

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

Resolución nº 104/2018

En Madrid, a 11 de abril de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por don B.D.P., en nombre y representación de Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados, CEE, S.L. contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Salamanca por el que se adjudica el “Servicio auxiliar de información, atención al público y control de entradas”, número de expediente: 300/2017/1511, este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de octubre de 2017, se publicó en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid y el 24 del mismo mes en el Boletín Oficial del Estado, el anuncio por el que se hace pública la licitación del servicio mencionado, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 681.318,14 euros. El anuncio de licitación fue enviado al DOUE para su publicación con fecha 19 de octubre de 2017.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el motivo del recurso que el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), establece en la Cláusula 5. Medios Humanos, 5.1 Principios Generales, entre otras cuestiones, que “A los efectos previstos en los correspondientes Convenios colectivos sectoriales en relación con la subrogación del personal, se incluye como anexo II al pliego la relación de los trabajadores que en la actualidad se hallan prestando los servicios correspondientes en las dependencias objeto del presente contrato”.

El Anexo II citado lleva por título: “RELACIÓN DE PERSONAL ADSCRITO A LOS DIFERENTES SERVICIOS Y SUJETO A SUBROGACIÓN POR EL CONTRATISTA EN APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO VIGENTE” e incluye un cuadro en el que constan seis trabajadores, tres de ellos se encuentran sometidos al Convenio General de Centros y Servicios de atención a personas con discapacidad y otros tres

al Convenio de oficinas y despachos de la Comunidad de Madrid. Igualmente se incluye la antigüedad de cada uno de ellos, categoría, tipo de contrato y horas semanales.

A licitación convocada se presentaron cinco empresas, entre ellas la recurrente.

Tercero.- Con fecha 1 de marzo de 2018, por Decreto del Concejal-Presidente del Distrito de Salamanca se adjudicó el referido contrato de servicios a la empresa Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados CEE, S.L. (en adelante Integra).

Cuarto.- Con fecha 21 de marzo de 2018, previo anuncio el día 20 al órgano de contratación, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Integra, contra el Decreto por el que se adjudica el mencionado contrato, por entender que se han modificado de forma sobrevenida las cláusulas y obligaciones establecidas en el Pliego, respecto del número de adjudicación recaída y todo el procedimiento.

Con fecha 26 de marzo de 2018, se recibió copia el expediente e informe preceptivo del órgano de contratación de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP.

El órgano de contratación, manifiesta que no ha existido en momento alguno una modificación de las cláusulas del contrato, determinándose en el expediente con claridad los horarios a prestar, los servicios a realizar y los trabajadores que, según actual la empresa adjudicataria, tenían en el momento de la licitación el estatus de personal sujeto a subrogación obligatoria. En consecuencia solita la desestimación del recurso.

Quinto.- Con fecha 4 de abril del 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles. Se han formulado alegaciones en representación de SBC Outsourcing, S.L. en las que manifiesta que la información incluida en el Pliego no era correcta pues incluyó trabajadores respecto de los que no existe obligación de subrogación según el convenio, por lo que considera que se ha incurrido en un vicio en la elaboración de los Pliegos y la información del artículo

120. En consecuencia, solicita la anulación de la adjudicación y del procedimiento.

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, licitadora “cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (artículo 42 del TRLCSP), puesto que a pesar de tratarse de la empresa adjudicataria del contrato, solicita la anulación de su adjudicación y de todo el procedimiento, al haberse, a su juicio, modificado de forma sobrevenida las condiciones del Pliego y de la licitación, de forma perjudicial para sus intereses por lo que la estimación del recurso le permitiría, siendo probable una nueva licitación, participar en ella.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el Decreto impugnado fue dictado el 1 de marzo de 2018, la notificación a la recurrente fue realizada el 2 y se interpuso el recurso el 21 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- La recurrente expone que presentó su proposición a la licitación conforme a los derechos y obligaciones contenidos en los pliegos, entre los que se encontraba la obligación de subrogación de seis (6) trabajadores adscritos a este centro, contenida en el Anexo II del PPT, “conforme al Convenio Colectivo aplicable, que era el del sector de ocio educativo y animación sociocultural. Incluso se llegó a presentar consulta por mi mandante, dentro del término de presentación de las proposiciones, a cerca del convenio colectivo aplicable, contestando la Administración que será el del sector de ocio educativo y animación sociocultural (...) Con posterioridad a la adjudicación, mi mandante solicitó de la anterior adjudicataria, IMESAPI, el listado del personal adscrito al servicio, informando que adscritos a este servicio existen NUEVE (9) trabajadores adscritos con el carácter de subrogables (...)

De esta manera, esta empresa presentó una proposición a la licitación de un contrato en el que sus pliegos contenían la obligación de subrogarse en seis contratos de trabajo, relativos a los trabajadores adscritos al servicio, y se ha encontrado, una vez adjudicado el contrato y con carácter previo a la perfección del contrato, con que en vez de SEIS (6) trabajadores existen NUEVE (9) trabajadores adscritos al servicio con

el carácter de subrogables, lo que supone una clara y patente modificación de las cláusulas y obligaciones establecidas por el pliego, que afecta a las condiciones económicas de ejecución del contrato, incrementando su coste, y modificando los términos en los que mi mandante calculó su oferta económica, haciéndola más onerosa, por causa que no le es imputable y afectando al consentimiento prestado al contenido de los pliegos en el momento de presentar su oferta, de forma que, de haber sido conocido este dato (de los nueve trabajadores adscritos en vez de los seis que obran en el contenido de los pliegos), o no hubiera presentado su proposición o habría ofertado un precio mayor y suficiente como para atender estos nuevos costes”.

El órgano de contratación en su informe argumenta que “IMESAPI envió a este Distrito el antes indicado listado de personal (documento adjunto) mediante correo electrónico el día 24 de julio de 2017, listado que contenía nueve personas, pero en ese documento se especificaba claramente qué trabajadores (6) estaban sujetos a subrogación obligatoria. Esa información fue trasladada de forma literal al anexo II del pliego de prescripciones técnicas (...) El número de trabajadores que han de prestar el servicio, su régimen horario, libranzas, etc. no se establecen en los pliegos de condiciones pues su determinación corresponde al ámbito de organización y decisión del empresario. Lo que sí consta en el estudio económico del contrato y en el anexo II al pliego de prescripciones técnicas, son los turnos de trabajo necesarios para cubrir los horarios de apertura de los centros; dos turnos de dos trabajadores para el Centro Cultural Buenavista y dos turnos de un trabajador para el Centro Cultural Quinta del Berro. Cómo y con cuántos trabajadores asegura el contratista la debida y correcta ejecución del servicio depende de su poder direccional. Esos seis turnos supondrían, si solo fueran seis los trabajadores empleados como previó en su cálculo INTEGRA, que no habría posibilidad de cubrir ningún día de libranza, vacaciones, bajas, etc. Resulta por tanto fácilmente deducible, que el anexo de personal contenido en el pliego se refiere a los trabajadores con obligación legal de subrogación, no al total de trabajadores que efectivamente trabajan actualmente en los Centros Culturales o cuya dedicación es precisa para ejecutar el contrato. Establecido que el número de trabajadores del Centro no podían ser seis, por imposibilidad material en función del número de horas de servicio exigidas, la necesidad de subrogar a los otros tres trabajadores, caso de ser necesaria por las características de la empresa o las razones legales alegadas, era previsible de antemano y no puede establecerse como un coste sobrevenido ni por supuesto una modificación del contrato.”

Debe recordarse que, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 137/2014 de 30 de julio, “la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del ET “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”.

Por su parte la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, centros de actividad o de partes de empresas, protege los derechos de los trabajadores en los citados supuestos y obliga al cesionario a mantener los contratos de trabajo y a subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente. La norma comunitaria establece un mínimo de derecho necesario relativo, que pueden mejorar las disposiciones legales o reglamentarias y los convenios colectivos”.

Asimismo ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones que no es preciso que la obligación de subrogar a los trabajadores del servicio anterior estuviera recogida con carácter general en los pliegos, puesto que dicha obligación no deriva de los mismos, sino del régimen jurídico laboral aplicable a las relaciones existentes entre los empleadores y empleados, de manera que a sensu contrario, si procediera legalmente la subrogación de trabajadores, ninguna virtualidad tendría desde la óptica del derecho de los trabajadores y la correlativa obligación del empleador, que se estableciera lo contrario en los pliegos.

Es decir, la obligación de subrogación deriva del convenio colectivo de aplicación a los trabajadores anteriores, objeto de subrogación, independientemente del convenio aplicable a los nuevos trabajadores del contrato si fuese distinto, y no de lo que pueda o no establecer el Pliego.

En este caso, el Pliego ha incluido una serie de trabajadores, indicando el convenio de aplicación y la antigüedad, como sujetos a subrogación y en ese sentido el órgano de contratación ha cumplido lo dispuesto en el artículo 120 del TRLCSP, en relación con el deber de información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

La adjudicación evidentemente se ha realizado sobre la base de esa información y los Pliegos no fueron impugnados en su momento. Ahora bien, corresponde al adjudicatario verificar que la información contenida en el Anexo II es correcta, es decir, que los trabajadores incluidos en la misma deben ser subrogados porque cumplen las condiciones establecidas en el correspondiente convenio colectivo.

Si no fuera el caso, porque se hubiera incluido algún trabajador que no cumple tales requisitos, no tiene obligación de subrogarse, aunque deba cubrir esa vacante por necesidades derivadas del cumplimiento del servicio. Podría perfectamente contratar otro trabajador o destinar a un trabajador de su propia plantilla.

En el caso analizado la empresa anteriormente adjudicataria, ha entregado a la actual una información sobre todos los trabajadores que actualmente prestan el servicio pero eso no significa que todos deban ser objeto de subrogación, ni siquiera los incluidos en la lista del Pliego, si no cumplen los requisitos de los convenios que les son aplicables, que según se indica son el convenio General de Centros y Servicios de atención a personas con discapacidad y el de oficinas y despachos de la Comunidad de Madrid.

Tras la correspondiente comprobación sobre las condiciones y requisitos de la subrogación establecidos en los convenios mencionados, la adjudicataria deberá realizar las subrogaciones a que venga obligada y si existe controversia sobre ello, será la jurisdicción social la que deba decidir.

Cuestión distinta de la subrogación es el cálculo de los trabajadores necesarios para la prestación de los servicios objeto del contrato. Ese cálculo no deriva de la subrogación o no de los trabajadores actuales, sino de los requisitos de la prestación establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Evidentemente, ese cálculo se debe trasladar a la oferta económica correspondiente.

Si la adjudicataria recurrente, como parece indicar, calculó exclusivamente su oferta teniendo en cuenta tres trabajadores y finalmente necesita alguno más para cubrir los turnos y condiciones del servicio, se trataría de un error en la confección de su oferta que no deriva ni de los Pliegos ni de la información recibida ni de circunstancias posteriores, sino que sería imputable a la propia empresa que debe asumirlo o bien renunciar a la adjudicación del contrato.

En consecuencia, en base a lo anterior, el Tribunal considera que no se ha producido una modificación sobrevenida de las condiciones de la licitación ni del Pliego y por tanto el recurso debe ser desestimado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Desestimar el recurso interpuesto por don B.D.P., en nombre y representación de Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados, CEE, S.L. contra el Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Salamanca por el que se adjudica el “Servicio auxiliar de información, atención al público y control de entradas”, número de expediente: 300/2017/1511.

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.- Levantar la suspensión automática cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 4 de abril de 2018.

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 49 del TRLCSP.