

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

Resolución nº 24/2016

En Madrid, a 12 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por doña C.R.A., en nombre y representación de Grupo Norte Facility, S.A. (Grupo Norte), contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de Prescripciones Técnicas del “Servicio de limpieza de la sede del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias en la calle Príncipe de Vergara, 140”, número de expediente: 300/2015/01126, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN
ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- Por el Ayuntamiento de Madrid, concretamente el Servicio de Contratación Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias se convocó, procedimiento abierto para la adjudicación del Servicio de Limpieza de la sede del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias en la C/ Príncipe de Vergara, 140.

El anuncio de licitación se publicó en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid el 15 de enero de 2016. En fecha 16 de enero se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, y en el Boletín Oficial del Estado de fecha 21 de enero de 2016.

El plazo de licitación finaliza el 12 de febrero de 2016, estando prevista la apertura de ofertas el 24 de febrero de 2016. El presupuesto base de licitación asciende a 206.529,82 euros y el plazo de ejecución será de 12 meses prorrogable por otro periodo igual. El valor estimado asciende a 413.529,82 euros.

Segundo.- El 2 de febrero tuvo entrada el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Grupo Norte en el que solicita: que se practique oficio por el TACP a la CNMC de esta licitación, objeto de recurso, que entendemos que podría resultar contraria a la libre competencia;

- la estimación del recurso y en consecuencia se declare la nulidad o, en su caso, anulabilidad de los actos impugnados y, en consecuencia, retrotraer las actuaciones para que el órgano de contratación

fije un presupuesto de licitación ajustado a los precios del mercado para lo que se deberán tener en cuenta los gastos salariales previstos en la regulación laboral y las circunstancias del mercado”.

El 5 de febrero el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 .4 del TRLCSP 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 que incluye en su objeto social el objeto de la licitación recurrida, siendo por tanto titular de un interés en participar en la licitación que podría verse afectado por los Pliegos impugnado o sea “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la publicación de la licitación tuvo lugar en el DOUE de 16 de enero y la puesta a disposición de los pliegos en el perfil de contratante el 15 de enero, siendo interpuesto el recurso, el 2 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el PCAP de un contrato de servicios de la categoría 14 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1 .a) y 2.a) del TRLCSP.

Quinto.- Como único motivo de impugnación se argumenta que la licitación vulnera el principio de libre competencia y que el precio no es adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, con arreglo a los mis. 1 y 87 del TRLCSP.

La recurrente considera que los costes previstos en el Servicio no se cubren con el presupuesto de licitación por lo que resulta antieconómico y a pérdidas para el próximo adjudicatario, lo que implicaría que en caso de que se adjudicase en los actuales términos a algún posible licitador, algo prohibido no sólo por el TRLCSP sino también por la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, lo que podría, además, suponer un enriquecimiento injusto por parte del órgano de contratación. El presupuesto base de licitación ni

tan siquiera cubre los costes laborales del personal a subrogar, por lo que consecuentemente, no alcanza a cubrir los gastos generales ni un beneficio empresarial mínimamente aceptable.

Cabe recordar que el TRLCSP en el artículo 87 dispone, que en los contratos del sector público la retribución del contratista consistirá en un precio cierto y que “Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato, mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación en su caso de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

La adecuada determinación del precio contractual es un elemento esencial para la conformación de la voluntad de las partes del contrato administrativo que permite garantizar tanto a la Administración como al contratista una correcta ejecución de las prestaciones objeto del contrato, ya que permite establecer la justa correspondencia entre los derechos y obligaciones asumidas por cada una de las partes.

La Recomendación 2/1997, de 6 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid insiste en que “hay que tener presente la obligación que establece la Ley de que, a la hora de determinar el precio de los contratos, se procure que éste sea adecuado al mercado”, e igualmente incide en el informe 19/1 997, de 16 de diciembre, señala que la “primera y más importante premisa a tener en cuenta sobre el precio de todo contrato que celebre la Administración es que sea cierto y adecuado al mercado”.

En concreto, y sobre la adecuación del precio de los contratos al mercado y su relación con los convenios colectivos, la Junta Consultiva de las Islas Baleares, en el informe 4/2001, de 22 de febrero, sobre el artículo 14.1, último párrafo del TRLCSP afirma que: “C.) si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí pueden tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto de contrato. En este caso el coste del personal debe ser, desde luego, un elemento a tener en cuenta al elaborar el presupuesto de licitación, habida cuenta de que el convenio colectivo prevé la obligación de contratar a los trabajadores de la empresa saliente”. Asimismo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 34/2001 manifestó que la Administración contratante ha de tener en cuenta el contenido de los convenios colectivos a la hora de determinar el presupuesto de un contrato, si bien no ha de entenderse vinculada a aquellos.

En consecuencia, se considera que si bien los convenios colectivos del sector correspondiente no son vinculantes para la Administración, por tratarse de una regulación bilateral en la que los poderes públicos no son parte, sí deben tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta, al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto del contrato.

La Directiva 24/201 4/UE, en vigor, pero cuyo periodo de transposición vencerá el próximo 18 de abril, aplicable a efectos interpretativos en cuanto no se oponga al TRLCSP, en su artículo 18 establece como principio general aplicable a la contratación pública que “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 la disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.

En esta misma línea, el Tribunal ha reconocido la procedencia de que los convenios colectivos del sector correspondiente “deben tomarse en consideración como indicadores a tener en cuenta, al elaborar el presupuesto de licitación especialmente en aquellos servicios en los que el elemento personal es fundamental en la prestación objeto del contrato”. Así lo ha señalado en su Resolución 89/2011, de 21 de diciembre; Resolución 150/2012, de 5 de diciembre de 2012, entre otras.

El desequilibrio económico o la incorrecta determinación del precio del contrato pueden ocasionar un grave perjuicio para el interés público, ya que se aumentan significativamente las posibilidades de ejecuciones inadecuadas de las prestaciones objeto del contrato que pueden dar lugar a la resolución del contrato.

Los órganos de contratación deberán, tanto al determinar los presupuestos de los contratos, como al establecer las prestaciones y contraprestaciones entre la Administración y el contratista, realizar los estudios económicos necesarios que permitan garantizar que el precio del contrato sea el adecuado al mercado, incorporando dichos estudios como parte de los expedientes de contratación.

Dichos estudios deberán ajustarse, a los sistemas de determinación del presupuesto establecidos, en su caso, por la legislación contractual para los diferentes tipos de contratos, debiendo en todo caso presentar un nivel de desagregación suficiente, para permitir una valoración adecuada de las prestaciones objeto del contrato, hacer posible un adecuado control del gasto público y facilitar una correcta presentación de ofertas por las empresas al poseer una información más detallada sobre el presupuesto contractual, o en su caso de las contraprestaciones que recibirá por la ejecución del contrato.

Según los cálculos de la recurrente los costes de laborales de pluses, antigüedad, jornada semanal, subrogación, horas mínimas exigidas y demás costes suponen 233.235,14 euros, mientras que el presupuesto de licitación es de 206.764,91 euros, lo que da como resultado un saldo negativo 26.470,23 euros. Esto generaría e implicaría un enriquecimiento injusto por parte del Órgano de Contratación, proscrito por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia.

Las alegaciones efectuadas requieren comprobar si se vulneran los artículos 1 y 87 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por no ser el adecuado para el efectivo cumplimiento del

contrato y si el citado precio es cierto y adecuado al mercado y si se ha tenido en cuenta el Convenio Colectivo.

Se constata, en primer lugar, que en el Estudio Económico que forma parte del expediente de contratación, se ha tenido en cuenta en la estimación del coste económico lo siguiente:

1.- Horas asignadas al servicio objeto del contrato agrupada en tres grupos profesionales de acuerdo con lo establecido en el vigente Convenio Colectivo para el Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid para los años 2012, 2013y 2014.

2.- Para el cómputo de los costes salariales se ha tenido en cuenta lo dispuesto en el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid. También se ha consultado el escandallo anual de coste de mano de obra elaborado por la Asociación de Empresarios de Limpieza de Madrid (AELMA) enviado por la citada asociación con fecha 9 de junio de 2015. El cálculo de coste de personal se ha realizado de acuerdo con las retribuciones anuales recogidas en el Anexo 1 del indicado convenio colectivo y dividido por la equivalencia en cómputo horario anual de la jornada establecida en el artículo 20 del convenio. Sobre este concepto se han añadido los siguientes gastos:

Las cuotas a la Seguridad Social estimadas de forma global considerando el importe soportado por el empleador por todos los conceptos (formación, FOGASA, etc.) un 33,50% sobre los costes netos del salario del personal a adscribir al contrato. Se ha estimado un 1,1 % para atender el coste de absentismo, suplencias y otros costes directos como mejoras de carácter social o plus de mandos intermedios. En cuanto a la antigüedad, se ha considerado una media de antigüedad estimada por categoría de un 3% del sueldo. Con el fin de compensar las posibles oscilaciones en el precio del contrato tanto de la mano de obra como de los consumibles de limpieza y para que quede garantizado el equilibrio económico y viabilidad del contrato, se ha contemplado un incremento del 0,90% en 2016 y un 1,30% en 2017 de acuerdo con el Análisis Socioeconómico del Ayuntamiento de Madrid en el que se realiza una estimación del PIB de la Ciudad de Madrid para el período 2014-2019 en base a los datos de la Contabilidad Regional de España para 2014 (INE, marzo 2015) para la Comunidad de Madrid y del Centro de Predicción Económica - CEPREDE (mayo 2015) para 2015-2019 para España, junto a las previsiones del crecimiento real del PIB para los años 2016 y 2017.

3.- Además se ha realizado una estimación del importe económico del servicio en cuanto a:

- Suministro, reposición y mantenimiento de contenedores higiénicos.
- Suministro y reposición del material de limpieza y productos higiénicos.
- También de los costes directos de útiles, maquinaria, materiales, vestuario.
- Gastos generales.

Todo ello se estima en un 1,1 % sobre el importe del coste de personal.

4.- Como beneficio industrial se ha estimado 1,25% y un 21 % en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido.

Todo ello supone un presupuesto base de licitación del contrato que asciende a 206.764,91 euros, al que corresponde por el IVA (21 %) un importe de 43.420,63 euros siendo el presupuesto total del contrato de 250.185,54 euros (IVA incluido).

Para la resolución del recurso hay que tener en cuenta que los costes salariales del personal en este servicio concreto, según el estudio económico, representan el mayor gasto. El Convenio Colectivo de Limpieza invocado en el recurso, fue concertado de una parte por AELMA, ASPEL, CCOO y UGT. Fue publicado en el BOCM de 10 de marzo de 2014. Su ámbito de aplicación es de carácter autonómico, a la Comunidad de Madrid y su aplicación no resulta controvertida.

En el recurso se incluye como anexo un cuadro con una serie de conceptos de gastos de personal que se cuantifican en 233.235,14 euros, sin que en ningún momento se justifiquen los importes que se hacen figurar, ni se haya tenido en cuenta ni se discuta la composición del detallado estudio económico que se incluye en el expediente administrativo a afectos de su desacreditación.

Si bien tanto el estudio económico como el cuadro que se adjunta al recurso parten del mismo número de horas y categorías profesionales, pues son las que se establecen en la cláusula 11 del PPT como medios personales para llevar a cabo el servicio, entre ambos aparecen diferencias por ejemplo en cuanto al importe de la mano de obra, careciendo el recurso de la adecuada motivación de los importes que considera correctos y dónde encuentra los errores en el cálculo de la Administración.

Por otra parte en el estudio económico para el cálculo del presupuesto del servicio de limpieza, se dice que se ha tenido en cuenta el coste del personal según el convenio colectivo aplicable, pero el Tribunal aprecia que ha omitido aspectos importantes como el coste de las suplencias de vacaciones o el coste real de la antigüedad del personal que se ponen en evidencia en el recurso sin que en el informe al mismo se justifique la diferencia más allá de mantener la validez del informe previamente incorporado al expediente.

Partimos de que el PPT incluye como anexo una relación del personal a subrogar que coincide en horario con el personal y número de horas que han de prestar el servicio objeto de contratación. Por ello, el cálculo ha de hacerse con precisión y por referencia a los concretos elementos que supondrán gasto al contratista. No es correcto el cálculo estimado realizado dividiendo el salario anual entre el número de horas a prestar sin tener en cuenta el importe las suplencias por vacaciones, o considerando un porcentaje fijo del 3% en concepto de antigüedad que resulta insuficiente, puesto que según el artículo 29.2 del convenio colectivo de aplicación el complemento por este concepto consiste en trienios del 4% del salario base de la tabla salarial anexa y según la relación de personal a subrogar se puede concretar perfectamente el número de trienios de cada uno de los trabajadores, estando la mayoría por encima de uno. Esto supone que para el cálculo se han omitido costes de personal. Lo anterior, unido a la pequeña cantidad consignada para suministros, gastos

generales y beneficio industrial que impide que dicha carencia se pueda absorber por una minoración de dichos conceptos, demuestra la insuficiencia del cálculo realizado, sin que el Tribunal pueda pronunciarse sobre cuál ha de ser la cuantía adecuada.

Lo expuesto se confirma en la comparación del estudio económico realizado para este expediente con el escandallo anual de coste de mano de obra de la Asociación de Empresarios de Limpieza de Madrid (AELMA) que se dice ha sido el soporte base utilizado para el cálculo del presupuesto de licitación. Así, la hoja de cálculo utilizada para el estudio coincide con dicho escandallo en cuanto al salario base, plus de convenio y costes sociales. En el escandallo figura como gasto de antigüedad un promedio de 2,8 trienios por trabajador a un 4% cada uno sobre el salario (según establece el artículo 29.2 del convenio) y, sin embargo, en el estudio económico se ha aplicado un 3% suponiendo un promedio de un único trienio. Asimismo, el estudio económico contempla el 1,1% en concepto de absentismo, gastos de vacaciones, licencias y otros costes directos lo que supone un importe de entre 440,9 y 485,12 euros por categoría, cuando el escandallo contempla los costes de absentismo más suplencias (vacaciones y licencias) que tienen un coste de una mensualidad y el número de días de licencia que supone un gasto de entre 2.906,07 y 3.201,4 euros.

Por lo expuesto procede la estimación del recurso interpuesto, declarando la nulidad del PCAP en cuanto establece un presupuesto de licitación insuficiente, que deberá sustituirse por el que teniendo en cuenta todos los costes laborales y de la prestación del servicio que permita a los licitadores la participación en el procedimiento cumpliendo la legislación laboral.

Sexto.- En cuanto a la solicitud de remisión a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La disposición adicional vigésima tercera del TRLSCP establece la obligación de los órganos competentes para resolver el recurso especial en materia de contratación de notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) "cualquier hecho de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación".

La CNMC es competente para la defensa de la competencia efectiva de los mercados como uno de los elementos principales de la política económica recogido en la Ley 15/2007. Esta Ley regula las conductas restrictivas de la competencia en los artículos 1 a 3 de manera que considera conductas prohibidas las conductas colusorias, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. El capítulo II del título IV de dicha Ley regula el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas. Los acuerdos colusorios entre licitadores que participan por separado en una licitación pública están prohibidos por el artículo 1 .1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia,

correspondiendo a la Comisión Nacional de la Competencia, hoy la CNMC, la responsabilidad de analizar y, en su caso, sancionar ese tipo de conductas, de ahí lo establecido en la disposición adicional vigésimo tercera del TRLCSP.

Considera el Tribunal que la relación que suponga vulneración de la competencia tiene que darse entre los operadores económicos y no procede cuando, como resulta en este caso, el órgano de contratación lleva a cabo una actuación más o menos ajustada a derecho, pero que en ningún caso pretende favorecer a uno de los competidores, ni se produce ningún supuesto de infracción de lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que no resulta de aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional 23 del TRLCSP. En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por doña C.R.A., en nombre y representación de Grupo Norte Facility, SA. (Grupo Norte), contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de Prescripciones Técnicas del “Servicio de limpieza de la sede del Área de Gobierno de Salud, Seguridad y Emergencias en la calle Príncipe de Vergara, 140”, anulando el PCAP en cuanto establece un presupuesto de licitación insuficiente.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- 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 29/1 998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.