



Roj: **STSJ M 3877/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:3877**

Id Cendoj: **28079330032024100216**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **03/04/2024**

Nº de Recurso: **1622/2021**

Nº de Resolución: **221/2024**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAFAEL MARIA ESTEVEZ PENDAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**Procedimiento Ordinario número 1622/2021**

**Ponente:** Don Rafael Estévez Pendás

**Recurrente:** Centro de Investigación, Promoción y Cooperación Internacional (CIPIE)

**Procurador:** Don Antonio Ortega Fuentes

**Demandados:**

Comunidad de Madrid

**Letrado:** Sr. Letrado de la Comunidad de Madrid

Asociación Servicio Integral Sectorial Para Ancianos (ASISPA)

**Procurador:** Doña Raquel Valencia Martín

**SENTENCIA N° 221/2024**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

Don Gustavo Lescure Ceñal

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Don Ángel Novoa Fernández

Don Rafael Estévez Pendás

En Madrid, a 3 de abril del año 2024, visto por la Sala el Recurso arriba referido, interpuesto por el Centro de Investigación, Promoción y Cooperación Internacional (CIPIE), representada por el Procurador Don Antonio Ortega Fuentes, contra la Resolución número 270/2021 de 18 de junio de 2021, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, siendo demandados de una parte la Comunidad de Madrid, defendido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, en la representación que por Ley le corresponde, y de otra la Asociación Servicio Integral Sectorial Para Ancianos (ASISPA), representada por la Procuradora Doña Raquel Valencia Martín. La cuantía de este Recurso es indeterminada. Es ponente de esta Sentencia el Magistrado Don Rafael Estévez Pendás, que expresa el parecer de la Sala.

#### **Antecedentes de Hecho**

**Primero.-** Se interpuso este Recurso el día 3 de agosto del año 2021, formalizándose demanda por la entidad recurrente en la que terminaban suplicando una Sentencia que, estimando sus pretensiones, se tenga por



formulada demanda contra la Resolución de 18 de junio de 2021, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por mi representada contra el acuerdo del Viceconsejero de Políticas Sociales, Familia, Igualdad y Natalidad de la Comunidad de Madrid de fecha 5 de mayo de 2021, por el que se adjudica el contrato de servicios "Realización del programa de centros de participación e integración de inmigrantes (8 lotes), cofinanciado al 50 % por el Fondo Social Europeo, programa operativo de la Comunidad de Madrid (2014-2020), eje 2, objetivo temático 9, prioridad de inversión 9.3, objetivo específico 9.3.2" número de expediente 101/2020, en lo que respecta a los lotes 3 y 4, así como contra las resoluciones que traigan causa de ellas en los procedimientos de contratación a los que nos venimos refiriendo, y, previos los trámites oportunos, dicte resolución declarando dichas resoluciones nulas de pleno derecho, o, en su defecto, anulables, por lo señalado en el presente escrito, dejándolas sin efecto y retro trayendo las actuaciones al momento anterior a las mismas. Y todo ello con expresa condena en costas a la parte contraria si se opone a lo solicitado.

**Segundo.-** El Letrado de la Comunidad de Madrid y la representación procesal de la Asociación demandada contestaron a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demandante, y concluyeron interesando su íntegra desestimación.

**Tercero.-** Practicada la prueba que en su día se admitió, se despachó por las partes el trámite de conclusiones, tras lo cual quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 3 de abril de 2024.

### Fundamentos de Derecho

**Primero.-** Se impugna en este Recurso contencioso-administrativo la Resolución número 270/2021 de 18 de junio de 2021 ( recurso número 237/2021 ) del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por la que se acordó desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la Fundación Iberoamericana Europa, centro de investigación, promoción y cooperación internacional (CIPIE), contra el acuerdo del viceconsejero de Políticas Sociales, Familia, Igualdad y Natalidad de la Comunidad de Madrid de fecha 5 de mayo de 2021 por el que se adjudica el contrato de servicios "Realización del programa de centros de participación e integración de inmigrantes (8 lotes), cofinanciado al 50 % por el Fondo Social Europeo, programa operativo de la Comunidad de Madrid (2014-2020), eje 2, objetivo temático 9, prioridad de inversión 9.3, objetivo específico 9.3.2" número de expediente 101/2020, en lo que respecta a los lotes 3 y 4.

**Segundo.-** La Resolución impugnada de 10 de diciembre de 2020 dice en sus Fundamentos de Derecho, en lo que ahora interesa, lo que sigue textualmente:

" Como segundo motivo de recurso CIPIE cree que su oferta, considerada temeraria, está suficientemente justificada. Manifiesta que el motivo principal de su exclusión es no respetar los derechos de los trabajadores en materia salarial.

Alega que si bien el órgano de contratación tanto en los informes previos a la licitación como en el PCAP considera que el convenio colectivo aplicable a la ejecución de este servicio es el Convenio Colectivo Estatal del Sector de Acción e Intervención social, la fundación tiene suscrito un acuerdo de empresa.

Admite que dicho acuerdo no fue depositado en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON) en 2017 que es cuando se suscribe. No obstante considera que este defecto formal debería haber gozado de la posibilidad de subsanación otorgada por el órgano de contratación. Añade que aun sin solicitarlo se procedió a su registro una vez fue prorrogado para el año 2021.

CIPIE manifiesta que: *"informo de la existencia de dicho ACUERDO DE EMPRESA, al Órgano de Contratación para conocimiento de todos los licitadores en el Anexo IX del Pliego de Condiciones a los efectos, entre otros, de lo que establece la legislación laboral que es de aplicación para el caso de Sucesión de Empresas, supuesto en el que nos podríamos encontrar plenamente; lo que, de hecho, como ya exponíamos en su día, lejos de ser una ventaja comparativa sobre el resto de los licitadores, podría suponer una dificultad pues el exacto conocimiento de los costes reales podría inferir la presentación de una concurrencia de ofertas exageradamente altas con el propósito de descalificar artificialmente a la oferta más ventajosa. Debe considerarse que no estamos ante un procedimiento de Subasta sino ante la evaluación de una ponderación de criterios establecidos en los propios Pliegos en orden a la elección de la mejor oferta para la correcta ejecución del Servicio propuesto"*.

Añade a la defensa de su oferta que *"En cualquier caso, en la oferta presentada para esta partida se han tenido en cuenta los costes reales de personal declarados en el Anexo IX para los lotes 3 y 4, incrementados en un 14-15 % aproximadamente consecuencia del propio incremento (18%) del presupuesto base de licitación sobre el que regía el anterior concurso y en previsión del incremento de la masa salarial por la Entidad en el marco del Acuerdo de Empresa vigente. La baja que se obtiene en esta partida en ambos lotes es del 14,4 % en el lote 3 y del 14,5 % en el lote 4 y está lejos de ser temeraria o anormalmente baja pues se fundamenta en los costes reales*



*del servicio que han garantizado la correcta ejecución del actual contrato sin merma en la calidad del servicio y es plenamente respetuosa con las obligaciones legales que la Entidad tiene en materia laboral".*

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que "La entidad recurrente en su escrito de 5 de abril, justifico su oferta económica, en una parte importante de bajada en el precio, en los salarios de sus trabajadores, que no eran los establecidos por el Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social, sino en un Acuerdo de Empresa Extraestatutario, suscrito el 1 de febrero de 2017, con todos sus trabajadores. En este Acuerdo se establece que el Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social no es de aplicación a dicha entidad en el mismo se fijan las tablas salariales propias para la entidad".

Ante las dudas planteadas sobre la aplicabilidad de dicho acuerdo de empresas, en lugar del convenio colectivo sectorial correspondiente, la mesa de contratación solicitó informe técnico a Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Competitividad, en base a las competencias que tiene asignadas esa Dirección General.

Las cuestiones planteadas fueron dos:

- La validez del ACUERDO DE EMPRESA extraestatutario, que establece peores condiciones laborales que las fijadas por el convenio colectivo de aplicación en su ámbito laboral.
- Si dicho acuerdo está depositado ante la autoridad laboral y en caso de que no lo esté, consecuencias que tendría de cara a su validez.

La Dirección General de Trabajo, emitió informe con fecha 16 de abril de 2021, que respecto a las cuestiones planteadas informa:

*"Respecto de la inscripción del Acuerdo de Empresa, indica que: No consta que el acuerdo extraestatutario de la FUNDACIÓN IBEROAMERICA EUROPA, CENTRO DE INVESTIGACIÓN, PROMOCIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL suscrito el 1 de febrero de 2017 haya sido depositado en el Registro de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON) como acuerdo extraestatutario de eficacia limitada.*

*No obstante en REGCON se presentó el 11 de abril de 2017 una solicitud de depósito de acuerdo de inaplicación de la empresa FUNDACIÓN IBEROAMERICA EUROPA, CENTRO DE INVESTIGACIÓN, PROMOCIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL, que fue anulada el 24 de abril de 2017 por no ser un acuerdo de inaplicación sino un acuerdo extraestatutario de eficacia limitada, sin que por la citada empresa se haya realizado ningún trámite posterior de depósito en el citado Registro*

*Todo ello concuerda con la documentación aportada por el recurrente ahora en el trámite de recurso consistente en la justificación del depósito del Acuerdo de Empresa en el Registro de Convenios Colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), con fecha 19 de mayo de 2021. En este sentido hay que señalar que, ni cuando se emitió el informe de la Dirección General de Trabajo (16 de abril de 2021), ni cuando se le excluyó de la licitación (5 de mayo de 2021) el acuerdo de empresa estaba depositado.*

*No obstante, pese a las reiteradas afirmaciones de la recurrente en el sentido de que la exclusión del concurso se produjo por el no depósito en el REGCON del Acuerdo de Empresa, lo cierto es que la Dirección General de Trabajo no se pronunció sobre las consecuencias de la falta de depósito del mismo, entendiéndose que el depósito o no del Acuerdo no cambia su carácter extraestatutario y, por tanto, su eficacia limitada.*

*Acuerdo de Empresa Extraestatutario, que establece peores condiciones laborales que las fijadas por el convenio colectivo de aplicación en su ámbito laboral, sí que se pronunció de forma exhaustiva.*

*En dicho informe se indica:*

*2.- El Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores establece las reglas de aplicación de los convenios colectivos en caso de concurrencia, en cuyo artículo 84.2, determina que los convenios de empresa tienen prioridad aplicativa respecto al convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en determinadas materias, entre las que se encuentra, la cuantía del salario base y los complementos salariales.*

*Sin embargo, estas reglas de prioridad aplicativa solo afectan a los convenios y acuerdos colectivos que han sido negociados y acordados de acuerdo con el Título III del Estatuto de los Trabajadores.*

*La negociación colectiva extraestatutaria no se rige por los principios del Título III Estatuto de los Trabajadores, y en consecuencia, la regulación de condiciones de trabajo que establece el acuerdo extraestatutario de la FUNDACIÓN IBEROAMERICA EUROPA, CENTRO DE INVESTIGACIÓN, PROMOCIÓN Y COOPERACIÓN*



*INTERNACIONAL no tiene prioridad aplicativa respecto al Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social.*

*3.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye a los acuerdos extraestatutarios eficacia jurídica contractual y no normativa ( STS de 19 de febrero de 2001 , Ar/2805), lo que comporta que no es una norma imperativa para los contratos individuales como lo sería un convenio colectivo estatutario, al que se le atribuye eficacia erga omnes.*

*4.- En base a lo anteriormente expuesto y al existir un convenio colectivo sectorial que tiene eficacia jurídica normativa, el Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social es de aplicación automática e imperativa a las relaciones laborales individuales incluidas dentro de su ámbito.*

*Por otro lado, no hay duda sobre el respeto que deben tener los acuerdos, sean estatutarios o extraestatutarios, a la legislación laboral vigente y el salario mínimo interprofesional establecido".*

Invoca el órgano de contratación jurisprudencia al respecto que viene a avalar lo informado.

Antes de entrar a valorar el informe de inadmisión de la oferta de la recurrente por no considerar justificada su viabilidad, debemos recordar el art. 100.2 de la LCSP que dispone: "(...) *En los contratos en los que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.*"

Esta actuación ha sido perfectamente ejecutada por el órgano de contratación al constar en la cláusula 4 del PCAP todos los datos requeridos legalmente.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación. Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP corresponde al órgano de contratación "*considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuarto*" estimar si la oferta puede ser o no cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión.

Sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que "*la oferta no puede ser cumplida*". O, como expresa también el artículo 69.3 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando ésta parezcan anormalmente bajas para los servicios de que se trate y sólo se 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 del citado artículo.

No resulta posible la aplicación automática de los criterios de temeridad rechazando la oferta incursa en dicho umbral, pues la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anomalía no afectará a la ejecución del contrato. Para ello la LCSP, en su artículo 149, establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad. Y ello exige, en un primer momento, otorgar al licitador la posibilidad de que explique los elementos que ha tenido en cuenta a la hora de formular su oferta de manera que no se produzca un rechazo automático y que el órgano de contratación pueda llegar a la convicción de la oferta se puede cumplir garantizando la correcta ejecución del contrato. Estos trámites tienen por objeto evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar la sana competencia entre las empresas ( Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012, dictada en el asunto C-99/10, SAG EV Slovensko a.s.).

(.....)

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 en este caso 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.

Siguiendo lo ya expuesto, debemos analizar si la exclusión de la oferta está debidamente justificada y razonada. Volviendo al informe de exclusión de la oferta de la recurrente, este se basa en la diferencia entre el importe de los gastos de personal que se establecen en el presupuesto base de licitación y los aportados por la empresa, cuyo desfase además no puede verse cubierto ni por los gastos generales que son también inferiores en un alto porcentaje ni por el beneficio industrial al que legítimamente renuncia.

Realiza un cuadro comparativo entre el presupuesto base de licitación y la propuesta en los dos lotes recurridos con el siguiente resultado:

Considerando que el artículo 149.4 de la LCSP establece en: *"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 vigentes en aplicación de lo establecido en el art. 201"*.

A su vez el art. 201 establece: *"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 (...)"*.

Por todo lo cual, este Tribunal considera que la apreciación del órgano de contratación de que el informe justificativo de la oferta no se encuentra motivado correctamente en este apartado, ni en el recurso planteado, se aprecia como razonable, motivada y dentro del ámbito de discrecionalidad que le es dada al órgano de contratación a la hora de apreciar la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo. "

**Tercero.-** La entidad recurrente resume en su escrito de conclusiones los argumentos de la demanda, en los siguientes términos:

" PREVIA- EN 2015 LA FUNDACION IBEROAMÉRICA EUROPA ES ADJUDICATARIA DE SENDOS CONTRATOS EN ÁLCALÁ DE HENARES Y EN COLLADO VILLALBA POR TRES AÑOS.

Antes de proceder a esgrimir sucintamente los argumentos que rebaten, a nuestro juicio, los contenidos en la contestación a la demanda, debemos recordar:

Que mediante Orden de la Consejería de Asuntos Sociales con número 2540/2014, de 22 de diciembre se adjudicó el contrato de servicios: "Realización del programa de centros de participación e integración de inmigrantes (8 lotes), cofinanciado por el fondo social europeo. Eje 2, objetivo temático 9, con un porcentaje del 50%" en lo que respecta a los lotes 3 y 4 (documentos nº 1 y nº 2 de nuestra demanda), desde el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2017 a la Fundación Iberoamérica Europea. Dichos contratos se prorrogaron, tal y como figura en nuestra demanda.

Es decir, con anterioridad al proceso del que traen causa las resoluciones recurridas, iniciado en 2021, mi representada ya venía desarrollando, sin ningún problema, la actividades que se sacaron a concurso en el procedimiento que nos ocupa, basándose los pliegos de este en la información de la actividad que venía desarrollando mi representada.



2) Se excluye a mi representada del nuevo concurso debido a que no se considera debidamente justificado, desglosado, razonado y detallado el precio ofertado a la baja en el apartado relativo a los gastos de personal, a pesar de estar dichos gastos en línea con los que se venían abonando hasta entonces, con un incremento del 14 % y 15 %.

PRIMERA.- ANEXO IX DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DONDE FIGURAN LOS COSTES DE PERSONAL PARA LOS LOTES 3 Y 4 QUE ESTABA ASUMIENDO LA FUNDACIÓN IBEROAMÉRICA EUROPA.

La propia Administración, en el Pliego de Cláusulas Administrativas reconoce los costes del personal que para los lotes 3 y 4 se estaban devengando hasta esa fecha.

Pues bien, como puede observarse, en la propuesta efectuada por mi representada al concurso de 2021, la partida de coste de personal se ha obtenido aplicando, a los costes reales de personal que figuran en el Anexo IX del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, para los lotes 3 y 4 (es decir, el coste real de personal de los contratos de 2015 que seguían ejecutándose), un incremento del 14% y del 15%, aproximadamente, consecuencia del propio incremento (18%) del presupuesto base de licitación sobre el que regía el anterior concurso y en previsión del incremento de la masa salarial por la Entidad en el marco del Acuerdo de Empresa vigente.

Dado que los costes de mi representada eran, por tanto públicos, no son admisibles los argumentos esgrimidos de contrario contra una eventual falta de transparencia, igualdad de oportunidades etc...: La Administración, es quien al inicio del concurso aceptó los costes reales de personal anteriores a mi representada, que son los que figuran en el Anexo IX (habiendo mi representada incrementado un 14 % y un 15 % sobre dichos costes, como se ha dicho). Así, es muy llamativo que el Tribunal resuelve refiriéndose al apartado 4 de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas, sin mencionar el Anexo IX del mismo pliego donde figuran unos costes laborales reales inferiores a los de mi representada.

Para acreditar los costes reales de personal de la oferta, los valores de la oferta de mi representada siguen la línea de los valores de los contratos que se prestaban desde 2015. Además, se aportan las nóminas de los trabajadores de los lotes 3 y 4 y el acuerdo de empresa.

Por último, la Fundación Iberoamérica Europea, lleva cinco años ejecutando unos contratos idénticos a los del concurso con un coste real inferior al de la licitación, lo que evidencia que la oferta si puede cumplirse sin sufrir ningún riesgo, a pesar de lo señalado en la resolución del recurso especial "sólo es posible, de acuerdo con el indicado artículo, excluir una oferta que contenga valores anormales cuando, a la vista de la justificación aportada y los informes sobre la misma, se estime que la oferta no puede ser cumplida".

Por todo ello es evidente que no son admisibles las alegaciones planteadas de contrario sobre la no sujeción de la propuesta de mi representada al Pliego, ya que, como decimos, es la propia Administración quien acepta los costes reales de personal que se venían abonando por mi representada. Siendo ello así, no son admisibles tampoco las argumentaciones esgrimidas de contrario (contestación de ASISPA, fundamentalmente) sobre los principios de publicidad, libre competencia o igualdad de oportunidades por falta de transparencia, desde el momento en el que los gastos de personal de mi representada eran públicos y la propuesta de mi representada en este nuevo concurso los incrementaba en torno al 15 %. En ningún caso puede hablarse, por tanto, de desigualdad de trato. Mi representada ha conseguido, dentro de la legalidad, unas mejores condiciones económicas, admitidas por los trabajadores, y perfectamente viables, como se ha demostrado por todos los años que lleva ejecutando la actividad en las condiciones económicas que venimos resaltando.

SEGUNDA.- CONVENIO ESTATUTARIO O DE LA EMPRESA DONDE FIJAN LOS COSTES DE PERSONAL.

La empresa cuenta con un Acuerdo de Empresa, acuerdo extraestatutario o convenio de empresa que está suscrito por todos los trabajadores, y en él se acuerdan los criterios salariales de los contratos vigentes en 2015. Además, dicho acuerdo está depositado correctamente en el Registro de convenios colectivo, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON) tras una subsanación (documento nº 7 de la demanda).

En un inicio no se admitió el convenio de empresa por no haber sido depositado en el Registro de convenios colectivos, aunque no se invalidó por la informalidad. Siguiendo el art. 82.3 del E.T, se establece que solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, situación que no se da en este caso.

En efecto, en 2017, mi representada y sus trabajadores, de conformidad con la legislación laboral vigente, alcanzaron y suscribieron un ACUERDO DE EMPRESA de carácter Extraestatutario prorrogado en fecha 4 de diciembre de 2020, de conformidad con la legislación laboral vigente, y debidamente protocolizado ante Notario, en el que se establecían las categorías profesionales y las tablas salariales junto al resto de



condiciones laborales. Mediante dicho Acuerdo de Empresa se establece y acuerda que el Convenio de Acción e Intervención Social, no se de aplicación a la entidad Fundación Iberoamérica Europa CIPIE.

Resulta muy llamativo que los escritos de contestación a la demanda no hayan tenido en cuenta la cláusula de descuelgue del propio Convenio estatal de Acción e Intervención Social, Disposición Adicional Segunda, que permite la inaplicación del régimen salarial establecido de acuerdo con lo previsto en el artículo 82.3 del Estatuto de los trabajadores, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que así lo recomienden. En nuestro caso, recordemos que se trata de un acuerdo suscrito y aceptado expresamente por todos los trabajadores, y que, además, ha sido registrado en el REVCÓN y que figure en escritura pública no hace sino acreditar la publicidad y veracidad frente a las partes y frente a terceros de dicho acuerdo.

A la vista de todo lo anterior, no pueden admitirse los argumentos contenidos en las contestaciones formuladas de contrario, ya que se pretende una presunta no aplicación del acuerdo extraestatutario, sin tener en cuenta lo señalado expresamente en el propio Convenio estatal de Acción e Intervención social que dicen aplicable.

El hecho, además, como decíamos, de que el coste de personal del Anexo IX sea el que venía abonando mi representada y esté en línea (un 14-15% inferior) con la propuesta efectuada por mi representada (que obedece al incremento del 18 % del presupuesto base de licitación), es, como decimos, más que elocuente.

**TERCERA.- QUE SE CONSIDERE RAZONABLE, MOTIVADA Y DENTRO DEL ÁMBITO DE DISCRECIONALIDAD, LA JUSTIFICACIÓN DE LA OFERTA DE LA FUNDACIÓN PARA LOS LOTES 3 Y 4.**

El recurso especial de contratación (documento nº 8 de nuestra demanda) es desestimado por considerar razonable, motivada, y dentro del ámbito de discrecionalidad, la apreciación del órgano de contratación según la cual no está justificada la oferta de mi representado para los lotes 3 y 4 del concurso.

La Mesa de Contratación el 4 de mayo de 2021, ha excluido a la Fundación Iberoamérica Europa por "inobservancia de los derechos de los trabajadores". En el Informe suscrito por la Directora General de Servicios Sociales e Innovación social, de 30 de abril de 2021, se valora la justificación de la oferta económica realizada por mi representada de la siguiente manera: "la Administración Pública no puede admitir bajadas en los precios de licitación de un contrato que tengan su origen en la inobservancia de los derechos de los trabajadores".

Sin embargo, este argumento, se trata de un argumento falaz, dicho sea en estrictos términos de defensa. Existe un acuerdo extraestatutario suscrito por los trabajadores de mi representada y la propia Dirección General de Trabajo, en su informe ad hoc para este caso, reconoce que el Tribunal Supremo, ha reconocido como legales, válidos y eficaces los acuerdos extraestatutarios. Por lo tanto, no pueden considerarse como inobservados los derechos de los trabajadores, ya que los costes de personal derivan de un ACUERDO DE EMPRESA en el que no ha existido ni fraude, ni dolo, ni coacción ni abuso de derecho.

Finalmente, tampoco la Dirección General del Trabajo ha considerado que alguno de los derechos de los trabajadores esté siendo inobservado, una cosa es que un acuerdo extraestatutario no tenga prioridad aplicativa, otra distinta es que suponga una vulneración o "inobservancia" del derecho de los trabajadores que aceptan suscribir el acuerdo. Por estos motivos, la desestimación del recurso no es razonable. Difícilmente, se considera correcta o debidamente motivada una resolución por la que se excluye a un competidor por una "inobservancia" que no ocurre, y que ni siquiera se señala, y así reconoce la propia Dirección General de Trabajo. Por lo tanto, podemos decir que el Tribunal no está cumpliendo con sus obligaciones, dicho sea en términos de defensa.

En todo lo demás, nos remitimos a nuestro escrito de demanda

Por todo ello consideramos que procede la estimación de nuestro recurso frente a la resolución de 18 de junio de 2021, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por mi representada, declarando dicha resolución nula de pleno derecho, o, en su defecto, anulable, y todo ello al amparo de lo establecido en el artículo 39 LCSP, en relación con el artículo 47, e y f, de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, o, en su defecto, ex artículo 48 del mismo texto legal, por cuanto las decisiones adoptadas en el seno del procedimiento de contratación que nos ocupa se han basado en motivos inexistentes, como se ha visto y han dado lugar a la adquisición de derecho y facultades que no procedían. "

**Cuarto.-** La Ley 9/2017, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ( LCSP ), dispone en sus artículos 149.4 las ofertas anormalmente bajas en los siguientes términos:

Artículo 149

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.

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:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- 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.
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.

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 al que se remite el artículo 149.4 dice:

#### Artículo 201

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.

Como puede apreciarse, el artículo 149 regula dos supuestos de ofertas anormalmente bajas de los licitadores, el supuesto normal o más habitual, en el que la anormalidad de la oferta deriva de que el nivel de precios o el de costes que ofrece el licitador, es notoriamente inferior a los precios o costes de mercado, sin que esos bajos precios o costes tengan una explicación objetiva y razonable del licitador que hace la oferta. En estos casos, se puede presumir que el bajo precio o coste tiene el único propósito de obtener la mayor puntuación en la licitación.

Junto al anterior hay en el artículo 149.4 otro supuesto que también se denomina ofertas anormalmente bajas, pero aquí, a diferencia del caso anterior, se considera que una determinada oferta es anormalmente baja no porque se constate que el precio o los costes que la integran sean inferiores a los precios o costes de mercado, sino que la oferta se considera *ex lege* anormalmente baja por el simple hecho de que vulnere la normativa sobre subcontratación o no cumpla las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes. Lo anterior significa que para apreciar en este caso las ofertas anormalmente bajas, no será necesario analizar los precios o los costes ofertados, sino que bastará con que el órgano de contratación constate el incumplimiento, la vulneración por la oferta de que se trate de la normativa medioambiental, social o laboral, en la que se incluyen los convenios colectivos sectoriales, para considerar que la oferta es anormalmente baja. La expresión *en todo caso* que aparece al principio del párrafo del artículo 149.4 transcrito más arriba deja patente





que la vulneración de la referida normativa lleva aparejada indefectiblemente, la calificación de anormalmente baja de la oferta de que se trate, siempre que vulnere la mencionada normativa.

En el caso que enjuicamos, los costes de personal de la empresa ahora demandante no eran los establecidos por el Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social, sino que eran unos costes inferiores a aquellos y derivaban de la aplicación de un Acuerdo de Empresa Extraestatuario suscrito por dicha empresa con sus trabajadores el día 1 de febrero de 2017. Esta Sala desde luego no cuestiona la validez ni la eficacia desde el punto de vista laboral del Acuerdo en cuestión, pero igualmente tampoco puede prescindir de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCPS, que tal y como está redactado, no permite excepciones a la vulneración de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional.

Por lo expuesto se está en el caso de la íntegra desestimación del Recurso contencioso-administrativo.

**Quinto.-** Conforme al artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, procede imponer las costas derivadas de este Recurso a la parte recurrente por la total desestimación de su recurso, si bien como permite el apartado cuarto del mismo precepto (disposición final tercera.5 de la Ley Orgánica 7/2.015, de 21 de Julio, sobre modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se limita su cuantía a la suma de 5.000 euros (más I.V.A).

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de pertinente aplicación,

### Fallamos

Que desestimamos el Recurso contencioso-administrativo promovido por el Centro de Investigación, Promoción y Cooperación Internancional contra la Resolución número 270/2021 de 18 de junio de 2021, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, reseñada en el Fundamento de Derecho Primero, imponiendo las costas a la parte recurrente con los límites del último Fundamento de Derecho.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-93-1622-21 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2608-0000-93-1622-21 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.