

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

En Madrid, a 29 de abril de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Magéntica Social S.L. (en adelante Magéntica), contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de febrero de 2021, por el que se rechaza su oferta excluyéndola por anormalmente baja del lote nº 2 “Auxiliar de control de accesos” del contrato de “Servicio de seguridad y control de accesos del Ayuntamiento de Coslada, dividido en 2 lotes, número de expediente 2020/32, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 22 de septiembre de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria de licitación del contrato de servicios de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

El valor estimado del contrato es de 117.780,25 euros y el plazo de duración es de 2 años.

Segundo.- A la licitación del contrato concurren 16 empresas, entre ellas la recurrente.

La Mesa de Contratación, identificó desproporción en el Lote 2 en la oferta económica de la empresa cuya proposición había sido la más ventajosa, otorgando a Magéntica el plazo legalmente previsto para su justificación. Tras estudiar la justificación presentada en sesión de 22 de diciembre de 2020, los miembros de la Mesa acordaron suspender la decisión de admisión o inadmisión de la justificación hasta que se emitieran los correspondientes informes habida cuenta de la disparidad de opiniones.

El 18 de febrero de 2021 se notifica a la recurrente y se publica en el perfil de contratante el rechazo por valor anormal de su oferta al lote 2 del contrato de servicios impugnado, mediante acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el 16 de febrero de 2021, a propuesta de la mesa de contratación de fecha 5 de febrero de 2021, previos los informes emitidos en fecha 23 de diciembre de 2020 por el TAG – Secretaría y el 29 de enero de 2021 por la Oficial Mayor del Ayuntamiento.

Tercero.- Con fecha 11 de marzo de 2021, se ha recibido en este Tribunal escrito de impugnación presentado por la representación de Magéntica contra la exclusión de su proposición por inviabilidad de su oferta con valores desproporcionados, solicitando la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento de Coslada, con retroacción del procedimiento al momento anterior al rechazo de su oferta. Asimismo, solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación.

Cuarto.- El 17 de marzo de 2021, el órgano de contratación remite al Tribunal el expediente de contratación, enviando el informe preceptivo 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), con fecha 18 de marzo de 2021.

El Ayuntamiento informa la conveniencia de adoptar la medida cautelar de suspensión para evitar posibles perjuicios.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por las partes, 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 (LPACAP), aplicable al recurso especial en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación correspondiente al lote 2 se encuentra suspendida por Acuerdo de este Tribunal adoptado el 18 de marzo de 2021, a partir del momento inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato, sin que el órgano de contratación pueda decidir sobre la misma hasta que se haya resuelto sobre el presente recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación activa de la empresa recurrente para la interposición del recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, al tratarse de una licitadora excluida del procedimiento de adjudicación del contrato *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el rechazo de su oferta se adoptó por el órgano de contratación el 16 de febrero, notificado y publicado el 18 de febrero de 2021, y la interposición del recurso se efectuó ante el Tribunal el 11 de marzo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- En lo que respecta al objeto del recurso se impugna la exclusión del procedimiento, acto de trámite adoptado por el órgano de contratación por presentar oferta anormalmente baja al Lote 2 de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros por lo que es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si la oferta presentada por la recurrente al lote 2 es viable o no, comprobando si la justificación aportada por Magéntica a la proposición realizada, inicialmente incurra en valor anormal o desproporción, es o no satisfactoria en cuanto al bajo nivel de precios o costes propuestos.

Antes de entrar a analizar las alegaciones de las partes pasamos a exponer los motivos esgrimidos por el órgano de contratación para el rechazo de la oferta de la recurrente:

“La justificación de la mercantil requerida para justificar la baja respecto al presupuesto base de licitación se basa en su condición de centro de empleo y en emplear una persona con discapacidad. Esto supone que para aceptar la baja económica es necesario modificar el objeto del contrato y por tanto la oferta presentada no lo hace en igualdad de condiciones respecto al resto de licitadores, lo que lesiona la libre competencia.”

En efecto, el artículo 99 de la LCSP establece que el órgano de contratación podrá reservar alguno de los lotes para Centros Especiales de Empleo. Sensu contrario cuando no está prevista tal contingencia, los Centros de Empleo como el resto de licitadores deberá presentar ofertas homogéneas puesto que lo contrario supondría que el objeto de la contratación no lo determinaría el órgano de contratación, siendo como es el titular de la potestad administrativa, sino el indicado Centro de Empleo por la vía de los hechos a través de una oferta que de facto supone ejercitar la reserva prevista en el precitado artículo 99 a su favor desplazando así a la Administración contratante que no ha previsto tal eventualidad y en consecuencia ha decidido que el servicio se preste por medio de una persona con discapacidad.

(,,)

En el presente caso, MAGÉNTICA SOCIAL, S.L. condiciona de facto, a la realización de un contrato reservado sin que el mismo sea un servicio cuya CPV se halle contenida en el Anexo IV, ni se cumpla con el anuncio de licitación previsto en el artículo 135.5 de la LCSP, ni se hayan establecido criterios relacionados con la calidad que representen el 51 por ciento de la puntuación asignable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.4 de la LCSP.

Igualmente y de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social los operadores económicos destinatarios de la reserva de contrato son los Centros Especiales de Empleo siempre que reúnan el requisito de ser de iniciativa social, lo que supone que por mandato legal deben estar promovidas al menos en un 51 por ciento en el caso de sociedades mercantiles por entidades y/ o asociaciones sin ánimo de lucro o por fundaciones. Esta condición de aptitud no ha sido acreditada.

Con independencia de lo expuesto, hay que señalar también que ni en la oferta económica ni en la justificación de la oferta desproporcionada se hace referencia al coste de la subrogación. En efecto dado, que en el actualidad sólo hay una persona que presta el servicio y la misma no ocupa plaza por discapacidad tal y como reiteradamente se ha contestado en las preguntas formuladas al órgano de

contratación, es evidente que MAGÉNTICA S.L. no ha justificado en sus alegaciones la subrogación de dicha trabajadora porque tal y como señala en su escrito, su oferta se condiciona al desempeño del mismo por una persona con discapacidad tal y como se especifica en la alegación segunda presentada por la empresa que taxativamente manifiesta “se trata, por tanto, de una subvención condicionada a dos únicos requisitos: ostentar la condición de Centro Especial de Empleo y emplear a una persona con discapacidad”. Siendo así que si el mejor precio se condiciona a una subvención que sólo será otorgada si se emplea una persona con discapacidad, es por lo que al no tener tal condición la persona que presta el servicio en la actualidad, debe consignarse el coste de la no subrogación como un gasto necesario o por el contrario repercutir el precio de la subvención en la oferta. Igualmente, en el apartado 22.2 del CCP "Otras Penalidades" se señala como tal el incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 130 sobre subrogación de personal y que tampoco se valora en la oferta económica para el caso de que no se pudiera realizar dicha subrogación por el hecho de que la mercantil tuviera que contratar un trabajador distinto al que presta servicios en la actualidad para ajustarse a las exigencias legales para la obtención de subvenciones.”

La recurrente manifiesta que el acuerdo del Ayuntamiento fundamenta el rechazo de su oferta en ser un Centro Especial de Empleo (CEE) y emplear a una persona con discapacidad para prestar el servicio, alegando que dichas circunstancias en nada afectan al objeto del contrato, y que no suponen modificación de su objeto, ni lesionan la libre competencia. Magéntica es una empresa válidamente constituida en España que opera en el tráfico mercantil como cualquier otra y puede acudir a las licitaciones públicas y privadas que estén dentro de su objeto social y considere oportunas, como ocurre en el presente caso. Además, el PPTP, en el apartado 2 del lote nº 2, tampoco indica que el servicio no se pueda prestar por una persona con discapacidad, ni contempla la obligación de subrogar a la persona que actualmente presta el servicio.

La Junta de Gobierno Local está vetando que el servicio pueda prestarse por un CEE empleando a una persona con discapacidad, argumentando que si así lo quisiera hubiera recurrido a la figura del contrato reservado, lo que choca con los principios de libertad de empresa, consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española, y de libre competencia regulado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, limitación contraria a la ley. De facto, si el órgano de contratación excluye a esta empresa por ser CEE y proponer la prestación del servicio por una persona con discapacidad, está obligando, o bien a prestar el servicio con una persona sin discapacidad, lo cual supone una discriminación absolutamente rechazable y contraria al principio de libertad de empresa, o bien a la subrogación de la persona que actualmente presta el servicio que no tiene discapacidad, y que tampoco es obligatoria ni está contemplada en los pliegos, más bien al contrario según lo dispuesto en el apartado 4.3 del lote nº 2 del PPTP.

Asimismo, el acuerdo recurrido, de manera aparentemente contradictoria con su propia argumentación, alude a los contratos reservados, aunque este no lo es, indicando que los operadores económicos destinatarios de la reserva son los CEE de iniciativa social, sin que esta condición de aptitud haya sido acreditada. Al margen de que esta circunstancia en nada afecte a nuestra oferta económica, debemos decir que se acreditó ser un CEE de iniciativa social aportando la escritura de modificación de estatutos.

Por otra parte, la recurrente indica que efectivamente ni en la oferta económica ni en la justificación alude al coste de subrogación porque no hay obligación de subrogar a la persona que actualmente presta el servicio, al no darse los requisitos establecidos en el artículo 130 de la LCSP, ni el supuesto de sucesión de empresa contemplado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), ni figurar en los pliegos, aunque tampoco podrían imponer arbitrariamente esa obligación. Por tanto, al no tener obligación de subrogar al trabajador no cuenta con él y no le supone ningún coste. El coste será el que se desprende del salario del trabajador con discapacidad que va a prestar el servicio, que sí está reflejado en su

oferta y en la explicación de desproporción. El hecho de no subrogar al trabajador no implica ningún coste para Magéntica pues pertenece a la plantilla del actual adjudicatario, Gruser 4 Compañía de Servicios Auxiliares, S.L. (Gruser), por lo que no tiene que subrogarlo ni despedirlo.

Del artículo 130 de la LCSP se desprende que la obligación de subrogación debe estar impuesta por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, lo cual no se produce en el presente contrato, ni estamos en presencia de la figura de la sucesión de empresa regulada en el artículo 44 del ET que exige que haya un cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, supuestos que no se dan en el presente caso.

También hace notar que el actual adjudicatario no está aplicando ni puede aplicar para prestar el servicio un convenio colectivo que contemple la subrogación, como sí ocurre con el lote 1. El Órgano de Contratación da a entender que los pliegos (apartado 22.2 del Cuadro de Características Particulares del PCAP (CCP)) prevén una obligación de subrogación no prevista ni en la ley ni en el convenio colectivo aplicable. Parece claro que el Órgano de Contratación se ha excedido en sus prerrogativas al exigir a esta empresa el coste de una subrogación sin fundamento legal alguno. No justifica en base a qué razón procede la subrogación, simplemente obliga de hecho a la misma para tomar en consideración la oferta de esta empresa.

Por ello, concluye que ha acreditado desde un punto de vista económico/técnico, que la oferta presentada ha sido suficientemente detallada y puede ser cumplida perfectamente, explicando satisfactoriamente el bajo nivel de los costes propuestos, sin que se nos deba obligar a asumir un coste de subrogación del personal al que no estamos obligados. Además, en ningún momento, el órgano de contratación pone en duda que la oferta pueda realizarse por este CEE con una persona con discapacidad.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta en su informe que la Junta de Gobierno Local adoptó su acuerdo de rechazo en coherencia con la propuesta técnica elevada por la Mesa de Contratación que fue adoptada por mayoría sobre la base de las consideraciones jurídicas concurrentes en el informe emitido el 23 de diciembre de 2020 por el técnico municipal. Es elemento clave el deber o no de subrogación pues conforme a la motivación de exclusión o bien la empresa no podrá cumplir el contrato al no tener subvención o bien debería en caso de querer prescindir de la subrogación incluir el coste del despido, negando la recurrente que tenga obligación de justificar un coste que no tiene el deber jurídico de asumir. En relación con este aspecto, constan en el expediente las preguntas formuladas por varias empresas en relación con los deberes de subrogación del lote 2, así como las respuestas realizadas por el Ayuntamiento en la línea de subrayar que en las relaciones laborales preexistentes opera la normativa laboral correspondiendo a la Administración la labor de información a que se refiere el art. 130 de la LCSP.

El informe emitido por la Oficial Mayor del Ayuntamiento plantea que de mantenerse la motivación del informe de 23 de diciembre de 2020 el Ayuntamiento infringiría la prohibición de discriminar por razón de discapacidad, sin compartir que en razón de las eventuales características subjetivas de discapacidad del concreto equipo humano que la empresa adjudicataria adscribirá a la ejecución del contrato pueda producirse una mutación del objeto del contrato.

El Ayuntamiento ha definido el objeto del contrato y ha exigido un nivel de cualificación del personal que ha de prestarlo, sin que pueda excluirse al CEE por contratar para prestar el servicio a personas con discapacidad cuya competencia y adecuación al puesto será por ella valorada, pues es la empresa adjudicataria la que tiene la carga de prestación con un nivel de profesionalidad. La prohibición de discriminación laboral y la garantía de la igualdad de oportunidades deben entenderse con el alcance definido en los artículos 1, 2 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión

social (TRLGDPDIS). En este sentido recuerda que de conformidad con el CPP que rige la licitación, en el objeto del lote 2 se especifica que el servicio se debe prestar por una empresa con experiencia en control de personas a instalaciones y registro de datos mediante sistema informático de control de accesos, y en consecuencia solo cabe exigir de la CEE que cuente con la debida especialización lo cual se acredita con la solvencia exigida, puesto que la integración laboral de personas con discapacidad puede llevarse a cabo bien de forma directa en el mercado abierto ordinario o de otro modo en el mercado protegido.

Por lo expuesto manifiesta que la duda debe plantearse para la Mesa en si es conforme a derecho admitir o no la justificación de una baja desproporcionada basada en los beneficios fiscales y legales reconocidos a los CEES ligados a la contratación de personas con discapacidad. Asimismo, matiza que al no ser un contrato reservado (al margen de que ha modificado sus estatutos y se ha declarado CEE de iniciativa social) no hay singularidad alguna en la consideración de una empresa licitadora como CEE dado que opera en un procedimiento de concurrencia ordinario, por lo que los únicos motivos para rechazar una oferta son los previstos en el artículo 149.4 de la LCSP. Y en consecuencia informa que la justificación de la ventaja de la empresa licitadora como CEE basada en las subvenciones en materia de costes laborales, encuentra cobertura en las letras b) del citado artículo (condiciones favorables para prestar el servicio a menor coste) y e) beneficios y subvenciones del sistema de seguridad social (Estado).

En consecuencia con todo lo anterior, concluye que, a juicio de la oficialía manifestado en su informe de 29 de enero de 2021, no existe inconveniente en admitir la justificación de la baja desproporcionada que concurre en la oferta presentada por la empresa Magentica.

Este tribunal a la vista del expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes constata en primer lugar que los pliegos que rigen la contratación del servicio impugnado no contemplan expresamente la exigencia de

subrogación del personal del Lote 2, si bien proporcionan la información facilitada por Gruser relativa a 1 empleado con categoría de auxiliar de servicios, con contrato indefinido desde el 4 de noviembre de 2019, con 87,5% de jornada y un salario bruto de 11.637,48 €, tampoco prevén la reserva de ninguno de los lotes para CEE, o empresas de inserción o un porcentaje mínimo para programas de empleo protegido, en las condiciones previstas en las disposiciones adicionales cuarta y cuadragésima octava de la LCSP, según dispone el artículo 99.4.

Como determina el Cuadro de Características Particulares (CCP) del PCAP del servicio al regular en su apartado 1.1 el objeto del contrato del Lote 2 *“El contrato tendrá por objeto la prestación del Servicio de Auxiliar de seguridad en el control de accesos de la sede del Ayuntamiento de Coslada, situado en la Avd. De La Constitución 47, Coslada (Madrid). El puesto de auxiliar de las dependencias se realizará por medio de personal auxiliar, debidamente uniformados e identificados, mediante credencial de la empresa y corporativa que será facilitada por el Ayuntamiento de Coslada.*

El servicio se prestará por una empresa especializada del sector, con personal que cuente con experiencia en control de personas a instalaciones y registro de datos mediante sistema informático de control de accesos”.

El órgano de contratación en este apartado, así como en el desarrollo efectuado de las condiciones de prestación del servicio de auxiliar de seguridad privada para el control de accesos en el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP), ha dejado clara, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretende cubrir mediante el contrato, la idoneidad de su objeto y el contenido para satisfacerlas, conforme determina el artículo 28 de la LCSP, sin que de ellas se derive limitación alguna ni imposibilidad de su cumplimiento por un CEE ni en consecuencia por un empleado con discapacidad.

Por otra parte, no podía ser de otra manera conforme a lo dispuesto en el artículo 65 de la LCSP al establecer al regular las condiciones de aptitud que podrán contratar

con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, como es el caso de la recurrente en el presente supuesto. Asimismo, se ha señalado que es principio fundamental de la contratación pública el de no discriminación expresamente recogido en los artículos 1 y 132 de la LCSP, sin que en ningún caso pueda limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación. Conforme a lo expuesto es evidente que el que la empresa licitadora sea una CEE que vaya a prestar el servicio con personal cualificado para ello, con independencia de que la persona a realizar la prestación sea un empleado con discapacidad, en nada afecta ni modifica el contrato en cuestión.

Asimismo, se comprueba que la recurrente presenta oferta por importe de 35.600 € por dos años, y que estando incursa la proposición presentada en valor anormal o desproporción, de conformidad con lo previsto en el apartado 18 del CCP del PCAP, se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 149 de la LCSP para las ofertas anormalmente bajas.

Los costes en el presente servicio están básicamente referidos a gastos de personal puesto que la ejecución de la prestación no requiere de medios materiales como maquinaria, equipos, inmuebles, u otros, como se desprende de lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación, por lo que determinan el cálculo del presupuesto teniendo en cuenta el coste salarial del auxiliar, el uniforme y los gastos generales y el beneficio industrial.

Como ha mantenido este Tribunal en anteriores resoluciones, la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde 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. La apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una

valoración de los diferentes elementos que componen la oferta y de las características que concurren en la propia empresa licitadora. 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. No obstante, en el presente caso se da la circunstancia de que los informes son contrapuestos y que las argumentaciones empleadas más que técnicas son de carácter jurídico.

La recurrente en el supuesto que nos ocupa está calificada y registrada como CEE, lo que implícitamente conlleva ser beneficiario de una bonificación del 100% de la cuota empresarial a la seguridad social, tratándose de ayudas estatales, sujetas a legislación básica con independencia de quien haya otorgado dicha calificación, regulándose su concesión en la Orden de 16 de octubre de 1998 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las ayudas y subvenciones públicas destinadas al fomento de la integración laboral de los minusválidos en centros especiales de empleo y trabajo autónomo.

La Dirección General del Servicio Público de Empleo de la Comunidad de Madrid fomenta la integración laboral de las personas con discapacidad a través de diversas líneas de subvenciones, entre otras, subvencionan parcialmente los costes salariales de los trabajadores con discapacidad con una cuantía equivalente al 50% del Salario Mínimo Interprofesional o la parte proporcional según la jornada trabajada. Así es innegable el fomento y promoción en materia de integración laboral de las personas con discapacidad tanto en la legislación especial de la materia como en la normativa contractual, siendo importante a estos efectos, como expresamente recoge el considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, el papel que pueden desempeñar los talleres protegidos y otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas.

La justificación de la baja se centra en los costes laborales toda vez que, como hemos mencionado, en el tipo de servicio contratado supone la base de la prestación al no requerir otros gastos en suministros, maquinaria ni equipos, salvo los indirectos, igualmente centrados en el personal, como los costes de uniformidad y formación.

Este Tribunal, ya en anteriores Resoluciones como la 300/2019 y la 482/2019, ha aceptado tomar en consideración como criterio de justificación de bajas anormales las subvenciones concedidas a los CEE incluso no estando garantizadas y dependiendo de la convocatoria y consignación presupuestaria anual, por ser un derecho previsto en la Ley cuando se cumplen las condiciones exigidas de ostentar la condición de CEE y emplear a persona con discapacidad, requisitos ambos que concurren en Magéntica.

En este sentido coincidimos con el criterio mantenido por el TACRC (Resolución 884/2018 de 5 de octubre) en cuanto a que los beneficios alegados por las recurrentes están sujetos a dos requisitos que cumplen: ostentar la condición de Centro Especial de Empleo y emplear a personas con discapacidad, aunque las subvenciones no estén garantizadas y dependan de la convocatoria y consignación presupuestaria anual, afirmando además que: *“El que sucesivas convocatorias pudieran disminuir y aun suprimir esas subvenciones es un factor más del riesgo empresarial, que puede disminuir y aun invertir el sentido del margen de beneficio previsto, pero que incluso, como argumenta el informe de la Consejería, se podría asumir con un ajuste en otros gastos y una reducción del beneficio empresarial”*.

Además, cabe recordar que para justificar unos valores presuntamente anormales no es necesaria una prueba exhaustiva, sino que basta con acreditar una convicción de que el licitador será capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato. Además, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora.

Por otra parte, tampoco se sostiene la argumentación empleada para el rechazo de la oferta de la recurrente por el órgano de contratación relativa al coste de la subrogación, dado que no está prevista para el contrato de que es objeto el Lote 2 dicha obligación, por norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, así como tampoco el empleado que viene efectuando el servicio es persona con discapacidad ni la empresa actualmente adjudicataria un CEE, por lo que sería contrario a lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP la inclusión de este requisito en los pliegos, sin que opere tampoco a los efectos el supuesto de sucesión de empresas regulado en el artículo 44 del ET. En este sentido convenimos, conforme a lo informado por la Oficial Mayor del Ayuntamiento y por lo alegado por la recurrente, en que no queda justificada la inviabilidad de la oferta rechazada, sin que haya obligación de subrogar a la persona que actualmente presta el servicio al no ser exigible.

A estos efectos resulta de interés traer a colación la Sentencia de casación 847/2019 de 18 de junio, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia que declara nulas y no ajustadas a Derecho las cláusulas que imponen en contratos administrativos la subrogación de trabajadores en la contratación pública que venían prestando servicios laborales en la contrata anterior, *"la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral"*. También tiene declarado este Tribunal que *la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal que esté destinado a la*

prestación del servicio) y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social". La subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato. De este modo, solo cuando la subrogación venga impuesta por ley por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia."

Por todo lo expuesto se considera que el recurso presentado por la recurrente ha de ser estimado, procediendo la admisión de la oferta excluida, anulando el rechazo de la proposición presentada por Magéntica, con retroacción del procedimiento al momento de valoración.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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 de la empresa Magéntica Social S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 16 de febrero de 2021, por el que rechaza su oferta por resultar anormalmente baja excluyéndola del lote 2 "Auxiliar de control de accesos" del contrato de "Servicio de seguridad y control de accesos del Ayuntamiento de Coslada, dividido en 2 lotes, número de expediente 2020/32, debiendo admitir la proposición presentada y retrotraer las actuaciones al momento de clasificación de las ofertas.

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 del procedimiento de adjudicación del Lote 2 acordada por este Tribunal el 18 de marzo de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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.