRC 778/2020, de 3 de julio, sostiene *“La justificación de la oferta económica hecha por la ahora recurrente se funda en la empleabilidad para cubrir incidencias laborales del personal perteneciente a un Centro Especial de Empleo que forma parte del mismo grupo de empresas. Si bien, el informe técnico evaluador de la oferta no realizó un especial pronunciamiento sobre tal cuestión, fue la mesa de contratación la que evaluó la no procedencia de este medio externo, pretendiendo ahora confundir esto, la ejecución contractual, con la acreditación de las solvencias por medios externos reconocida en el artículo 75 de la LCSP.*

Si bien es cierto que, la empresa recurrente forma parte del mismo grupo empresarial que el centro especial de empleo del que pretende servirse para cubrir las incidencias laborales, lo cierto es que son personas jurídicas distintas, y desde el punto de vista de la contratación administrativa la licitadora es la recurrente y no el centro especial de empleo, por lo que debió de utilizar dos vías, o bien, apuntar una eventual subcontratación ex artículo 215 de la LCSP o bien concurrir en UTE con el mismo (artículo 69 de la LCSP). Ni una ni otra vía fueron arbitradas por ALAGO MADRID, S.L., por lo que hemos de estar y pasar por su oferta económica,

mostrándose endeble y carente de fundamento el hecho de poder utilizar al personal del centro especial de empleo para cubrir licencias, bajas, permisos y otras incidencias laborales que se muestren en los trabajadores adscritos al contrato de limpieza”.

Por consiguiente, la cláusula del PCAP limitativa de la subcontratación debe considerarse como no puesta o ser interpretada en un sentido amplio, entendiendo que permite la subcontratación parcial, siendo, a juicio de este Tribunal, ajustada a Derecho la subcontratación planteada por el adjudicatario a efectos de justificar su baja incurso en anormalidad.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Samyl Facility Services, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama de 14 de diciembre de 2022, por el que se adjudica el contrato de “Servicio integral de limpieza de colegios, escuelas infantiles y edificios municipales”, (Expte 3827/2022).

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática 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.