

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

En Madrid, a 21 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Valoriza CEE, S.L., contra el Acuerdo del Concejal Presidente del Distrito de Usera del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 8 de marzo de 2022, por el que se adjudica el contrato de servicios “*auxiliares de información, atención al público y control de entradas en los edificios y equipamientos del Distrito de Usera*”, número de expediente 300/2021/00577, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 3 de octubre de 2021, en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.159.161,04 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron 7 licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Tras la apertura y conocimiento de las ofertas económicas, se determina que las ofertas de la hoy adjudicataria y de la recurrente deben ser consideradas anormales.

Tras la tramitación del oportuno expediente contradictorio establecido en el artículo 149 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), se excluye a la recurrente por considerar el órgano de contratación que no ha justificado suficientemente su viabilidad.

Con fecha 8 de marzo de 2022, el Concejal Presidente del Distrito de Usera procede a adjudicar el contrato a Elite Inserción CRR, siendo notificado el acuerdo a los licitadores el mismo día.

Tercero.- El 30 de marzo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Valoriza CEE, S.L., (en adelante Valoriza) el que solicita la admisión de su oferta por haber justificado su viabilidad conforme a los pliegos de condiciones aprobados.

El 4 de abril de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- 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 (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 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. Finalizado el plazo de presentación de alegaciones el pasado 12 de abril, no se ha recibido en este Tribunal escrito alguno de Elite Inserción CEE.

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, excluida, *“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 y notificado el 8 de marzo de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 30 de marzo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la 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.- En cuanto al fondo del recurso Valoriza pretende la nulidad de su exclusión a la licitación por no haber justificado la viabilidad de la oferta. Inviabilidad que se sustenta únicamente en la no subrogación del personal que desde 2017 y en la actualidad presta el servicio objeto del contrato.

La controversia se centra únicamente en determinar si el personal actualmente prestador del servicio debe ser subrogado por el nuevo contratista o no ostenta ese derecho.

Es preciso antes de entrar a valorar las posturas de ambas partes efectuar un relato fáctico que dan lugar a la controversia.

1. Con fecha 3 de octubre de 2021, se publican los pliegos de condiciones que rigen esta adjudicación.
2. Con fecha 17 de septiembre de 2021, se publica el convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones.
3. Con fecha 5 de octubre de 2021, el recurrente solicita información sobre cuál es el convenio aplicable, recibiendo respuesta por parte del órgano de contratación y determinando que el convenio al que esta acogido el actual personal es el convenio estatal de oficinas y despachos.
4. Con fecha 11 de octubre y a pregunta de otro licitador, el órgano de contratación responde que el convenio aplicable es el estatal de empresas de servicios auxiliares de información recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones.

Es esencial en la resolución de este recurso, tal y como hemos anunciado anteriormente evidenciar que el convenio de oficinas y despachos no contempla la

subrogación del personal, pero si está contemplada en el convenio de empresas de servicios auxiliares de información recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones.

Tras la apertura de las ofertas económicas y la determinación de la temeridad de la oferta presentada por Valoriza, se solicita su justificación de conformidad con el artículo 149 de la LCSP.

La justificación aportada en plazo y forma por la recurrente centra su viabilidad en primer lugar en la naturaleza de la sociedad como centro especial de empleo y en los beneficios fiscales y de subvenciones que se establecen por el Estado a las empresas por los salarios de los trabajadores con discapacidad o riesgo de exclusión social.

En segundo lugar admite que no toma en consideración la subrogación del personal de la anterior contrata que prestaba el servicio objeto del contrato por no estar obligada a ello.

En tercer lugar anuncia la aplicación al personal del convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones. Bajo las determinaciones de este convenio elabora un cuadro resumen de los costes salariales y resto de costes directos e indirectos, dando por justificada la viabilidad de la oferta.

Frente a esta justificación el órgano de contratación solicita informe técnico que estudie y evalúe la justificación efectuada por Valoriza. Dicho informe da por buena la justificación presentada, por silencio en sus apreciaciones excepto en la manifestación de que no se subrogara en el personal que presta actualmente el servicio, sino que todo el personal será del categorizado como discapacitado.

La mesa de contratación basándose en los informes emitidos considera que en aplicación de la disposición adicional segunda del convenio estatal de empresas de servicios auxiliares de información recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones en el cual se solicita a las administraciones públicas que verifiquen el cumplimiento del Convenio en los concursos públicos que se convoquen, de manera que si identificara a algún licitador que realizara una oferta anormalmente baja por incumplir lo dispuesto en este Convenio Colectivo, la rechace al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP, lo que motiva su acuerdo de exclusión.

Si bien 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. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, excluir 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 no puede ser cumplida”*. O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incurra 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.

Es conveniente señalar además el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en numerosas Resoluciones y que este Tribunal comparte, en cuanto a que en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación – “*resolución reforzada*”, como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, como la Resolución 294/2018 de fecha 26 de septiembre, Resolución 559/2014 de fecha 22 de julio, 685/2016, de 9 de septiembre, entre otras.

En esa misma Resolución, el TACRC señala que *“hemos de analizar, tal y como señala la doctrina anteriormente sentada, la justificación presentada. Pese a tratarse de cuestiones no jurídicas sino eminentemente técnicas, sí puede este Tribunal analizar la suficiencia de tales explicaciones a los efectos de valorar en este caso los argumentos suficientes a la entidad contratante, como también puede analizar este Tribunal si la mencionada entidad ha realizado el esfuerzo de argumentación que venimos exigiendo (la llamada resolución reforzada) para poder excluir de la contratación a la empresa que ofertó el precio más bajo, que a la postre hubiese podido resultar adjudicataria del contrato ya que se trata de un contrato a adjudicar teniendo en cuenta únicamente el precio más bajo ofertado”*.

En la más reciente de fecha 11 de enero y número 10/2019, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre esta materia, contenida entre otras, en las resoluciones nº 803/2018 y 877/2017. Señala el Tribunal, que en los casos en que se inicie un procedimiento contradictorio dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en presunción de anormalidad, para que pueda justificar el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos, el rechazo de la oferta exige de una resolución **debidamente motivada** que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

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 en este caso ha de ser *“reforzada”*, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

De no cumplirse con estos requisitos de racionalidad o motivación reforzada antes expuestos, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada cuando no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, podría ser considerada arbitraria.

De la lectura de los hechos se desprende que el núcleo fundamental para resolver este recurso es la determinación de la procedencia de la subrogación de los trabajadores. Cuestión que determina la viabilidad de la oferta presentada en el caso

de que no corresponda este derecho laboral y la insuficiencia en los costes laborales ofertados en el caso de que corresponda dicha subrogación.

Destacamos a estos efectos dos derivadas de la controversia, por un lado la información suministrada por el órgano de contratación en los pliegos de condiciones y por otro lado la regulación jurídica y su interpretación jurisprudencial en los casos de invasión de un nuevo convenio colectivo más específico sobre otro más generalista, como es este caso.

En relación con el primer punto, el órgano de contratación tanto en los pliegos de condiciones como en la respuesta dada al recurrente el 5 de octubre, admiten y consideran como convenio aplicable el estatal de oficinas y despachos. Sobre dicho convenio también se elabora el presupuesto base de licitación. No obstante lo dicho hay que apuntar como dato muy relevante que con fecha 11 de octubre y ante la pregunta de otro licitador, el órgano de contratación manifiesta que el convenio colectivo aplicable es el recién publicado de auxiliares de información, recepción y control de accesos, remitiendo al licitador al listado de personal a subrogar que ha sido publicado en el perfil de contratante.

Si analizamos estos hechos, es inadmisibles que se modifique un pliego de condiciones por las meras respuestas dadas en el trámite de información de los licitadores, por lo que sin duda alguna consideramos que el convenio colectivo sobre el que debe efectuarse la oferta y valorarse su viabilidad es el Convenio Colectivo Estatal de Oficinas y Despachos.

Si el órgano de contratación hubiera querido variar esta información que es esencial para la formulación del precio debería haber seguido el trámite pertinente para la modificación de los pliegos de condiciones, convocando nuevamente la licitación.

No obstante lo dicho es necesario destacar que la aprobación y publicación de un convenio colectivo más específico para unas determinadas labores, no significa que de forma automática dicho colectivo ceda de forma automática en la aplicación del primero y pase de forma directa a la aplicación del segundo.

Valoriza invoca la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional nº 98/2019 ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 607/2021 que establece: *“(...) No es la primera vez ni será la última en que se intenta confundir el ámbito de aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores con el del artículo 82.3 de dicha norma legal. Las causas que justifican la alteración de las condiciones de trabajo pueden resultar similares o próximas, la lista de materias puede parecer semejante, el posible acuerdo alcanzado en la vía unilateral permitiría reproducir una conclusión material pareja, etc. Pero no. El legislador laboral prohíbe el uso del artículo 41 para modificar condiciones establecidas en Convenios Colectivos y, si la intención confesa del empleador es sustituir un Convenio por otro por entender que, tras la adjudicación de un servicio, el nuevo Convenio se ajusta mejor al ámbito funcional de su actividad, el objetivo mediano no es otro que el de modificar las condiciones establecidas en un Convenio Colectivo. Mas la vía natural para conseguir dicho objetivo es el de la propia negociación colectiva pues, de lo contrario, el recurso a la actuación unilateral supondrá vulnerar un derecho fundamental de los trabajadores, en su vertiente colectiva, como es el de la libertad sindical que, como es sabido, se manifiesta, entre otros aspectos, a través de la negociación. Y, aun cuando la empresa pudiera intentar presentar su actuación como la necesidad de modificar algunas condiciones laborales, el alcance global de su intención y la afectación de condiciones contenidas en una norma convencional estatutaria impedirían tal pretensión en los términos expuestos”.*

Entendemos de conformidad con dicha sentencia que la publicación de un nuevo convenio colectivo no cambia automáticamente y vincula a los trabajadores que están adscritos a otro distinto durante los últimos seis años de su relación laboral, pasando del convenio colectivo de oficinas y despachos (actual) al convenio colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de

accesos y comprobación de instalaciones, publicado en el BOE del día 17 de septiembre de 2021, sin haber establecido un proceso de negociación colectiva con los trabajadores afectados.

Lo contrario resultaría ser nulo de pleno derecho tal y como sigue manifestando la sentencia meritada en los siguiente términos: *“(...) Pero para que dicha sustitución sea posible se requieren ciertas garantías a efectos del cumplimiento de la obligación derivada de la sucesión de empresa y del mantenimiento de las condiciones laborales del personal subrogado. En primer lugar y, al menos, incluir en la negociación de las nuevas normas a los representantes de dichos trabajadores y, en segundo término, respetar un ‘mínimo cronológico indispensable’ para afianzar la relación de estos trabajadores con la nueva empresa pues, de lo contrario, cualquier alteración del statu quo se considerará nulo’.*

‘(...) Por tanto, no cabe cambiar los convenios al amparo del artículo 41, sin concurrencia de causa alguna, y si la empresa entiende que debe aplicar un convenio colectivo diferente a los que venía aplicando la vía no es sustituir el convenio por lo que se acuerde con la parte social en el procedimiento del artículo 41.4 ET porque busca omitir la aplicación de la norma convencional, sustituyéndola por lo que se acuerde con la parte social. Hay que tener en cuenta que los trabajadores no pueden disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo, artículo 3.5 ET , de manera que tampoco le es posible a los trabajadores renunciar al convenio que les venía siendo aplicable para someterse a otro ya que, los convenios colectivos obligan a los trabajadores y a los empresarios todo el tiempo de su vigencia, artículo 82.3 ET, de manera que no cabe una propuesta de la empresa para convenir con y la Comisión negociadora el cambio a otro convenio’.

En consecuencia con todo lo aquí manifestado y en su aplicación práctica al procedimiento de licitación que nos incumbe, el convenio colectivo aplicable es el convenio estatal de oficinas y despachos, que recordemos no recoge la subrogación de los trabajadores.

Visto que la subrogación de los trabajadores por la aplicación directa de un nuevo convenio colectivo de otro sector más específico no se produce de forma automática, la motivación de la exclusión carece de validez y en consecuencia debe considerarse como inválida, por lo que procede estimar el recurso planteado por Valoriza, anulando la adjudicación efectuada y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la exclusión de su oferta.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Valoriza CEE S.L., contra el Acuerdo del Concejal Presidente del Distrito de Usera del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 8 de marzo de 2022, por el que se adjudica el contrato de servicios *“auxiliares de información, atención al público y control de entradas en los edificios y equipamientos del Distrito de Usera”*, número de expediente 300/2021/00577.

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 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.