

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de BISERVICUS SISTEMAS DE SEGURIDAD S.A.U. (en adelante BISERVICUS) contra la Orden, de 2 de julio de 2024, de la Consejera de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se adjudica el contrato de “Vigilancia y seguridad en los Centros de Formación y sede administrativa de Vía Lusitana 21 de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid” número de expediente A/SER-002537/2024, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 24 de abril de 2024 en el Portal de la Contratación Pública y en DOUE y el 7 de mayo en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 5.867.902,33 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

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

Segundo. - Realizada la apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa y posterior calificación de la misma se procede a la apertura de los sobres que contienen la documentación valorable mediante la aplicación de fórmulas.

A la vista de la oferta económica presentada por SECURITY SERVICES KUO, S.L. (en adelante SECURITY), y que en la sesión celebrada por la Mesa de Contratación el 31 de mayo de 2024 se acuerda proponer como adjudicatario a dicho licitador, BISERVICUS presenta ante el órgano de contratación una reclamación alegando que la oferta de SECURITY es inferior a los gastos salariales planteados en el presupuesto base de licitación del PCAP, dándose la circunstancia así que no puede cubrir los costes salariales, por lo que solicita que se tramite el procedimiento establecido en el artículo 149 y 201 de la LCSP. Dicha reclamación es desestimada mediante Orden de la Consejera de Economía, Hacienda y Empleo por no estar la oferta incurso en valores anormalmente desproporcionados.

El 2 de julio de 2024, mediante Orden de la Consejera, se adjudica el contrato a SECURITY.

Tercero. - El 23 de julio de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de BISERVICUS en el que solicita el acceso al expediente a fin de completar el recurso, la anulación del acuerdo de adjudicación y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 30 de julio de 2024 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 desestimación del recurso.

Cuarto. - La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto el recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas dentro del plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar "*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*" (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - En cuanto al plazo de interposición del recurso es preciso hacer una reflexión pues el órgano de contratación alega extemporaneidad al considerar que lo que realmente impugna la empresa BISERVICUS es la Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, de 20 de junio de 2024, por la que se desestima la reclamación formulada por la empresa que fue notificada a la empresa el 20 de dicho de 2024.

A juicio de este Tribunal, tal y como consta en el propio recurso el objeto del recurso es la impugnación de la Orden de adjudicación del contrato de fecha 2 de julio de 2024 y notificada el 3 de julio de 2024.

Es cierto que el objeto de la reclamación y del recurso especial ahora interpuesto tienen la misma finalidad y que en la Orden por la que se desestima la reclamación se indica como pie de recurso el recurso especial en materia de contratación y el recurso contencioso- administrativo.

No obstante, la reclamación tiene por objeto el acuerdo de la mesa de contratación por el que se propone al órgano de contratación el adjudicatario del contrato.

El artículo 40.1 y 2 de la LCSP establece los actos que son recurribles mediante el recurso especial en materia de contratación. Entre ellos no se encuentra la propuesta de adjudicación acordada por la Mesa de Contratación pues no se puede considerar un acto de trámite de los determinados en el apartado 40.2.b) de la LCSP pues no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, ni determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento ni producen indefensión o perjuicio o irreparable a derechos o intereses legítimos.

La reclamación planteada por la recurrente se incardina en el supuesto previsto en el artículo 40, apartado 3: *“Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.”*

La Orden de 20 de junio de 2024, por la que se desestima la reclamación formulada por la empresa, no es susceptible de recurso especial en materia de contratación por no encontrar supuesto habilitante en el artículo 40 de la LCSP, pudiendo ser alegadas estas cuestiones en el acuerdo de adjudicación tal y como ha hecho el ahora recurrente.

Así, el recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 2 de julio de 2024, notificado el 3 de julio, e interpuesto el recurso el 23 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación en el marco 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. - La recurrente solicita que se le permita el acceso al expediente de contratación e informa que ya fue solicitado por escrito el 11 de julio de 2024, con carácter previo a la interposición del presente recurso, y que fue resuelto mediante escrito de 12 de julio de la Jefa de Área de Contratación, en la que se indicaba que el expediente se encuentra publicado en el perfil del contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, enumerando una serie de documentos publicados en la misma. En el escrito se concluye que si además de la documentación anteriormente reseñada, quisiera acceder a cualquier otra que conste

en el expediente, deberá realizar la correspondiente solicitud a este órgano de contratación, especificando de forma inequívoca la documentación a la que quiere acceder para analizar la viabilidad de su requerimiento y, en su caso, remitírsela.

Al respecto alega la recurrente que no consta en el perfil la respuesta dada por el propuesto como adjudicatario en relación a los defectos de la documentación por el que fue requerido, relativos a:

Defectos u omisiones de documentación:

- -El Documento Europeo Único de Contratación Europea (DEUC), con el apartado relativo a la subcontratación cumplimentado de acuerdo a la documentación presentada.
- -La declaración responsable múltiple del Anexo III del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el apartado relativo a la subcontratación debidamente cumplimentado.

Por lo que solicita que se le permita el acceso al expediente a fin de completar el recurso.

El órgano de contratación expone que tal y como señala la recurrente se le informó de que podía solicitar cualquier otra información, sin embargo, la empresa no solicitó documentación alguna y es ahora a través del presente recurso cuando solicita la documentación citada anteriormente.

Es preciso recordar, que para que se pueda conceder el trámite de acceso al expediente al recurrente en esta instancia, tiene que haberlo solicitado previamente ante el órgano de contratación y, en su caso, ante la negativa del mismo, corresponde a este Tribunal analizar las circunstancias y conceder en su caso dicha vista tal y como prescribe el artículo 52.3. de la LCSP.

Según reconoce el propio recurrente el órgano de contratación contestó a su solicitud y se le indicó que podía solicitar cualquier otra documentación, y que previo análisis de su viabilidad, en su caso, le sería remitida. Sin embargo, BISERVICUS no presentó ninguna solicitud por lo que no procede ahora en vía de recurso especial atender la misma, siendo la actuación del órgano de contratación conforme a derecho.

En cuanto al fondo del asunto alega BISERVICUS que consta en el PCAP que el para el cálculo de los costes salariales se tiene en consideración el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad para el periodo 2023-2026, aprobado por Resolución de 30 de noviembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo (BOE de 14 de diciembre de 2022), habiendo tenido en cuenta para ello los complementos y certificados del personal subrogable. A dichos costes se ha aplicado en concepto de costes de Seguridad Social un 34.08 % para 2024, 34,17 % para 2025 y 34,25 % para 2026.

Partiendo de esta base se establece un coste salarial de 2.399.661,32 euros; gastos generales (4 %) 95.986,45 euros, beneficio industrial (6 %) 143.979,68 euros; con un total de presupuesto base de licitación de 2.639.627,45 euros.

A continuación, se refiere a la cláusula del PCAP que indica cómo se toma en consideración para determinar las ofertas con valores anormales o desproporcionados. Y que también consta en los pliegos que *“en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, el órgano de contratación rechazará las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas por incumplirse las condiciones recogidas en el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.”*

Indica que la Mesa de Contratación en su sesión celebrada el 31 de mayo de 2024 refiere que ninguna proposición de ofertas se encuentra incurso en presunción de anormalidad.

La empresa propuesta para la licitación, SECURITY SERVICES KUO S.L., planteó una oferta de 2.376.477,04 €, inferior a las cantidades que en concepto de costes laborales establece el PBL en el PCAP, que cuantifica en la cantidad de 2.399.611,32 €, lo que a su juicio viene a evidenciar que las cantidades planteadas por SECURITY SERVICES KUO S.L., no cubre los costes salariales e incumple las condiciones retributivas del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026. Por lo que solicita a este Tribunal que ordene la retroacción del procedimiento a efectos de tramitar el procedimiento contradictorio de conformidad con el artículo 149 de la LCSP y pueda justificar el ahorro de los costes laborales planteados en su oferta (y del resto de los costes, en tanto que si la oferta ya no da cubre los costes laborales, tampoco puede cubrir los costes de ejecución), y con su resultado, seguir tramitando el procedimiento de adjudicación del contrato.

En sus alegaciones también cita el artículo 201 de la LCSP que establece que los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, entre otras, la establecidas en los convenios colectivos, convenio que se concreta en el propio PCAP, que establece el obligado cumplimiento del Convenio Colectivo de Seguridad Privada.

Opone el órgano de contratación que el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP señala la forma de calcular cuándo una oferta está incurso en presunción de anormalidad y que de acuerdo a esos parámetros ninguna de las ofertas presentadas se encuentra incurso en presunción de anormalidad, (aporta cálculos al respecto). En consecuencia, la actuación de la Mesa es ajustada a derecho, ya que la oferta de la adjudicataria no estaba incurso en presunción de temeridad, y no era necesario que SECURITY SERVICES KUO, S.L. presentara justificación alguna a este respecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP.

La empresa recurrente basa su argumentación en el contenido de los artículos 149.4 y 201 de la LCSP, que establecen que debe rechazarse las ofertas si se

comprueba que son anormalmente bajas porque entre otras cosas incumplen los convenios colectivos sectoriales, y en diversas Resoluciones y sentencias, del Tribunal de Justicia Europeo, Tribunal Central de Recursos Contractuales y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que vienen referidas a la obligación de cumplir con la normativa en materia salarial, y al rechazo de ofertas incursas en presunción de temeridad por no justificar el importe de los salarios en los términos de los convenios colectivos.

Tanto la referencia al artículo 149 de la LCSP como la resolución del TCRC y la sentencia del TSJ de Madrid vienen referidos a casos en los que la oferta en cuestión estaba en baja temeraria, y por lo tanto le era de aplicación el artículo 149.4 de la LCSP.

En defensa de su actuación el órgano de contratación cita un caso similar al que nos ocupa, en el que la oferta de la empresa no estaba incursa en presunción de temeridad, resuelto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 1143/2020, que desestimó las pretensiones de la recurrente ya que: *“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 convenio colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”*. *“Ahora bien, el párrafo transcrito se incluye en el precepto de la LCSP dedicado a la regulación de las ofertas anormalmente bajas, sin embargo, en el presente caso, según se desprende del expediente de contratación, las ofertas de INSTALEC, VEOLIA y GARAYSA no han resultado incursas en valores anormales o desproporcionados, lo que excluye la aplicación del citado precepto.*

Por último, el artículo 201 de la LCSP establece que “Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social

o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo.

El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192.”

Las previsiones establecidas en este precepto se refieren a la fase de ejecución del contrato, por consiguiente, no resultan aplicables en el presente supuesto en el que estamos analizando las posibles irregularidades producidas durante la fase de adjudicación del mismo, debiendo limitarse el Tribunal a examinar si el órgano de contratación ha incumplido la obligación de comprobar, durante el procedimiento de licitación el cumplimiento de la normativa laboral y de los convenios colectivos por parte de los licitadores.”

Por lo tanto, concluye el órgano de contratación que no se pueden estimar las pretensiones de la recurrente pues la oferta presentada por la empresa SECURITY no está incurso en presunción de temeridad.

El adjudicatario alega que su oferta no está incurso en presunción de anormalidad y que tampoco conculca la normativa ni condición alguna, que se justifica, en primer lugar porque más de un 20 por ciento de la plantilla de este pliego presta servicio en las oficinas de Empleo de la Comunidad, servicio que actualmente presta

SECURITY, por lo se justifica que esos costes ya están asumidos en el cálculo que se realizó en la licitación de las oficinas de empleo.

Y, en segundo lugar, la oferta se justifica porque SECURITY SERVICES KUO, S.L. presta determinados servicios en los que, por reducción de horas en el contrato, el personal adscrito al servicio se queda en deuda de horas con nuestra Compañía, pudiendo por ello serles asignados turnos en estos nuevos centros de la licitación actual, lo que justifica por tanto que nuestro coste salarial sea inferior al que aparece en el pliego sin incumplir por ello condición alguna.

A la vista de las alegaciones de las partes, comprueba este Tribunal que de acuerdo con los parámetros establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares para determinar cuándo una oferta está incurso en valores anormales o desproporcionados la oferta de SECURITY no se encuentra en esa situación.

La recurrente al referirse al PCAP dice que también se indica que *“En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, el órgano de contratación rechazará las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas por incumplirse las condiciones retributivas recogidas en el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.”*, pero olvida citar el párrafo anterior que también consta en los pliegos *“Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes técnicos pertinentes, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión en valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación.”*

Esta redacción está en consonancia con el artículo 149.4 de la LCSP. Tanto los pliegos como la LCSP en su defecto, establecen las premisas para determinar cuándo una oferta se encuentra incurso en baja temeraria y en ese supuesto desplegará todos sus efectos el procedimiento establecido en el artículo 149.4. de la LCSP.

El párrafo incluido tanto en la Ley como en el PCAP: “*En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, el órgano de contratación rechazará las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas por incumplirse las condiciones retributivas recogidas en el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad.*”, no puede ser interpretado de forma aislada. Este apartado se encuentra dentro del artículo 149 relativo a las ofertas anormalmente bajas y para su aplicación se debe cumplir una premisa y es que la oferta sea anormalmente baja y una vez tramitado el correspondiente procedimiento contradictorio, en el que el licitador justifica su oferta, si el órgano de contratación comprueba que son anormalmente bajas por incumplirse las condiciones retributivas recogidas en el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad rechazará las ofertas de plano. Aquí no cabe la discrecionalidad técnica del órgano de contratación.

Apoyamos lo expuesto por el órgano de contratación en que la resolución y sentencia citada por la recurrente se refiere a ofertas que estaban incurso en presunción de anormalidad. Por el contrario, la Resolución citada por el órgano de contratación si analiza un supuesto similar al aquí planteado, que por cierto coincide con el criterio de este Tribunal.

Presumir que un licitador incumple el Convenio Colectivo por el mero hecho de que su oferta es inferior al coste salarial contemplado en el PCAP, implicaría que en aquellos contratos en los que la mano de obra es la partida principal, las empresas tendría que licitar al tipo. Hay que tener presente que existen ayudas y bonificaciones concedidas por las Administraciones a las empresas que contraten determinados trabajadores lo que les permite presentar ofertas más ajustadas, pero como ha quedado patente sólo se les exigen que justifiquen tales circunstancias cuando su oferta se encuentra incurso en presunción de anormalidad.

Descartada la posibilidad de tramitar el procedimiento establecido en el artículo 149.4 de la LCSP por no estar la oferta en valores desproporcionados, tampoco en

este momento procedimental es posible la aplicación del artículo 201 que dispone “*Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.*

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo.

El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192”

Y ello porque el primer párrafo de dicho precepto se refiere a la ejecución del contrato y el segundo porque es una potestad del órgano de contratación.

No obstante, al margen de lo anterior y a la vista de las alegaciones de la adjudicataria recordar que corresponde al órgano de contratación verificar que la ejecución del contrato se ejecuta de conformidad con lo establecido en los pliegos respetando entre otros los derechos sociales y laborales cuyo incumplimiento dará lugar a la imposición de penalidades.

En consecuencia, se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo

establecido en el artículo 46.1 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. - Denegar el acceso al expediente solicitado por la recurrente.

Segundo. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de BISERVICUS SISTEMAS DE SEGURIDAD S.A.U. contra la Orden, de 2 de julio de 2024, de la Consejera de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se adjudica el contrato de “Vigilancia y seguridad en los Centros de Formación y sede administrativa de Vía Lusitana 21 de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid” número de expediente A/SER-002537/2024.

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. - Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto. - 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.