

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2019.

VISTO, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don B.D.P., en nombre y representación de Integra Mgsi Cee, S.L., contra el Acuerdo de adjudicación del contrato administrativo de “Servicio de auxiliares de información, atención al público y control de entradas de los Edificios Públicos adscritos al Distrito de Chamberí”, (Expediente número 300/2018/01992-1) del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación se publicó en Plataforma de Contratos del Sector Público con fecha 25 de abril de 2019. El valor estimado del contrato es de 2.990.485,58 euros.

Segundo.- El recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación exclusión del recurrente se presenta el 30 de julio de 2019.

Tercero.- En fecha 30 de agosto de 2019, conforme al artículo 56 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al

ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) se recibe el expediente e informe preceptivo del órgano de contratación. El 5 de septiembre se presentan las alegaciones de la adjudicataria.

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 recurrente está legitimada para interponer el recurso, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, por haber participado en el procedimiento y encontrarse clasificada en segundo lugar en la aceptación de la propuesta de la Mesa por el órgano de contratación.

Se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El presente recurso se presenta el 30 de julio de 2019 dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación el 10 de julio de 2019, tal y como expresa el artículo 50.1. d) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra la adjudicación del contrato, siendo pues un acto recurrible conforme al artículo 44.2. c) de la LCSP. Y en un contrato de importe superior a 100.000 euros (artículo 44. 1. a)).

Quinto.- El recurso se fundamenta todo él en que la empresa adjudicataria no cubriría los costes laborales, basándose para ello en la no aplicación del Convenio Colectivo rector del contrato según la recurrente, que sería el XV Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, publicado en el BOE de 4/7/2019, y suscrito entre patronal y sindicatos con fecha 1 de marzo

de 2019, y que según la misma:

- Resulta aplicable desde 1 de enero de 2019 (artículo 6).
- Resulta aplicable a los trabajadores con discapacidad vinculados con un centro especial de empleo en virtud de la relación laboral de carácter especial regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio o la legislación que la sustituya, (artículo 2).

Después de desglosar los costes salariales de este Convenio Colectivo se pone de manifiesto que la Mesa de contratación admitió indebidamente la justificación de la baja temeraria en que se encontraba incurso la adjudicataria, y que debía ser excluida. Señala que según este Convenio el coste anual sería de 885.024,11 euros, muy superior a los 869.445,38 euros que se justifican. Es decir, aprecia un desfase del 1,76 %, según sus propios cálculos.

Por el contrario, el órgano de contratación manifiesta, en primer término, que el Convenio Colectivo citado no podía ser de aplicación, pues entró en vigor con posterioridad a la publicación de la licitación, ni fue tenido en cuenta en la elaboración del presupuesto. Se publicó en el BOE el 4 de julio de 2019 y la licitación el 25 de abril de 2019. Y en cuanto a la baja, la adjudicataria, aportó justificación en la que señala que será la empresa Valoriza CEE, S.L.U., la que adscriba al contrato el 100% del personal encargado de la prestación. Como centro especial de empleo que es, esta entidad cuenta con la bonificación del 100% de la cuota empresarial de seguridad social, así como una subvención del 50% del SMI. En su escrito, esta entidad indica como Convenio Colectivo de aplicación, el de oficinas y despachos de la Comunidad de Madrid.

Según el órgano de contratación, si bien el estudio económico de este contrato ha sido calculado teniendo en cuenta el Convenio Colectivo de oficinas y despachos de la Comunidad de Madrid, en ningún momento se obliga en los pliegos que rigen su contratación, como alega el recurrente, a la aplicación de este u otro convenio, limitándose los pliegos, en lo que a este respecto interesa, a regular los siguientes extremos:

Apartado 1 del Anexo 1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares:

“Obligación de subrogación por norma legal, un Convenio Colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general (artículo 130 de la LCSP): SI.

El Convenio Colectivo que se ha tenido en cuenta para la elaboración del estudio económico es el Convenio Colectivo del Sector Oficinas v Despachos que no prevé la subrogación. No obstante, la empresa adjudicataria del contrato con el mismo objeto que le precede es un centro especial de empleo y al personal que presta servicio en la misma se le aplica el XIV Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, que prevé la subrogación.

El Anexo VIII al presente pliego incluye la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, al objeto de permitir una exacta evaluación de los costes laborales. Esta información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 de la LCSP”.

Añade, además, que “con respecto a los costes salariales, interesa advertir que, tanto la empresa adjudicataria en la justificación de su oferta, como la recurrente en su escrito de recurso, toman en cuenta el salario mínimo interprofesional para el año 2019, fijado en 12.600 euros, entendemos que por ser mayor que los salarios de los dos convenios”.

En similar sentido se manifiesta la adjudicataria, además de recordar la doctrina conforme a la cual para desvirtuar la valoración de la mesa sobre las bajas temerarias deben ofrecerse sólidos argumentos, citando diversa doctrina al respecto. Solicita la sanción máxima por temeridad y mala fe, en razón además de los beneficios de diverso orden que obtendría de la continuidad en la prestación por ser la actual adjudicataria.

A juicio de este Tribunal la mera cita un convenio colectivo de imposible consideración en el expediente de contratación o en las ofertas por ser de fecha posterior a la licitación desvirtúa completamente la argumentación del recurrente.

Igualmente es cierto que el Pliego no señala ningún Convenio Colectivo de aplicación al caso, sino exclusivamente el que se ha tenido en cuenta para la elaboración del presupuesto, no siendo el Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos ajeno al objeto del contrato, pues el propio convenio citado por la recurrente (de los Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad) lo hace susceptible de aplicación al señalar en su artículo 29.2 lo siguiente:

“2. Los centros especiales de empleo que no tengan la consideración de iniciativa social de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.4 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, cuando presten servicios a terceros indistintamente de la modalidad jurídica utilizada, se regularan en materia salarial por lo establecido en el Convenio colectivo del sector de actividad en el que los trabajadores realicen sus tareas siempre que las retribuciones fijadas en éstos sean superiores a las establecidas en las tablas salariales del presente Convenio.

Igualmente, los centros especiales de empleo regulados en el citado artículo 43.4 que tengan personal realizando alguna actividad dentro de la administración pública o trabajando directamente para ella, a través de cualquier forma de licitación, serán retribuidos según los Convenios que resulten de aplicación para la actividad y puestos de los trabajadores a excepción de aquellos que liciten vía contratación reservada. Esta afectación a las tablas salariales relativas a la actividad que realicen los trabajadores será de aplicación para los procesos de licitación que se publiquen posteriormente a la entrada en vigor de este Convenio y así lo establezcan los mencionados procesos”.

El propio Convenio Colectivo de los Centros especiales de empleo, contempla la aplicación de las retribuciones del Convenio Colectivo del sector donde se preste la actividad si estas son superiores a las de aquél, en este caso el de Oficinas y Despachos.

Por otro lado, si se lee la tabla salarial del personal a subrogar aneja a los Pliegos los salarios brutos mensuales del personal (1 auxiliar de servicios generales,

2 oficiales y 33 operarios, oscilan según categoría y coeficiente de jornada (siempre inferior a la máxima) entre 283 euros el mínimo y 853 euros el máximo, siempre por debajo de los 900 euros que para idéntica categoría y por jornada completa marca el Convenio Colectivo citado por el recurrente (Anexo VI: categoría “auxiliar de servicios generales”), que es el salario mínimo vigente.

Partiendo de esta base errónea en cuanto al Convenio de aplicación, no ofrece el recurrente argumento alguno que sirva a desvirtuar la presunción de acierto que ampara bajo el principio de la discrecionalidad técnica la valoración de las bajas temerarias realizada por los servicios técnicos y asumidos por la Mesa de contratación. Como hemos señalado en Recurso nº 21/2019, Resolución nº 52/2019, de 6 de febrero 2019:

“En este momento, la función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían, además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable, así como la comprobación de que el informe correspondiente efectuado por el órgano de contratación contiene la suficiente motivación, que ha de ser ‘reforzada’, para excluir a la recurrente por falta de justificación de la viabilidad.

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

La decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP, 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 pudiendo por tanto de manera motivada, separarse de la propuesta”.

Procede, pues, la desestimación del recurso.

El uso de un Convenio no vigente por su fecha en el momento de elaborarse los Pliegos o de la licitación, sobre el que se vierte toda la argumentación, unido al desfase casi insustancial entre el coste calculado por el recurrente y el justificado por el adjudicatario, junto con la circunstancia de ser el primero el actual prestador de los servicios, beneficiándose así eventualmente de la continuidad del mismo en tanto se proceda a la formalización del nuevo contrato y por diversos conceptos, hace viable la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP, por cuantía de 1000 euros, a falta de poder fijar el eventual beneficio obtenido de la obligatoria suspensión de la adjudicación.

El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 de mayo de 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues

ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero de 2013.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal*

cumplimiento”.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que la multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación o los beneficios obtenidos por el recurrente no se han cuantificado.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don B.D.P., en nombre y representación de Integra Mgsi Cee, S.L contra el Acuerdo de adjudicación del contrato administrativo de “Servicio de auxiliares de información, atención al público y control de entradas de los Edificios Públicos adscritos al Distrito de Chamberí”, (Expediente número 300/2018/01992-1) del Ayuntamiento de Madrid.

Segundo.- Imponer la sanción de 1000 euros por las razones expuestas.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento.

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.