

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

En Madrid, a 15 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Sacyr Facilities, S.A.U y Valoriza Centro Especial de Empleo, S.L., que concurren en compromiso de UTE, contra el Acuerdo, de 19 de abril de 2023, de la mesa de contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “prestación del servicio de limpieza y conserjería en diversas dependencias municipales del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz”, número de expediente PA 4/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 13 de octubre de 2022 y posteriormente rectificados el 21 de octubre y 17 de noviembre, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 20.611.563,11 euros y su plazo de duración será de tres años con posibilidad de prórroga por un año más.

A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- A la vista de la oferta económica presentada por la UTE, se constató que estaba incurso en baja desproporcionada, por lo que se tramitó el procedimiento contradictorio establecido en el artículo 149.4 de la LCSP a los efectos de que la recurrente justificase la viabilidad de su oferta.

Presentada la justificación, se emite informe técnico, que es aceptado por la mesa de contratación el 19 de abril de 2023, concluyendo que no queda acreditada la viabilidad de la oferta de la recurrente por lo que propone su exclusión del procedimiento de licitación.

El 12 de mayo de 2023 la UTE presenta recurso contra el Acuerdo adoptado por la mesa de contratación el 19 de abril de 2023, que es inadmitido por este Tribunal mediante Resolución 216/2023, de 25 de mayo, por no ser un acto susceptible de recurso.

El 15 de mayo de 2023 se adjudica el contrato a OHL Servicios-Ingesan, S.A.

Tercero.- El 26 de mayo de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Sacyr Facilities, S.A.U y Valoriza Centro Especial de Empleo, S.L., contra el Acuerdo de 19 de abril de 2023, de la mesa de contratación, en el que manifiesta que interpuso recurso el 12 de mayo contra el acta de la misma fecha que fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 28 de abril. No obstante, se ha vuelto a publicar acta de adjudicación el 17 de mayo por lo que “*ad cautelam*” interpone el presente recurso a los efectos que se acumule con el anterior recurso. Así, se reitera en su solicitud de que se anule el acuerdo de exclusión y solicita la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

Es significativo que en el momento de interponer el actual recurso no se le había notificado la Resolución del primer recurso.

El 6 de junio de 2023 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), solicitando la inadmisión del recurso y subsidiariamente la desestimación del mismo.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales, adoptado por este Tribunal el 8 de junio de 2023, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario 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 que han sido presentada dentro del plazo establecido.

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 del procedimiento *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*

(Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 19 de abril de 2023, publicado el 17 de mayo e interpuesto el recurso el 26 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Es conveniente aclarar que el recurso que se inadmitió mediante la Resolución 216/2023, de 25 de mayo, impugnó el acuerdo de la mesa de contratación en la sesión celebrada el 19 de abril de 2023 a las 13:50 horas para la valoración del informe técnico sobre la justificación de la oferta anormalmente baja.

El presente recurso se interpone “*ad cautelam*” y se impugna el Acuerdo adoptado por la Mesa el 19 de abril de 2023 a las 13:45 horas en el que igualmente se le excluye del procedimiento de licitación.

A pesar de que la recurrente solicita la acumulación de ambos recursos, no ha podido llevarse a efecto dado que la resolución del primer recurso tuvo lugar antes de la presentación del segundo recurso, si bien dicha resolución se notificó posteriormente.

La Resolución 216/2023, de 25 de mayo, inadmitió el recurso porque corresponde únicamente al órgano de contratación la competencia para rechazar la oferta anormalmente baja en base a la propuesta de la mesa de contratación, no pudiendo este Tribunal manifestarse al respecto hasta que el órgano de contratación no haya adoptado una decisión.

El órgano de contratación se opone a la admisión del recurso porque se vuelve a impugnar el Acuerdo de la Mesa por el que se le excluye del procedimiento de

licitación, acto que no es susceptible de recurso. Además, ya se había notificado el 23 de mayo a la recurrente el Acuerdo de 15 de mayo, de la Junta de Gobierno Local, por el que se excluye a la UTE del procedimiento de licitación, sin que se realice en el escrito de recurso la más mínima referencia a su impugnación.

El adjudicatario también se opone a la admisión del recurso por impugnarse un acto que no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

En relación con lo alegado, señalar que en nuestra Resolución 216/2023, de 25 de mayo, se indicaba: *“Por tanto, corresponde únicamente al órgano de contratación la competencia para rechazar la oferta en base a dicha propuesta, que bien pudiera confirmar o separarse del parecer de la mesa”*. En ese momento este Tribunal no tenía conocimiento de la adjudicación. Es ahora, con la interposición del presente recurso y la remisión del expediente e informe, donde se conoce de la adjudicación del contrato. A pesar de que la recurrente no hace referencia a la impugnación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, es claro su *“petitum”*, anular el acuerdo de exclusión, por lo que una vez acordada la misma por el órgano de contratación este Tribunal ya puede entrar a conocer el mismo pues no supondría *“hurtarle las competencias que le son propias”*.

Por ello, de acuerdo con el principio de economía procesal se procede a entrar sobre el fondo del asunto.

Quinto.- Alega la recurrente que el informe técnico que valora la justificación de su oferta incurre en errores y valoraciones que no se ajustan a la realidad de lo ofertado. Lo fundamenta en los siguientes motivos de oposición:

- El documento que consta en la Plataforma como *“justificación económica”* es la base económica de los pliegos, y que todos los licitadores tuvieron en cuenta a la hora de la preparación de las ofertas, y en ella sólo desglosa el precio a ofertar en tres apartados *“total personal”*, *“absentismo”* y *“vacaciones”*.

Manifiesta que básicamente en su oferta restaron los costes de ahorro estimado por absentismo y vacaciones, puesto que se cubrirán con personal de CEE (Centro Especial de Empleo), y se añadieron, por otro lado, el coste efectivo de las mejoras ofertadas (bolsa de horas e incremento semanal). Sin embargo, en el informe técnico se ha calculado y analizado esta oferta sin tener en cuenta las subvenciones que obtiene como ahorro por tratarse de un centro especial de empleo, al reducir el coste de absentismo y de la sustitución de las vacaciones. Pero es que, además, ahora los técnicos valoradores añaden un nuevo parámetro de coste que denominan “*antigüedad*” que no consta en el documento denominado “*justificación económica*”. Así pasa de un coste total por personal de 11.294.363,17 euros en la justificación económica publicado inicialmente en la Plataforma de Contratación del Estado, a un total de 11.436.959,10 euros en el informe de justificación que motiva la exclusión de la UTE.

- Sobre los ahorros por la obtención de subvenciones. En defensa de sus pretensiones cita varias Resoluciones de este Tribunal que acuerda que el importe de dichas subvenciones computan a los efectos de valorar la justificación de la viabilidad de una oferta.

También considera que el informe argumenta desafortunadamente cuando señala “*por otra parte, la normativa de la Comunidad de Madrid señala que no serán subvencionables los contratos de trabajadores con discapacidad de los CEE cuando su prestación de servicios se realice para empresas vinculadas al beneficiario, cuyo titular sea el titular del CEE o esté participada por éste, y que no tengan la condición de CEE.*”, pues en este caso no existe prestación de servicios para ninguna empresa vinculada al beneficiario. No existe un contrato de prestación de servicios que vincule a Valoriza Centro Especial de Empleo, S.L. con Sacyr Facilities, S.A.U., sino que nos encontramos ante dos empresas que, conformado la UTE, prestarían servicios a un tercero, esto es, al Ayuntamiento.

- Sobre el incremento de salarios para el año 2025. El informe técnico señala

que: *“la UTE no ha tenido en cuenta subida alguna para el año 2025 utilizando para todos sus cálculos un promedio de los años 2023 y 2024. Siendo “previsible y presumible que se produzca una subida que razonablemente no estará por debajo del 2%”.*

Opone que en su oferta han tomado como referencia la justificación económica elaborada por el propio órgano de contratación, los cuales -como indican reiteradamente en los documentos del pliego- está realizado para los años 2023, 2024, 2025.

Lo único que varía en este caso es la forma para calcular el *“ahorro”* que se pueda obtener por cada trabajador, en el estudio de la recurrente se tomó como referencia los incrementos salariales del Convenio que actualmente se encontraban firmadas por la patronal y representantes de los trabajadores para los años 2023 y 2024, puesto que resultaba ya de obligado cumplimiento para las empresas, pero el Ayuntamiento, en los cálculos que realiza, incluye una *“estimación”* del posible incremento para el año 2025, y les achacan que no tuvieron en consideración dicha particular *“estimación”*. Considera que no se puede fundamentar la exclusión de una oferta en una estimación, sobre todo si la misma se basa en conjeturas y estimaciones no muy contrastadas, pero, en cualquier caso, destaca que entre los cálculos aportados por la UTE y los que realiza el técnico municipal, en base a esa revalorización para 2025 (una vez incorporado el ahorro por subvención del 50% del SMI que el técnico no aplica), existe una desviación de unos 3.775,12 euros, lo que supone menos del 0,04% del coste total de personal durante toda la vida del contrato.

- Sobre la antigüedad de la plantilla subrogable.

Consta en el informe técnico que *“No se ha tenido en cuenta tampoco la antigüedad de la plantilla subrogable, la cual tal y como se desprende de la documentación del pliego de condiciones, casi la totalidad de la plantilla cumplirá un trienio más a lo largo de la vida del contrato. Ello supone que, conforme a lo*

establecido en el artículo 29.2 del convenio aplicable, se abone un complemento personal por antigüedad consistente en trienios del 4% del salario base”.

Al respecto insiste que las licitadoras debían cumplir con todos los costes laborales “*señalados en la justificación económica*” que contenían los pliegos.

Por su parte, el órgano de contratación, en su contestación al recurso, se limita a transcribir el informe técnico que considera que la oferta de la UTE no es viable y solicita la desestimación de lo alegado por la recurrente.

El adjudicatario apela a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, citando al respecto diversas resoluciones de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, y defiende la conformidad a derecho del informe técnico que considera que la oferta de la UTE no es viable, por lo que solicita la desestimación del recurso. Incide, entre otras cuestiones, en que la entidad adjudicataria no es un centro especial de empleo, sino una unión de empresas, por lo que no será beneficiaria directa de ninguna subvención vinculada a centros especiales de empleo y que de conformidad con el “*V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (V AENC)*”, suscrito por las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las organizaciones sindicales CCOO y UGT el 10 de mayo de 2023 y con un plazo de vigencia de tres años (2023 -2025), el incremento salarial para el ejercicio 2025 será como mínimo del 3%.

Vistas las alegaciones de las partes procede determinar si la oferta incurso en anomalía se encuentra justificada.

El artículo 149 LCSP regula las ofertas anormalmente bajas, refiriéndose a la posible justificación presentada por el licitador y a su valoración por la mesa de contratación, en el siguiente sentido:

“4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anomalía,

deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

(...)

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

(...)

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida

como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica”.

La doctrina consolidada respecto a la justificación de las ofertas anormalmente bajas se puede resumir apelando a la Resolución de TACRC 530/2021, de 20 de mayo, que dice: *“Sobre este precepto, es constante la doctrina de este Tribunal (por todas, recogida en la Resolución nº 473/2020 que reproduce a su vez los argumentos de la Resolución nº 747/2019 y de otras anteriores,) que hace referencia a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación a la hora de valorar la justificación aportada por el recurrente relativa a la justificación de su oferta:*

‘La decisión, sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados, corresponde al Órgano de Contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. En caso de exclusión de una oferta incursa en presunción de temeridad, es exigible que se fundamenten los motivos que justifiquen tal exclusión. Por el contrario, en caso de conformidad, no se exige que el cuerdo de adjudicación explicita los motivos de aceptación.

Como también señala la Directiva sobre Contratación Pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3, ‘El poder adjudicador evaluará la información proporcionada, consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta, en

caso de que los documentos aportados no expliquen, satisfactoriamente, el bajo nivel de los precios o costes propuestos...’ (...). De otra parte, en la Resolución 786/2014, de 24 de octubre, citando la Resolución 677/2014, de 17 de septiembre, señalamos que ‘la revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal (Resoluciones 105/2011 y las 104 y 138/2013) que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones’. Continúa la Resolución 786/2014 declarando que para desvirtuar la valoración realizada por el Órgano de Contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del Órgano de Contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable...”.

De todas estas resoluciones debemos extraer que cuando el órgano de contratación viene a admitir la oferta incursa en presunción de baja temeraria y no a excluirla, la prolija motivación para mantener la oferta que reclama el recurrente del órgano de contratación no es exigible. Y la aceptación de la oferta resulta ajustada a derecho, ya que una vez determinada la oferta incursa en presunción de anormalidad, se dio traslado para la justificación a la misma, habiendo efectuado dicha justificación en términos asumidos por el órgano de contratación.

En este contexto, la justificación del licitador incurso en presunción de anormalidad debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos

de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar, o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales exigidas y derivadas de su oferta, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato”.

Como sostiene la Resolución del TACRC 1589/2022, de 22 de diciembre: *“De acuerdo con la doctrina expuesta, el control de este Tribunal ha de centrarse en estos supuestos, en determinar si el informe técnico fundamenta de forma suficiente y adecuada el carácter satisfactorio de las explicaciones dadas por la empresa licitadora incurso en baja anormal y, por ello, la admisión de su oferta o si, por el contrario, los argumentos empleados por la recurrente para descalificarlas gozan de peso suficiente para destruir las presunciones de legalidad y de discrecionalidad de la actuación administrativa impugnada”.*

En el mismo sentido la Resolución del TACRC 1561/2022, de 15 de diciembre: *“Para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado –inicialmente– como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.*

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o

no, y ello exige una resolución más intensa en caso de que no vayan a acogerse las justificaciones del licitador.

No ocurre así cuando el informe sobre la justificación de la oferta la estima suficiente, pues, para entender desvirtuada la presunción iuris tantum de temeridad a juicio del órgano de contratación, no es preciso la motivación del informe y de la resolución que así lo concluya tenga ese carácter más intenso”.

En el presente supuesto, el informe técnico fundamenta su propuesta de exclusión de la UTE en la incertidumbre de la obtención de subvenciones, la no aplicación de la revalorización para el año 2025 y no contemplar la antigüedad respecto del personal a subrogar.

El recurrente alega que en su justificación partió de los costes que constan en la memoria económica, por lo que entiende que la revalorización del 2025 ya estaba incluida y lo único que varía es la forma de calcular el “ahorro” que se puede obtener de cada trabajador tomando como referencia los incrementos salariales del 2023 y 2024 correspondientes al convenio que se encuentra firmado, sin embargo, no tuvo en cuenta las estimaciones de incremento para el 2025 pretendidas por el órgano de contratación pero que, en cualquier caso, la diferencia es del 0,04% del coste de personal.

Comprueba este Tribunal que, efectivamente, la recurrente parte de los cálculos que constan en la memoria económica que lógicamente deben incluir los costes del año 2025, el órgano de contratación no opone nada en relación con el cálculo expuesto anteriormente por la UTE en su recurso.

Por lo que se refiere a las subvenciones por ser centro especial de empleo, señalar que si bien este Tribunal inicialmente rechazaba el cómputo de las misma, ya desde nuestra Resolución 300/2019, de 10 de julio, se acepta que dichas subvenciones se cuantifiquen para justificar la viabilidad de una oferta: *“No obstante, en el supuesto que nos ocupa las recurrentes están calificadas y registradas 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.

Los motivos expuestos llevan a este Tribunal a matizar en relación con los CEE nuestro criterio general de no tomar en consideración subvenciones no concedidas, coincidiendo en este sentido con 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.

Asimismo la citada Resolución del TACRC afirma 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”.

En cuanto a lo manifestado por el órgano de contratación y el adjudicatario sobre que como la UTE no es un centro especial de empleo no recibirá estas subvenciones, opone este Tribunal que la recurrente pone a disposición el personal para prestar el servicio siendo una de las partes que integra la UTE un centro especial de empleo.

Por lo que se refiere al personal a subrogar, igualmente este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones, entre otras, en la Resolución 524/2021, de 8 de noviembre: *“A estos efectos cabe recordar cómo ha manifestado este Tribunal en anteriores resoluciones que el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar. Ambos conceptos no tienen que ser coincidentes y la prestación a contratar puede requerir más o menos personal que el que ha de subrogarse. Como apuntan en sus alegaciones tanto el Ayuntamiento como el adjudicatario, el contratista mediante su política de recursos humanos puede incorporar nuevo personal o adscribir a otros servicios el subrogado. No se puede admitir que el órgano de contratación deba fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente. En definitiva, al fijar el importe de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente, pues en tal caso, quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato. En consecuencia, las listas de personal a subrogar informan el personal incluido y su antigüedad pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las horas o prestaciones previstas en el pliego. A partir de ahí*

pueden organizar el servicio de la mejor manera, la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que lo venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones. Lo que no es óbice para que, si bien el principio general es que la Administración ha de ser ajena a las disposiciones de los convenios colectivos que rigen en el sector de la actividad objeto de la licitación, puesto que no es parte de los mismos, en aquellos contratos de servicios en los que el coste fundamental es el personal que ha de adscribirse a su ejecución, como es el caso, el órgano de contratación ha de tener como referencia necesaria los salarios y remuneraciones derivadas del correspondiente convenio colectivo a la hora de calcular el precio de licitación.

Por tanto, la justificación de los costes laborales ha de atender al personal necesario para la realización de la prestación a contratar sin que suponga irregularidad ni incongruencia que no coincida con los costes contemplados en el listado del personal objeto de subrogación, sin perjuicio de la obligación impuesta al adjudicatario de subrogarse como empleador en los contratos de los trabajadores a los que afecta la subrogación, dándose en el presente caso la circunstancia de que el adjudicatario es el contratista anterior, y que justifica debidamente las contrataciones y las bonificaciones que aplica por nueva contratación y por integración laboral de personas con discapacidad sin incluir costes de indemnización al no proceder a despido de personal”.

En definitiva, la subrogación de trabajadores no implica que el adjudicatario nuevo deba adscribirlos necesariamente a la ejecución de este contrato, puede hacerlo a otra actividad o gestionar la subrogación en los términos legales, conforme a las facultades empresariales. Es más, como alega la recurrente, si el coste de los futuros trienios no estaba incluido en el presupuesto base de licitación no puede pretenderse que ahora la UTE lo incluya como gasto.

También se hace referencia en el informe técnico al escaso beneficio industrial de la UTE. Al respecto recordar que es criterio de los Tribunales de Contratación que

la ausencia de beneficio industrial no desvirtúa ni hace temeraria una oferta, pudiendo admitirse, sin riesgo alguno, los casos en que los presupuestos rebajan e incluso anulan este concepto, ya que en muchas ocasiones el beneficio industrial no se limita a una cantidad monetaria sino a otras formas remunerativas que podríamos calificar como en especie, tales como adquisición de solvencia técnica, mantenimiento de trabajos para la empresa, posicionamiento en el mercado, etc.

De acuerdo con lo expuesto, a juicio de este Tribunal, los motivos en que se basa el técnico para concluir que la oferta de la UTE no es viable parte de unas premisas que no son conformes con la doctrina sentada por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública y no se encuentran dentro del margen de la discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación, por lo que procede la estimación del recurso, anulando el acuerdo de exclusión y, en consecuencia, de la adjudicación del contrato, ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos de que se valore la oferta de la UTE y se continúe con el procedimiento de adjudicación.

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 Sacyr Facilities, S.A.U y Valoriza Centro Especial de Empleo, S.L., que concurren en compromiso de UTE, contra el Acuerdo, de 19 de abril de 2023, de la mesa de contratación por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato “prestación del servicio de limpieza y conserjería en diversas dependencias municipales del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz”, número de expediente PA 4/202, en los términos del fundamento de derecho quinto.

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación acordada por este Tribunal el 8 de junio de 2023.

Tercero.- 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 multa prevista en el artículo 58 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.