



Recurso nº 1275/2019

Resolución nº 1464/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. Antonio Conejero Anguita, actuando en nombre y representación de la sociedad GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U., contra la exclusión y adjudicación de la licitación convocada por la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social para contratar el “*Servicio de mantenimiento integral de los edificios de López de Hoyos 169-171 y Serrano 102 pertenecientes a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Madrid, año 2020 – Lotes I y II*”, expediente 28/VC-029/20, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social convocó, mediante anuncio remitido al DOUE el 21 de junio de 2019, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 24 de junio de 2019 y en el BOE de 15 de julio de 2019, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato “*Servicio de mantenimiento integral de los edificios de López de Hoyos 169-171 y Serrano 102 pertenecientes a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Madrid, año 2020*”, con N^o de Expediente 28/VC-029/20 y valor estimado de 402.180,14 €.

Segundo. Con fecha 13 de agosto de 2019, la Mesa de Contratación procedió a la la apertura de las ofertas económicas y a la valoración de los criterios evaluables automáticamente. Del resultado de estas operaciones resultó que la empresa mejor valorada en los dos lotes fue GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U., quedando, por tanto, en primer lugar en la clasificación de ofertas.



No obstante, la Mesa también determinó que las ofertas económicas presentadas por GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U. (Lotes I y II) y ELECOR, S.A.U. (Lote I) incurrieran en presunción de anormalidad, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 4.2.C del PCAP. Por ello, la Mesa tomó la decisión de suspender la propuesta de adjudicación hasta que se solicitara a estas empresas, conforme lo establecido en el artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que justificaran y desglosaran razonada y detalladamente el bajo nivel de sus ofertas.

El requerimiento para que realizaran alegaciones se notificó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 14 de agosto 2019 y fue contestado por ambas empresas el día 23 de agosto de 2019.

En la justificación aportada por GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U. se indica que el personal de esta empresa estará adscrito al convenio propio de GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U., publicado en el BOCM el 31 de enero de 2015.

Tercero. Con fecha 2 de septiembre, la Secretaria Provincial emite informe en el que considera que la justificación aportada por GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES S.L.U. resulta insuficiente, ya que su oferta incumple lo establecido tanto en la Ley como en los pliegos de cláusulas administrativas.

Con fecha 4 de septiembre de 2019, la Mesa de Contratación decide excluir a las dos empresas que han presentado ofertas anormalmente bajas.

Adoptada esta decisión, la Mesa de Contratación procedió a establecer una nueva clasificación en función de la puntuación obtenida por cada empresa, resultando las mejor valoradas MAESSA, TELECOMUNICACIONES, INGENIERÍA, INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A, en el Lote I y ACIERTA ASISTENCIA, S.A., en el Lote II.

Cuarto. Con fecha 8 de octubre de 2019, el Órgano de Contratación dictó resolución adjudicando el Lote I a la empresa MAESSA y el Lote II a ACIERTA, comunicada a las mismas mediante notificación electrónica el 9 de octubre.



Quinto. Con fecha 14 de octubre de 2019 tiene entrada en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda escrito firmado por D. Antonio Conejero Anguita, actuando en nombre y representación de GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOSINTEGRALES, S.L.U. mediante el que interpone recurso especial en materia de contratación frente a los actos de exclusión de la licitación y adjudicación del contrato.

Sexto. Con fecha 14 de octubre de 2019 se solicitó el expediente al órgano de contratación, el cual fue remitido el 22 de octubre de 2019.

Séptimo. En fecha 22 de octubre de 2019 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 28 de octubre de 2019 se presentan alegaciones por la entidad ACIERTA ASISTENCIA, S.A.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 29 de octubre de 2019 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo LCSP), ya que el órgano de contratación es un órgano integrado en sector público estatal.

Segundo. La recurrente es un licitador que ha resultado excluido de la licitación, lo que determina la imposibilidad de adjudicación del contrato. Ello determina que exista un interés legítimo que se ve afectado por el acto impugnado, lo que, a su vez, determina que concurra la legitimación exigida por el artículo 48 de la LCSP para la impugnación realizada.



Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido para ello en el artículo 50.b) de la LCSP.

Cuarto. En cuanto al contrato, se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 402.180,14 €, cuya licitación ha sido convocada por una entidad que tiene la condición de poder adjudicador por ser una Administración Pública. Se supera así el límite establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

El objeto del recurso es el acuerdo de exclusión del licitador y la adjudicación realizada. El acuerdo de exclusión del licitador es un acto de trámite cualificado, cuya impugnabilidad está expresamente prevista en el artículo 44.2.b) de la LCSP. La posibilidad de impugnación de la adjudicación aparece expresamente prevista en el artículo 44.2.c) de la LCSP.

En consecuencia, los actos impugnados son susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Quinto. Sobre el fondo del asunto, la recurrente alega que fue excluida indebidamente, fundando su recurso en que su oferta se adecúa a lo establecido en el convenio colectivo que resulta aplicable, ya que existe un convenio colectivo de empresa, inscrito en el registro Especial de Convenios Colectivos en virtud de Resolución del Director General de Trabajo de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid y publicado en el BOCM de 31 de enero de 2015.

El órgano de contratación, en el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, interpreta que la Ley 9/2017 obliga a no tomar en consideración las ofertas cuyos costes salariales estén por debajo del convenio sectorial, para hacer cumplir lo dispuesto en los artículos 122, 149 y 201 de esta norma, que tal vez pretende la protección contra la competencia desleal que supone la reducción de las condiciones laborales de los trabajadores y particularmente las salariales.

Por su parte, ACIERTA ASISTENCIA, S.A, empresa que resultó adjudicataria del contrato, alega que la oferta presentada por la recurrente incumple las condiciones establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pues la cláusula 13.3 se refiere



expresamente a que las ofertas han de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación. Este contenido fue aceptado por la recurrente al presentar su oferta, sin que el pliego haya sido objeto de impugnación.

Sexto. La exclusión de la ahora recurrente se debió a que el órgano de contratación apreció que su oferta era anormalmente baja y de las explicaciones aportadas por el licitador resultó que la oferta no respetaba las exigencias en materia salarial establecidas por la LCSP.

Como quiera que la justificación de su oferta aportada por la recurrente consistía en que resultaba de aplicación un convenio colectivo propio, la cuestión objeto del presente recurso se reduce a determinar si el respeto de las condiciones salariales de los trabajadores que exige la LCSP se satisface mediante el cumplimiento de las condiciones salariales previstas en un convenio de empresa o, necesariamente, viene referido al convenio sectorial de aplicación.

A las ofertas anormalmente bajas se refiere la Directiva 2014/24/UE en su considerando (103) en los siguientes términos:

“Las ofertas que resulten anormalmente bajas con relación a las obras, los suministros o los servicios podrían estar basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador debe estar facultado para rechazar la oferta. El rechazo debe ser obligatorio en los casos en que el poder adjudicador haya comprobado que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos resultan del incumplimiento del Derecho imperativo de la Unión o del Derecho nacional compatible con este en materia social, laboral o medioambiental o de disposiciones del Derecho laboral internacional.”

De acuerdo con este considerando, el órgano de contratación debe poder excluir al licitador cuando éste no ofrezca una explicación suficiente del precio de su oferta, resultando obligatoria la exclusión en el caso de incumplimiento de normas imperativas carácter laboral, sean éstas del derecho de la UE, del derecho interno o de normas internacionales.



El articulado de la Directiva 2014/24/UE recoge este principio en el artículo 69, conforme al cual:

“1. Los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate.

2. Las explicaciones contempladas en el apartado 1 podrán en particular referirse a lo siguiente:

(...)

“d) el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 18, apartado 2;

(...)

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, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2.

Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2.”

Y el artículo 18.2, al que remite el anterior, dispone:

“2. Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.”



De la lectura de los preceptos referidos, resulta que la Directiva 2014/24/UE establece una garantía de cumplimiento de las obligaciones salariales que pesan sobre el empresario que concurre a la licitación, con la finalidad de que los trabajadores tengan asegurada la percepción de los salarios a que tienen derecho en virtud de la norma que resulte de aplicación. Se trata, por tanto, de una garantía establecida a favor de los trabajadores, que asegura las percepciones a que éstos tienen derecho en virtud de su relación laboral.

Esta garantía se recoge también en la normativa interna. El artículo 149.4 de la LCSP establece:

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

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

(...)

d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.



(...)

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

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.”

Por su parte, el artículo 201 de la LCSP, referido a las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, 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.”

El artículo 149.4, penúltimo párrafo, se refiere al incumplimiento de lo dispuesto en convenios colectivos sectoriales vigentes, “*en aplicación de lo dispuesto en el artículo 201*”. Sin embargo, el artículo 201 de la LCSP no se refiere a convenios colectivos sectoriales, sino que lo que hace es garantizar que el contratista, en la ejecución del contrato, ha de cumplir con las obligaciones establecidas en los “*convenios colectivos*” (el que resulte de aplicación).

Una interpretación teleológica de las normas transcritas ha de atender la finalidad perseguida por aquéllas. Esta finalidad, como se ha señalado anteriormente, es garantizar a los trabajadores el cumplimiento de los derechos salariales que derivan de su relación laboral. Ello conduce a garantizar la aplicación de las normas salariales contenidas en el convenio colectivo que resulte de aplicación. La exigencia de condiciones salariales distintas no tiene ninguna repercusión respecto de los trabajadores, pues éstos van a seguir percibiendo lo que se hubiera estipulado en el convenio colectivo aplicable, mientras que daría lugar a la exclusión de licitadores que estuvieran sujetos a un convenio colectivo distinto, dando lugar a una restricción injustificada de la competencia.

En consecuencia, si bien resulta adecuado que, para calcular el precio, el órgano de contratación considere como costes salariales los establecidos en el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación, por ser el referente ordinario en el sector (y así se recoge en el artículo 101 de la LCSP), la obligación que se impone al adjudicatario del contrato ha de ser la de cumplir con las obligaciones salariales que deriven del convenio colectivo que resulte de aplicación.

No obstante, el artículo 122.2 de la LCSP dispone:

“2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán (...) la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; (...).”



Ahora bien, una interpretación literal de este precepto conduciría a que, en el caso de que el adjudicatario del contrato se rigiera por un convenio distinto del convenio sectorial, la celebración de un contrato del sector público supondría una alteración de las condiciones salariales de los trabajadores, dando lugar a una inaplicación parcial (sólo respecto de los trabajadores afectos a la ejecución del contrato) y temporal (sólo durante la ejecución del contrato) del convenio colectivo que resulta de aplicación. Ésta es una situación que no resulta compatible con nuestro derecho laboral y que castiga injustificadamente a entidades del sector público (ya que deben soportar unos costes salariales de sus contratistas superiores a los que soportará cualquier otro contratante).

De una forma más adecuada con la realidad, el artículo 35 de la LCSP, relativo al contenido mínimo del contrato, establece que en los documentos de formalización de los contratos figurará:

“n) La obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación.”

La interpretación conjunta de estos preceptos conduce a que la obligación que haya de figurar en los pliegos sea la de respetar las obligaciones salariales que resulten del convenio colectivo que se encuentre en vigor. Normalmente será el convenio colectivo sectorial, pero en los casos en que resulte de aplicación un convenio colectivo distinto, habrá que estar a las obligaciones salariales establecidas en éste.

Por lo anterior, cabe concluir que GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U. justificó adecuadamente su oferta, sin que ésta incurriera en vulneración de las obligaciones sociales y laborales que le competen.

Séptimo. La adjudicataria del contrato alega que la oferta de la recurrente incumple lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, concretamente, la cláusula 13.3.

El párrafo primero de la cláusula 13.3 establece:



“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1.n de la LCSP, el contratista tiene la obligación de cumplir durante todo el período de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo que resulte de aplicación, y singularmente, y según lo dispuesto en el artículo 122.2 de dicha ley, las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación.”

Aun cuando esta cláusula establece la obligación de cumplir las obligaciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación, lo hace por remisión al artículo 122. Ahora bien, este artículo debe interpretarse en el sentido mencionado en el apartado anterior.

Ha quedado acreditado que GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U. se rige por un convenio colectivo propio. La validez y vigencia de este convenio colectivo no ha sido objeto de impugnación ni por el órgano contratante, ni por los interesados en el procedimiento.

En consecuencia, la aplicación por GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U. de las condiciones laborales establecidas en el convenio colectivo que resulta de aplicación no se considera que vulnere la cláusula 13.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. Antonio Conejero Anguita, actuando en nombre y representación de la sociedad GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U., contra la exclusión y adjudicación de la licitación convocada por la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social para contratar el *“Servicio de mantenimiento integral de los edificios de López de Hoyos 169-171 y Serrano 102 pertenecientes a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad*



Social de Madrid, año 2020 - Lotes I y II, expediente 28/VC-029/20, ordenando la retroacción de aquél al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo de exclusión de GESTIONA DESARROLLO DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.U.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.