

Recurso nº 24/2021
Resolución nº 91/2021

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 25 de febrero de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Clece S.A., contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios de “Gestión de los Teatros del Canal de Madrid, incluido el Centro Coreográfico Canal, y del Teatro Auditorio de San Lorenzo de El Escorial (2 lotes)”, número de expediente C-334A/003-20 (A/SER-009161/2020), de la Consejería de Cultura y Turismo, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 22 de diciembre de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria de licitación pública del contrato de servicios de referencia, mediante licitación electrónica por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 36.266.464,56 euros, para un plazo de duración de 24 meses, prorrogable hasta un máximo de 48 meses. El 23 de diciembre se publicó en el BOCM.

El plazo de presentación de proposiciones finalizaba el 22 de enero de 2021 y la apertura del sobre de documentación administrativa estaba prevista para el 25 de enero de 2021.

Segundo.- Con fecha 14 de enero de 2021, se ha recibido en este Tribunal escrito de la representación de Clece interponiendo recurso contra los Pliegos de prescripciones técnicas (en adelante PPTP) y de Cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), por vulnerar la obligación de la correcta determinación del precio del contrato contraviniendo diversos preceptos 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), por lo que solicita la nulidad de los Pliegos de la licitación con retroacción del expediente de contratación al momento inmediatamente anterior a la aprobación de los mismos para su modificación.

Asimismo, solicita que se suspenda el procedimiento de contratación y el plazo para presentar ofertas, hasta que se resuelva el presente recurso, porque su eventual estimación supondría la anulación de los trámites posteriores a su aprobación, con el consiguiente perjuicio para los licitadores que hayan presentado sus ofertas y el propio órgano de contratación.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 25 de enero de 2021, el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, con las alegaciones que se recogen en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida

cautelariamente por acuerdo de 21 de enero de 2021, de este Tribunal hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente su levantamiento.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Clece para la interposición del recurso, por tratarse de una persona jurídica potencial licitadora del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un procedimiento de licitación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 14 de enero de 2021, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP, dado que los pliegos se han publicado en el perfil de contratante el 22 de diciembre de 2020.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto se concreta en determinar si el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato recogidos en los pliegos que rigen el contrato son conformes a lo previsto en los artículos 100, 101 y 102 de la LCSP, en relación a la estimación de los costes salariales contemplados en el convenio colectivo de aplicación al servicio que se contrata, y si la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 130 de la LCSP.

La recurrente plantea los motivos de impugnación desagregados en siete alegaciones que se pasan a analizar en detalle:

5.1.- La recurrente señala que el listado de subrogación publicado por el Órgano de Contratación no está actualizado por ser de enero de 2020, y que lo ha proporcionado actualizado a enero de 2021, por ser la principal responsable de la información, teniendo además acción directa el nuevo contratista contra ella si los costes salariales fueran superiores a la información facilitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 130.5 de la LCSP.

Asimismo, alega que en la medida que el coste económico ha sido calculado a partir de una lista de subrogación totalmente desfasada concurren dos hechos a)

que no establece el precio real de mercado, y b) que no desagrega de forma real por género y categoría, por lo que devendría la nulidad del Pliego, por lo dispuesto en el artículo 100.2 de la LCSP.

El órgano de contratación informa que el listado de subrogación publicado contiene los datos proporcionados por la empresa adjudicataria relativa a los trabajadores a fecha 15 de enero de 2020, en base a dicha información se elabora el presupuesto base de licitación respecto al personal a subrogar conforme establece el artículo 100 de la LCSP, siendo adecuado a los precios de mercado *"en el momento de elaborarlo"*, el nuevo listado se remitió el 9 de enero de 2021 momento en el que el contrato se encuentra ya en licitación.

Asimismo, alega que para la elaboración del presupuesto base de licitación se han aplicado las subidas salariales previstas en el Convenio del Personal de Espacios Escénicos de la Comunidad de Madrid (CPEECM) para el personal por el regulado, incluyendo en dicha actualización los complementos variables, indicando los porcentajes de subida por grupos-nivel para 2020 (respecto del listado de costes salariales fechado el 15 de enero de 2020), así como los incrementos salariales para 2021 y 2022 (manteniendo en 2022 el mismo importe que en 2021 ya que no existe actualización convencional). Además, señala que los costes laborales respecto del listado aportado con fecha 15 de enero de 2020 suponen un 97,33 % del presupuestado, dándose la circunstancia de que los costes laborales respecto del listado aportado con fecha 8 de enero de 2021 suponen un 96,91% de lo presupuestado. Es decir, los costes laborales previstos en el PCAP cubren totalmente los costes laborales derivados de la subrogación, siendo diversos salarios brutos muy superiores a lo establecido en el convenio aplicable en muchos de los trabajadores a subrogar. También manifiesta que en los costes de personal de gestión y mantenimiento han sido consideradas 108 personas, incluyendo los costes de empleados en excedencias, IT o situaciones similares y que permanece

prácticamente inalterado en el último listado de personal a subrogar proporcionado por la empresa.

Por otra parte, la Consejería señala que Clece en los listados de subrogación facilitados no desagrega por género, y alega que el citado CPEECM establece expresamente la igualdad en política salarial, sin que pueda haber diferencias retributivas por razón de género, y sin que sea necesaria dicha desagregación por género (que si por categoría).

Este Tribunal, examinadas las alegaciones formuladas por las partes, ha de señalar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LCSP, la información a facilitar a los licitadores en el PCAP por el órgano de contratación, sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, debe ser lo más completa y actualizada posible, toda vez que sirve para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implica la obligación de subrogación. Por tanto, una vez recibida la información actualizada del actual contratista la Consejería debería haber procedido a su publicación en el perfil de contratante.

Sin perjuicio de ello convenimos con el órgano de contratación en que en el presente caso de las variaciones recogidas en la información aportada no se deriva una modificación del PCAP, puesto que la actualización no afecta al presupuesto base de licitación ni al resto de condiciones contractuales por lo que no se aprecia la infracción del artículo 100.2 de la LCSP alegado por la recurrente.

Por ello respecto del primer motivo de impugnación se considera que no procede modificar ni anular el PCAP al considerar que el presupuesto base de licitación no resulta afectado por la citada actualización.

5.2.- Clece respecto a la subrogación y la nueva configuración del servicio alega que el cálculo de los costes salariales se ha basado en el personal a subrogar, cuando en el alcance del pliego este personal no es válido para la nueva configuración del contrato y en consecuencia, el órgano de contratación se está basando en un supuesto claramente erróneo porque, tal y como argumenta en su escrito, el personal del listado de subrogación no cubre la totalidad del personal mínimo exigido en el pliego, y por ello considera que el cálculo del presupuesto no se ajusta a las prestaciones reales del contrato. Así el número de trabajadores del nuevo contrato es similar al anterior pero no se tiene en cuenta que desaparecen puestos y se crean nuevos puestos que deberán ser cubiertos con nuevas contrataciones.

En este sentido cita como ejemplo de que la prestación realmente ejecutada no está siendo calculada correctamente el caso de los acomodadores, indicando que no se ha valorado el coste de los 8 acomodadores exigidos como personal mínimo puesto que en el listado se informan 6 acomodadores; y el personal de mantenimiento que suponen una minusvaloración de 51.571,59 euros en el caso de los Teatros de Canal y de 14.784,63 euros en el caso del Teatro Auditorio, en función de los horarios mínimos de mantenimiento determinados en los cuadros de horas semanales subrogadas que aporta.

El órgano de contratación informa que no existen desfases en el presupuesto de licitación del contrato y que el mismo responde a las prestaciones reales incluidas en el PPTP que establece 100 puestos como personal total mínimo en cuanto a gestión y mantenimiento, 4 destinados al Teatro Auditorio de San Lorenzo de El Escorial (prestan actualmente el servicio en los espacios 100 trabajadores: 92 en Teatros del Canal y 8 en el Teatro Auditorio), volviendo a mencionar que en la determinación de costes laborales ha sido incluido también el personal en situaciones de excedencia, IT o similares, lo que supone un total de 108 puestos de trabajo.

Para la confección del presupuesto ha sido considerado todo el personal subrogable por lo que la variación en las necesidades finales en cuanto al personal, siendo todos ellos de categorías establecidas en los pliegos y manteniéndose en todo caso el número total de puestos de trabajo a cubrir, será absorbido por los costes totales establecidos y cuyas variaciones serán tenidas en cuenta por los licitadores. Además, el nuevo contrato incluye la prestación del servicio de carga y descarga, y dado que las necesidades de los espectáculos pueden ser muy variadas, prevé un cálculo orientativo como bolsa de horas, estimándose de acuerdo con la experiencia de los servicios contratados por este concepto en los últimos años, en función del Convenio Colectivo del Sector de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid, respetando lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP. Por lo que el cálculo de los costes salariales no se basa en el personal a subrogar, sino que responde a las prestaciones de servicios reales objeto del contrato, en el contexto de un nuevo modelo de gestión, que cumple con los principios de equilibrio presupuestario y de precio adecuado a mercado.

En cuanto a la alegación de cálculos incorrectos, en relación a los acomodadores indica que lo establecido en la página 105 es un error al citar 8, siendo 6 el número de acomodadores establecido como personal mínimo del contrato, así como a subrogar, estableciéndose además una bolsa de hora de refuerzo a disposición del contratista, en función de las necesidades de la programación de los teatros y sus horarios, suficiente en función de la experiencia de años anteriores. Respecto al personal de mantenimiento indica que la información de la memoria económica no incluye cuadros de horas semanales subrogadas por lo que los cuadros aportados por la empresa recurrente son de su propia creación y bajo su criterio, cuando la valoración del coste económico del personal de mantenimiento se ha realizado en base al salario bruto anual más variables y actualizado con las subidas salariales correspondientes según convenio,

y no ha sido determinado por precio hora. Lo único que se exige en los pliegos es un horario mínimo que, en su conjunto, se estima suficiente para atender los servicios de mantenimiento, si bien, el contratista, dentro de la potestad que le corresponde para organizar los turnos de su plantilla, deberá adecuar los horarios efectivos de prestación del servicio a las necesidades que se deriven del objeto del contrato, de manera que las prestaciones queden cumplidas.

Este Tribunal, como ha manifestado en anteriores resoluciones, baste mencionar la 137/2019 de 11 de abril citada por el órgano de contratación en su informe, viene manteniendo que el presupuesto del contrato ha de ser adecuado al mercado según las prestaciones a realizar y no según el personal a subrogar. Ambos conceptos no tienen que ser coincidentes y la prestación puede requerir más o menos personal que el que ha de subrogarse. El contratista mediante su política de recursos humanos puede incorporar nuevo personal o adscribir a otros servicios el subrogado. No se puede admitir que el órgano de contratación deba fijar el presupuesto máximo de un contrato en función de una cláusula de subrogación laboral impuesta por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente.

En definitiva, al fijar el importe de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP, pero no está obligado a adecuarlo a los costes laborales de la empresa saliente, pues en tal caso, quedaría al arbitrio de la actual adjudicataria la fijación del valor estimado y del presupuesto del contrato. En consecuencia, las listas de personal a subrogar informan el personal incluido y su antigüedad, pero no determinan directamente el cálculo del coste del contrato. Los licitadores deberán hacer el cálculo económico teniendo en cuenta además de las personas a subrogar, los salarios de las distintas categorías de trabajadores según el convenio aplicable y las horas o prestaciones previstas en el Pliego. A partir de ahí pueden organizar el

servicio de la mejor manera. Debe recordarse que la subrogación implica el mantenimiento de las condiciones laborales, pero no necesariamente de las horas ni del personal que las venía prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones.

En el presente caso se comprueba que conforme a lo dispuesto en la prescripción séptima 1 del PPTP relativa a la descripción del personal mínimo exigible en logística de espectáculos prevé 6 acomodadores, así como al regular en el apartado 2 una bolsa de horas para acomodadores de 12.000 horas al año, para atender necesidades sobrevenidas de este tipo de personal, en función de las características de los espectáculos, indica con independencia de los 6 previstos como personal mínimo. Igualmente, el Anexo IX del PCAP al determinar para el desglose del presupuesto el total de trabajadores indica que los acomodadores son 6, quedando claro como menciona el órgano de contratación que la referencia a 8 efectuada al aludir en este Anexo IX a la bolsa de horas es un mero error aritmético sin transcendencia.

En cuanto al personal de mantenimiento el PPTP en la prescripción séptima 1 prevé que es común para ambos teatros determinando para mantenimiento general 15 personas con un horario presencial mínimo, para el servicio de ejecución y mantenimiento técnico-escénico 40 personas, indicando que el organigrama de tareas y horarios será establecido por el Director Técnico según las necesidades de los espectáculos. Semanalmente, la empresa presentará a la Comunidad de Madrid un cuadrante del personal que va a trabajar en los teatros. Y el Anexo IX del PCAP determina que para el coste se tiene en cuenta el Convenio de Personal de espacios escénicos de la Comunidad de Madrid, que le es de aplicación con los cálculos e incrementos salariales según grupo y nivel. Por ello consideramos suficiente la valoración del coste económico del personal de mantenimiento argumentada por el órgano de contratación

Por lo expuesto se desestima este motivo de impugnación.

5.3.- En tercer lugar, Clece alega que no se han incluido una serie de conceptos salariales que son obligatorios para el contratista y que afectan directamente al mencionado presupuesto base de licitación y valor estimado, como vacaciones, antigüedad, revisiones de convenio y absentismo.

En este sentido indica que el coste de sustitución de vacaciones no aparece reflejado en el Anexo IX del PCAP al desglosar el presupuesto de licitación del contrato, indicando que supone un coste económico de un 9,09%, que son 388.843,66 euros en el caso de Teatro de Canal, y 23.361,67 euros para el caso del Teatro Auditorio. Respecto a la antigüedad alega que el cálculo del coste se ha recogido para el caso del personal de limpieza, pero no para el personal de espacios escénicos, lo que supone un coste económico de 37.838,34 euros para el año 2021. Tampoco se incluye la revisión de salarios del Convenio en el año 2022. Por último, respecto del absentismo considera que el expresado en el pliego se encuentra muy alejado de la realidad, entendiéndose necesario su incremento en un 5% adicional por la actual situación de Covid.

La Consejería informa que en el cálculo de los gastos de personal se ha incluido el mes de vacaciones y si se comparan los costes de personal del nuevo contrato respecto al anterior, éste es de 5.793.408,10 euros frente a los 4.291.143,26 euros que preveía el anterior, se aumenta el presupuesto del contrato, aun siendo menor el número de efectivos del nuevo contrato. Asimismo, alega que la empresa a través de su potestad de organización y de conocimiento de las tareas a realizar, velará por que las vacaciones del personal sean escalonadas y disfrutadas principalmente en los períodos de menor actividad, de modo que en todo momento el servicio quede mínimamente cubierto para poder responder ante cualquier

eventualidad, sin que ello implique la contratación extraordinaria de otros efectivos, con el consiguiente incremento del coste de personal. Asimismo, indica que se puede comprobar con la programación de los Teatros del Canal que, durante los meses estivales, coincidentes como regla general con el disfrute de vacaciones de los trabajadores, las actividades caen a su mínima expresión. De ello concluye que no es viable la alegación de presupuestar un mes más de salarios ya que se comprueba en los gráficos aportados que dicho personal sería innecesario y provocaría un coste que iría contra del principio de estabilidad presupuestaria más aun en los tiempos actuales con una crisis económica latente que puede afectar gravemente a los ingresos públicos.

Respecto a la antigüedad manifiesta que los gastos de personal de todos los trabajadores la incluyen, variando la forma de presentación en el Excel explicativo, debido a la forma en la que la empresa adjudicataria presentó los listados de personal a subrogar. Mientras que para seguridad y limpieza hay apartados específicos, para gestión y mantenimiento este coste está implícito en el total bruto de cada trabajador.

En cuanto a las revisiones salariales destaca que la duración del convenio se extiende hasta el 31 de diciembre de 2021, por lo que sólo puede mantener para los costes salariales del año 2022 los porcentajes de subida salarial reflejados en el año 2021, al no recogerse ninguna subida salarial para la anualidad 2022 en ningún convenio colectivo por lo que será un riesgo inherente al propio contratista que tendrá que prever el posible impacto económico a la hora de presentar su oferta económica, a cuyos efectos cita diversas resoluciones de Tribunales de contratación y la recomendación de 10 de diciembre de 2018 de la JCCA del Estado.

Por último, en relación al absentismo informa que en el momento de elaboración del presupuesto el porcentaje de 4,6% fue tomado del Informe trimestral

sobre absentismo laboral elaborado en diciembre de 2019 por la empresa Randstad, a partir de cifras oficiales procedentes de la Encuesta trimestral de Costes laborales del INE, desagregada por Comunidades Autónomas y sectores. En este porcentaje, se incluye el gasto que corresponde a las suplencias, como gasto para sustituir a los trabajadores que, por causa de incapacidad temporal o causa injustificada, se ausentan del trabajo. Así se incorpora en el presupuesto de licitación del contrato el concepto de absentismo, utilizando la referencia aproximada más objetiva posible sin hacer depender la cifra de situaciones coyunturales en la plantilla a subrogar de la empresa o de criterios subjetivos de cada licitador.

Este tribunal respecto a la alegación relativa a las vacaciones formulada por la recurrente en relación a las previsiones recogidas en el PPTP relativas a *“Este personal será sustituido en sus periodos de vacaciones, baja laboral, o cualquier eventualidad que pudiera acaecer, por personal de la misma categoría y cualificación.”* (quinta.4.2), y *“Igualmente, cuando el personal adscrito a este servicio disfrute de vacaciones o cualquier otro permiso o licencia, el adjudicatario dispondrá las oportunas sustituciones a fin de mantener en todo momento el mismo número de trabajadores destinados a la prestación y por el tiempo especificado en este Pliego”.* (octava.5), hemos de convenir con el órgano de contratación en que no tiene qué llevar necesariamente a considerar que se han de presupuestar doblemente las vacaciones del personal, exigiéndose nuevas contrataciones, y cabe llegar a interpretar que son cláusulas habituales tendentes a indicar que la prestación de los servicios contratados se han de prestar en las condiciones pactadas en los pliegos con independencia de las circunstancias específicas de personal que se puedan dar en la empresa adjudicataria, aseverativa del principio de riesgo y ventura que entraña la contratación pública, expresamente recogido en el artículo 197 de la LCSP. En este sentido, atendiendo al sensible incremento en los gastos de personal del nuevo contrato, a la interpretación del clausulado por parte del órgano de contratación que es a quien legalmente compete efectuarla, en el sentido de que la

empresa tendrá que coordinar las vacaciones de sus trabajadores de manera que queden mínimamente cubiertas y con garantías las labores descritas en el PPTP, así como a la evidencia de la escasa actividad de los Teatros del Canal en los meses de julio y agosto, que se desprende de los gráficos aportados por la Consejería, no se considera incorrecta la estimación efectuada.

En igual sentido se consideran correctas las justificaciones formuladas por el órgano de contratación relativas a que se ha recogido en el pliego la antigüedad de todos los trabajadores, y que no se puede exigir a la Administración que contemple en el presupuesto un incremento salarial para 2022 aun no previsto en el Convenio, citando expresamente lo manifestado por este Tribunal en su Resolución 120/2019, y a la estimación aproximada del absentismo referida a datos del INE, si bien en este caso hubiera sido deseable haber tomado en consideración las especiales circunstancias sanitarias.

Por lo expuesto se desestima este motivo de impugnación.

5.4.- La recurrente como cuarto motivo de impugnación alega cálculo erróneo del coste económico de la bolsa de horas, indicando que la Bolsa de hora de acomodadores se sitúa por debajo del salario mínimo interprofesional que está establecido para el 2020 en una cantidad de 13.300 euros por jornada completa. El cálculo del precio hora del salario que el órgano contratante hace de 7,09 euros/hora aplicado a las horas efectivas de convenio que un trabajador realiza en jornada anual, es decir 1.718 resulta un salario anual de 12.180,62 euros, muy por debajo del referido SMI. Ello es así, en la medida que el PCAP para el cálculo del coste hora del acomodador se presupone una jornada anual de un trabajador de 1976 horas y dado que el convenio recoge una jornada semanal de 38 horas, el organismo ha multiplicado estas horas por las 52 semanas anuales sin tener en cuenta que un trabajador tiene derecho a no trabajar en vacaciones y sus festivos de

calendario, por lo que en realidad la jornada de convenio debería fijarse en 1.718 horas. Incrementándose sensiblemente el coste de la bolsa. Ello quiere decir que se han valorado menos 258 horas, con lo que el déficit económico de esta partida es de 17.315,57 euros, 15,02%.

El órgano de contratación en este punto alega que la característica de estas horas adicionales tanto en acomodadores como en carga/descarga o en limpieza, es que se utilizarán para necesidades sobrevenidas, picos de trabajo, casos puntuales que pueden o no darse, que pueden o no utilizarse y que deberán realizarse por personal externo que reúna ciertas condiciones cumpliendo con lo previsto en la condición especial de ejecución recogida en el apartado 19 de la cláusula 1 del PCAP (condiciones que también redundan en beneficio del contratista ya que implican beneficios sociales).

Asimismo, alega que no es correcto que *“el importe hora se sitúe por debajo del salario mínimo interprofesional al circunscribir el salario mínimo en cómputo anual de 13.300 euros (950 euros/mes en 14 pagas), entendiendo erróneamente que derivado del establecimiento de una bolsa de horas se debe producir la contratación anual de trabajadores. El artículo 4 del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020 (prorrogado para 2021) establece que los trabajadores eventuales y temporeros (más adecuados a este cometido) cuyos servicios a una misma empresa no excedan de ciento veinte días percibirán, conjuntamente con el salario mínimo a que se refiere el artículo 1 (31,66 euros/día) la parte proporcional de la retribución de los domingos y festivos, así como de las dos gratificaciones extraordinarias a que, como mínimo, tiene derecho todo trabajador, correspondientes al salario de treinta días en cada una de ellas, sin que la cuantía del salario profesional pueda resultar inferior a 44,99 euros por jornada legal en la actividad. Es presumible que la utilización de las horas de la bolsa, se demanden por jornadas por la propia naturaleza de la función de*

acomodador. Así, la jornada legal establecida en convenio es de 38 horas semanales realizándose diariamente entre un mínimo de 4 y un máximo de 9 horas diarias (las jornadas concretas se fijan en cuadrantes de servicio para las cuatro semanas siguientes ya que están vinculadas a los espectáculos a realizar en cada periodo). Se estarían realizando 6,5 horas diarias de media como jornada legal resultando un importe hora de 6,92 euros/hora (44,99 euros por jornada legal/6,5 horas diarias de media) conforme al parámetro establecido por el artículo 4 del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020 (prorrogado para 2021) aplicable a trabajadores eventuales y temporeros, importe inferior al establecido en el presupuesto de licitación siendo este de 7,09 euros/hora”.

Vistas las alegaciones de las partes y lo dispuesto en los pliegos que rigen la contratación tampoco se estima este motivo de impugnación.

5.5.- Clece plantea la necesidad de incluir en el presupuesto de licitación una partida desglosada como costes directos para los gastos extras de limpieza, desinfección y medios de protección para los trabajadores, dado que la crisis sanitaria y la pandemia han afectado directamente a las obligaciones esenciales de los contratos y a sus costes (mascarillas, guantes, gel hidroalcohólico, etc.), considerando prioritaria la seguridad en el trabajo, así como el incremento de costes por haber cambiado la forma de prestar el servicio.

Sin embargo, el órgano de contratación manifiesta que, en la medida en la que estamos ante una situación coyuntural y una actividad no esencial, no debe incluirse como un capítulo de coste directo en el presupuesto de licitación, puesto que su incidencia repercutiría en el precio final del contrato, prórrogas incluidas. Es decir, incluso cuando la situación sanitaria mejorara, formaría parte del precio del contrato. Por otra parte cita la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de

Riesgos Laborales (LPRL), y el artículo 3 relativo a las obligaciones generales del empresario del Real Decreto 773/97, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, determinando como obligación del empresario dotar de medios a sus trabajadores para poder garantizar su seguridad y salud en el trabajo, sin que pueda trasladarse dicha obligación a la Administración contratante, por aplicación del principio de riesgo y ventura que rige en la ejecución de los contratos públicos y tratarse de una obligación del empresario. Asimismo, alega que al ser un gasto genérico como empresa, que afecta a toda su plantilla no solo el personal que ejecuta este contrato, podría considerarse que estaría indirectamente dentro del porcentaje de gastos generales que se prevé en el contrato y que en la presente licitación asciende a un porcentaje del 5%. Por otro lado, señala que el PCAP contempla como causa de modificación contractual, el aumento o disminución del personal destinado a las tareas de mantenimiento, gestión, limpieza o seguridad como consecuencia del incremento o disminución de actividad y programación en los Teatros del Canal y en el Teatro Auditorio de San Lorenzo de El Escorial como consecuencia de las medidas que puedan adoptarse por cualquier administración con motivo de la evolución de la COVID 19.

Este Tribunal considera que nada tiene que ver que los equipos de trabajo y protección de sus trabajadores sean competencia y obligación del empresario, como prevé el artículo 17 de la LPRL, ni por supuesto el principio de riesgo y ventura, con la conveniencia o la necesidad de que dadas las actuales circunstancias sanitarias sea oportuno recoger en el presupuesto una estimación a los efectos pues es indudable que los costes aun con carácter coyuntural son mayores. No obstante, también es cierto que como el incremento de costes alegados no se cuantifica es factible que el mayor gasto pueda subsumirse dentro del porcentaje de gastos generales recogidos en la presupuestación. Asimismo, se comprueba que en la

cláusula 1.22 del PCAP se prevé tanto la modificación como la suspensión del contrato con motivo de la evolución de la COVID 19.

Por lo expuesto tampoco se considera que quede acreditado que este motivo de impugnación determine la insuficiencia del presupuesto base de licitación del contrato.

5.6.- Como sexto motivo de impugnación la recurrente entiende que el órgano de contratación por error ha introducido en el Lote 1 del PPTP el mantenimiento de los equipos de vigilancia privada cuando debería haberla introducido en el Lote 2, o en caso contrario haber solicitado la habilitación necesaria para prestar dicho servicio. En contradicción con el artículo 5 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (SP) y el 14 del Reglamento de seguridad Privada (RSP) los pliegos establecen un servicio que debe ser exclusivo de seguridad privada y que por tanto no puede prestarse por parte de empresas que no estén habilitadas para ello, por lo que es necesaria la modificación de los Pliegos para incluir dicho requisito o para incluir la prestación en el Lote 2, procediendo la exclusión de la licitadora que no cuente con la habilitación profesional requerida. Asimismo, añade que esta prestación no está recogida en el estudio económico por lo que, en caso de que continuara en este Lote, debería valorarse.

Por su parte el órgano de contratación alega que el artículo 6 de la citada LSP establece como actividades fuera del ámbito de aplicación de la misma *“La fabricación, comercialización, venta o entrega de equipos técnicos de seguridad electrónica, así como la instalación o mantenimiento de dichos equipos siempre que no estén conectados a centrales de alarma o centros de control o de videovigilancia”*, y que las resoluciones 170/2018 y 37/2019 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se refieren a servicios con conexión de Central Receptora de Alarmas (CRA). En el presente caso

se puede comprobar en los Informes Técnicos de Seguridad emitidos por la Unidad de Cooperación del Cuerpo Nacional de Policía, que los espacios objeto del contrato no cuentan con escáneres o arcos detectores de metales únicamente con cámaras de vigilancia dentro de un Circuito Cerrado de Televisión, no conectadas a CRA ni a centros de control. Se ha de entender, por tanto, como un servicio de mantenimiento de aparatos, equipos o dispositivos, y es por ello por lo que cabe encuadrar esta prestación en el Lote 1.

Asimismo, alega que las operaciones de mantenimiento comprendidas en el objeto del contrato, y enumeradas (a título enunciativo no limitativo) en la cláusula quinta del PPTP dentro del punto 1.5.3 *“Sistemas de control de las instalaciones – Control Seguridad”*. Son labores a realizar por el personal de mantenimiento, y los costes de dicho personal están recogidos en el apartado 1 del estudio económico anexo al PCAP, y en el apartado 4 de dicho estudio económico se recogen los costes de reparaciones de mantenimiento preventivo, así como los costes de una bolsa de materiales para las reparaciones que hubiese que realizar.

Este Tribunal comprueba que tanto el Anexo A como el B del PPTP recogen el mantenimiento preventivo de monitores y cámaras, y que como alega el órgano de contratación el mantenimiento de dichos equipos es una de las actividades compatibles reguladas en el artículo 6.1.b) de la LSP al no estar conectados a CRA o centros de control de videovigilancia, por lo que quedan excluidos de la citada ley y por tanto de las habilitaciones y autorizaciones que regula, sin perjuicio de que puedan desarrollarse por empresas de seguridad privada.

Igualmente se considera que la recurrente no acredita que el mantenimiento en cuestión no esté valorado al no acompañar su alegación de concretos datos económicos, procediendo desestimar por todo lo expuesto este motivo de impugnación.

5.7.- Por último la recurrente alega otras tres consideraciones relativas a la desproporción contraria a la igualdad por ser restrictiva de la póliza multirriesgo exigida al adjudicatario del Lote 1 en el PCAP; a que no están valorados en la memoria económica los trabajos de limpieza acristalamiento con vidrio doble y con vidrio templado, prestaciones obligatorias y especiales que se estiman en 30.000 euros; y a la indefinición de los servicios de la cláusula cuarta *“Características de la gestión de los teatros y coordinación y logística de los festivales”* del PPTP, apartados B, C y D al indicar como parte de la prestación *“Todas aquellas actividades que le encomiende la Dirección Artística”*.

El órgano de contratación por su parte informa que el límite de indemnización de la póliza solicitada de 100 millones de euros, se justifica en el coste de reposición de los equipos e instalaciones existentes en los edificios objeto del presente contrato. El importe de la póliza multirriesgo para los edificios y su contenido, y del seguro de responsabilidad civil que garantice los daños ocasionados a terceros, por hechos derivados de la prestación del servicio contratado atiende a los siguientes elementos:

Valor de construcción (coste determinado a partir de la información catastral de los edificios para el año 2021) de los edificios objeto de mantenimiento: Teatros del Canal 56.800.000 euros y Teatro Auditorio San Lorenzo de el Escorial 19.200.000 euros.

Valor de los bienes muebles e instalaciones existentes en los edificios (según el informe de American Appraisal): Teatros del Canal 60.000.000 euros y Teatro Auditorio de San Lorenzo de el Escorial 36.000.000 euros.

Las primas a abonar por ambas pólizas de seguro, figuran en el listado de Costes Varios y se adecuan a los precios de mercado, tras consultas realizadas a Corredurías de seguros.

Respecto a los trabajos de limpieza de acristalamiento con vidrio doble exterior e interior y de vidrio templado, sólo puede ser realizado por personal especializado, con capacitación laboral para la realización de trabajos en altura, y ha sido incluido dentro del apartado de Mantenimiento de Teatro del Canal, Mantenimiento de otros elementos: Trabajos verticales en reposiciones, elementos, fachadas y acristalamientos, valorándose los mismos en la cantidad de 7.500 euros.

Y en cuanto a la indefinición de las actividades que encomiende la dirección artística en el caso de los apartados B, C y D de la cláusula 4ª del PPTP, indica que esta cláusula es necesario interpretarla de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 3ª en la que se describe las actividades que se desarrollan en los Teatros del Canal y el Teatro Auditorio de San Lorenzo de El Escorial, desprendiéndose con claridad que todas aquellas actividades que le encomiende la dirección artística”, se refiere exclusivamente a las actividades de gestión, logística, coordinación y ejecución óptima de los espectáculos y de los festivales, que previamente han sido definidas en la cláusula 3ª del citado pliego, no existiendo la indefinición que alega la recurrente.

Este Tribunal, de las alegaciones formuladas por las partes a las tres últimas consideraciones planteadas, no observa los defectos apreciados por Clece, puesto que no se aprecia desproporción en las cuantías de las pólizas requeridas al adjudicatario; los trabajos de limpieza especial de acristalamiento con vidrio doble y templado está valorada económicamente en el contrato, y sin que la discrepancia en el importe estimado por la recurrente, sin justificación ni desglose alguno, nos lleve a dudar de la efectuada por la Consejería; tampoco se aprecia por último indefinición

en la descripción de los servicios efectuada en las prescripciones tercera y cuarta del PPTP.

De todo lo expuesto este Tribunal no aprecia incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 100, 101, 102 y 130 de la LCSP que justifique la anulación de los pliegos que rigen la licitación, sin que deficiencias de poca entidad en relación al objeto total del contrato a celebrar, algún error material, y la lógica posibilidad de mejora deban conllevar la modificación del pliego y la retroacción de las actuaciones, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto contra los pliegos que rigen la licitación del contrato impugnado por Clece.

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 la representación de la empresa Clece, S.A. contra los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de servicios de “Gestión de los Teatros del Canal de Madrid, incluido el Centro Coreográfico Canal, y del Teatro Auditorio de San Lorenzo de El Escorial (2 lotes)”, número de expediente C-334A/003-20 (A/SER-009161/2020), de la Consejería de Cultura y Turismo.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe y no procede la

imposición de multa, conforme a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión cautelar del procedimiento, adoptada a solicitud de la recurrente por este Tribunal mediante acuerdo de 21 de enero de 2021, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: REVENGA ORTEGA ANA MARÍA
Fecha: 2021.02.26 13:28