

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

En Madrid, a 6 de febrero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por don J.M.G.V. en nombre y representación de Clece S.A., contra los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Servicios Necesarios para el funcionamiento de los centros dependientes de la Dirección General de Programación centro cultural Paco Rabal, Centro cultural Pilar Miro, centro comarcal de humanidades Cardenal Gonzaga Sierra Norte y Teatro Real Coliseo Carlos III” número de expediente C-334A/003-18, tramitado por la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el 2 de enero de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 4.705.272,36 euros y su plazo de

ejecución es de dos años con posibilidad de prórroga por otros dos años más.

La fecha límite para la presentación de ofertas fue el 31 de enero de 2019 y la apertura de ofertas se efectuará el próximo día 8 de febrero.

Segundo.- Interesa destacar a efectos de resolver este recurso la cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que establece:

“*Tabla*

<i>Centro</i>	<i>Costes de personal</i>	<i>C. mantenimiento y conservación</i>	<i>Gastos Generales</i>	<i>Beneficio Industrial</i>
<i>C.C. Paco Rabal</i>	<i>75%</i>	<i>15%</i>	<i>5%</i>	<i>5%</i>
<i>C.C. Piar Miro</i>	<i>76%</i>	<i>14%</i>	<i>5%</i>	<i>5%</i>
<i>Centro de Humanidades Cardenal Gonzaga</i>	<i>90%</i>	<i>10%</i>	<i>5%</i>	<i>5%¹</i>
<i>Teatro Real Coliseo Carlos III</i>	<i>74%</i>	<i>16%</i>	<i>5%</i>	<i>5%</i>

Base Imponible: 2.352.636,18 euros

Importe del IVA: 494.053,60 euros

Importe Total: 2.848.689,78 euros”

Interesa destacar asimismo que no se efectúa alusión alguna a convenio colectivo del sector o subrogación de trabajadores en los pliegos de condiciones.

Tercero.- Con fecha 18 de enero de 2019, se interpone ante el Tribunal, por la representación de Clece S.A., recurso especial en materia de contratación contra el PCAP, por no desglosar el precio de conformidad con lo establecido en el artículo 100.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP)

¹Se comprueba error en la asignación de porcentajes resultando un 110%. Figura así en los s PCAP.

y por no incluir el listado de personal subrogar y sus condiciones laborales según determina el artículo 130 de la LCSP.

El 25 de enero de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP. Considera en su informe al recurso que el precio está perfectamente desglosado en porcentajes, fácilmente calculable por los licitadores y que el personal que ejecutará este contrato no tiene convenio colectivo propio, por lo que no es susceptible de subrogación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones fueron puestos a disposición de los licitadores el día 2 de enero de 2019 e interpuesto el recurso, ante este Tribunal el 18 de enero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra los pliegos de condiciones en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es

recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso especial, este se interpone contra el tratamiento del personal que prestara el servicio objeto de la contratación en cuanto a que no figura la posible subrogación de este y en cuanto al desglose de su coste en la determinación del presupuesto base de licitación.

Alega el recurrente que en su posición de anterior adjudicatario del servicio ha trasladado al órgano de contratación listado del personal a subrogar, sobre el cual recaen varios hechos que deben tenerse en cuenta:

- a) Si bien en la actualidad no existe convenio colectivo para el sector, las negociaciones para la firma del primero están en fase muy adelantada habiéndose presentado ya ante la autoridad laboral de la Comunidad de Madrid, diversas actas que recogen determinados compromisos, entre los que se encuentra la subrogación de los trabajadores.
- b) Cuatro de los actuales trabajadores han interpuesto ante los Juzgados de lo Social demanda contra la Comunidad de Madrid, pretendiendo se reconozca la figura de cesión ilegal de trabajadores. La resolución de esta demanda alteraría el panorama laboral del contrato.
- c) Aun sin tener convenio colectivo en vigor, de conformidad con el artículo 44 del Estatuto de Trabajadores, en este concreto caso correspondería la subrogación de trabajadores
- d) La ausencia de datos correctos sobre los trabajadores y sus circunstancias laborales pone a Clece, anterior adjudicataria del servicio, en una posición de responsabilidad ante el nuevo adjudicatario por los datos o ausencia de estos, sobre los costes laborales y demás circunstancias del personal.

Como segundo motivo de recurso y directamente relacionado con el primero advierte que el presupuesto base de licitación no ha sido desglosado de conformidad con el artículo 100.2 de la LCSP. Cuestión de importancia suma pues ante una

oferta anormalmente baja, será rechazada la oferta que vulnere la normativa sobre subcontratación, o no cumple las obligaciones aplicables en material laboral.

Advierte que el convenio colectivo posiblemente entre en vigor mientras se encuentra este contrato pendiente de adjudicación o recién formalizado, por lo que puede producirse un desequilibrio financiero entre los salarios considerados por el órgano de contratación y los que reflejen el convenio.

El órgano de contratación manifiesta en cuanto al desglose del presupuesto base de licitación que: *“La memoria económica incluye un Anexo por cada centro de trabajo en el que se valora con arreglo a los criterios descritos todo el personal que conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas se exige para la adecuada ejecución del contrato.*

Por tanto los costes de personal se han establecido en el presupuesto base de licitación no han sido obtenidos por la aplicación de un único convenio sino por distintos cálculos dada la heterogeneidad del personal exigido (...) El hecho de desglosar los costes del contrato a través de porcentajes no impide que los licitadores pueden realizar un cálculo matemático y obtener una valoración de los costes que conlleva la ejecución del contrato, que les permita decidir si el presupuesto de licitación que ha obtenido la Administración es atractivo y conviene a sus intereses plantear una oferta a fin de obtener la adjudicación de contrato”.

Opone a la pretensión de la recurrente de recoger en los pliegos los acuerdos adoptados por la mesa de negociación del convenio, refiriendo la normativa sobre entrada en vigor de las normas y más concretamente de los convenios colectivos, Así como de los plazos de vigencia de estos que se marcan en el propio convenio.

Advierte asimismo que la adecuación de la oferta al próximo convenio no es un hecho que deba contemplar la administración, sino el licitador diligente que debe conocer las condiciones laborales del personal a su cargo.

En cuanto a la obligatoriedad de subrogación de los trabajadores de conformidad con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, invoca la Resolución de este Tribunal nº 235/2016, donde queda de manifiesto que dicho artículo no alcanza a las subrogaciones producto del cambio de adjudicatario en la prestación de un contrato de servicios.

Una vez conocidas las alegaciones del recurrente y del órgano de contratación es preciso centrar los dos motivos de recurso que son el inadecuado desglose del presupuesto base de licitación según el artículo 100.2 de la LCSP y la posibilidad de recoger en el PCAP la subrogación de los anteriores trabajadores y en consecuencia la comunicación de sus datos laborales y circunstancias especiales de conformidad con el artículo 130 de la LCSP.

Este Tribunal ha comprobado en el expediente remitido por el órgano de contratación la existencia de dos documentos denominados “*Memoria Económica 1*” y “*Memoria Económica 2*”, donde la Directora General de Promoción Cultural, de forma pormenorizada establece en primer lugar el método utilizado para el cálculo de los costes de cada uno de los cuatro lotes que componen el contrato, advirtiéndose la ausencia de convenio colectivo e incluyendo un pormenorizado desglose de los costes de personal, mayoritario en ese contrato, con referencia individualizada a cada categoría profesional requerida en el PPT.

Extraña que este completo estudio no forme parte del informe al contrato que se publica en el perfil de contratante de conformidad con el artículo 63 de la LCSP o bien no se haya transcrito en la cláusula 4 del PCAP, dando así exhaustivo cumplimiento al artículo 100.2 del mismo cuerpo legal. Maxime cuando como bien dice el recurrente, el incumplimiento de obligaciones laborales será motivo de rechazo de la oferta en todo caso y especialmente en relación con la justificación de la viabilidad de ofertas incursas en bajas desproporcionadas.

Cierto es que el recurrente es el anterior adjudicatario, situación que le pone en una posición privilegiada de conocimiento de los salarios de los trabajadores que ejecutara el contrato, toda vez que uno de los métodos de determinación de los costes ha sido partir de los salarios existentes y actualizarlos, corrigiéndose en relación a convenios sobre personal con funciones similares y el convenio de la propia Comunidad de Madrid sobre personal de funciones similares.

En definitiva, corresponde a este Tribunal determinar si el desglose de precios mediante porcentajes es suficiente para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por el artículo 100.2 de la LCSP.

Para lograr esa comprobación transcribimos el estudio de costes efectuado sobre el lote 1 a título de ejemplo:

LOTE 1 - CENTRO CULTURAL "PACO RABAL"						
A - PERSONAL						
Perfil	Nº	Jornada		Total Mensual	Anual	Total Anual
Coordinador de actividades	1	Completa		1.779,75		24.916,50
Técnico polivalente y coordinador	1	Completa		1.779,75		24.916,50
Técnicos polivalentes	2	Completa	1.525,50	3.051,00		42.714,00
Apoyo a funciones Biblioteca	1	Completa		1.194,98		16.729,65
Coordinador de Ciberespacio	1	Parcial (L. a V., 5 h x día)		1.093,28		15.305,85
Taquillero	1	Parcial (4 h/día, 120 días)	40,00		4.800,00	4.800,00
Acomodadores	2	Parcial (4 h/día, 120 días)	30,00		3.600,00	7.200,00
Totales	9			8.898,76		136.582,64
				Costes Sociales (33,5%)		45.755,18
				Suma		182.337,82
				Bajas e indemnizaciones (5%)		9.116,89
				Total personal		191.454,72
B- CARGA Y DESCARGA						
				Carga y descarga de elementos necesarios para las actividades (8 servicios al año x 255,00)		2.040,00
C- CONSERVACIÓN						
				Conservación y mantenimiento (incluyendo los materiales necesarios)		40.000,00
				Personal + Carga/Descarga + Conservación		233.494,72
				Gastos generales (5%)		11.674,74
				Beneficio industrial (5%)		11.674,74
				Base Imponible		256.844,19
				IVA (21%)		53.937,28
				TOTAL ANUAL CENTRO CULTURAL "PACO RABAL"		310.781,47

El desglose correcto de los gastos no puede entenderse cumplido con la aplicación de porcentajes cuando la realidad del estudio económico comprende diversas categorías profesionales, diversas jornadas y diversos gastos como por ejemplo indemnizaciones. En especial en este caso en que no existe convenio colectivo al cual remitirse para el cálculo correcto de los costes salariales.

La Resolución número 883/2018 de 5 de octubre, del Tribunal Central de Recursos Contractuales establece que *“el incumplimiento del artículo 100.2 de la LCSP supone la omisión de unos datos cuyo conocimiento es transcendental para la adjudicación y ejecución del contrato, pues sirve para justificar un correcto cálculo del valor estimado y garantizar que la fijación del precio es ajustada a Derecho. También influirá en la admisión o rechazo de las ofertas que incurren en presunción de temeridad y constituirá la base a partir de la cual el órgano de contratación debe velar por la correcta ejecución del mismo”*.

No obstante lo anterior, considerando que el desglose de costes y salarios consta en el expediente, concretamente en la memoria económica, en aras de los principios de eficacia administrativa y conservación de los actos válidos, de conformidad con el artículo 51 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se considera suficiente que previa la publicación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid de ese documento como contractual, se vuelva a convocar la licitación de conformidad con su tipo de procedimiento y cuantía, de conformidad con el artículo 136.2 de la LCSP.

Por todo ello se estima parcialmente el recurso en base a ese motivo

Como segundo motivo de recurso Clece considera que en base al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, es aplicable la subrogación en este caso.

El alcance del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para las pretendidas subrogaciones de trabajadores en los contratos públicos de servicios ha

sido resuelto en nuestra Resolución 235/2016 de dos de noviembre, que dice: *“Se parte de que la obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio, se deriva del artículo 44 del ET, que la establece en el caso de la denominada sucesión de empresas, en transposición de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, 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, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá 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”.*

Respecto de este tipo de subrogación legal el Tribunal Supremo ha señalado, entre otras muchas, en la Sentencia de 16 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación 2343/2002, que para exista la sucesión empresarial que determina la subrogación lo transmitido tiene que ser “una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada”, añadiendo la Sentencia de 27 de enero de 2015, dictada en el recurso de casación 15/2014, que “lo importante (para determinar si concurre el supuesto de sucesión de empresas), no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos”, así mismo la STJUE de 6 de marzo de 2014, C-458/12, afirma que la unidad productiva autónoma “debe preexistir a la transmisión y tener autonomía funcional suficiente”.

Ahora bien la raíz de la controversia se presenta precisamente porque no cabe entender que el cambio de contratista para la ejecución de un contrato de servicios constituya un supuesto de sucesión de empresas. Así lo ha señalado expresamente el Tribunal Supremo, ya desde su Sentencia de 13 de marzo de 1990 ROJ 17364/1990, relativa a la sucesión en el caso de personal al servicio de los recaudadores de zona de la Hacienda Pública, “sin perjuicio de posibles garantías adicionales a través de normas sectoriales (caso de las empresas de limpieza de

edificios y locales o de los servicios de vigilancia y seguridad), para ello es necesario que la transmisión afecte a un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados”.

Lo anterior significa que, si bien existe una obligación legal, de ámbito laboral, de subrogar a los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas, ello no implica que cada vez que se produzca un cambio de adjudicatario en la prestación de un servicio contratado por la Administración nos hallemos ante un supuesto de sucesión de empresas que exija la subrogación indicada, sin perjuicio de que ello pueda ser así al caso concreto en virtud de los acuerdos que puedan incorporar los convenios colectivos aplicables.

A lo anterior cabe añadir que también se considera que se produce un supuesto de sucesión empresarial aunque no se transfiera la organización y medios productivos en los casos de contratos con gran carga de personal en que se transfiera precisamente la mano de obra necesaria para la realización del contrato. Es lo que se ha venido a denominar la “sucesión de la plantilla”, sentada por la STJUE de 11 de marzo de 1997 Asunto C-13/95 Süzen, o la STJUE de 10 de diciembre de 1998, Asunto C-127 y 229/96, S.H. – H.V., entre otras y recogida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 y 27 de octubre de 2004 (RJ 7162 y 7202) o la de 5 de marzo de 2013 (RJ 3649). (...)

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal en su Informe núm. 58/2009 de 26 febrero 2010, señala que “Conviene, finalmente, señalar que la subrogación en las relaciones laborales de que venimos hablando aquí no puede incluirse dentro del concepto de sucesión en la empresa que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997). En efecto este texto legal define la sucesión en la empresa diciendo que “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Del precepto transcrito se desprende que la sucesión en la empresa requiere la transmisión de toda una serie de elementos organizativos que la dotan de individualidad y no una mera

subrogación en las relaciones laborales, derivadas de la ejecución de un contrato”. En el mismo sentido más recientemente se ha pronunciado el Informe 5/2014, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la junta de Andalucía, de 24 de noviembre, sobre diversas cuestiones surgidas en torno a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación pública. Asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones núm. 75/2013, de 14 de febrero o 969/2015, de 23 de octubre, siguiendo una línea doctrinal constante, señala del mismo modo al respecto que “la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un “contenido netamente laboral” (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y “que forman parte del status de trabajador”, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social”. De ahí que este Tribunal y el resto de órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación hayan señalado 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 pliegos, 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. (...)

Por último, no cabe desdeñar que a través de sucesivas subrogaciones de personal no pactadas convencionalmente, la Administración se coloca en la posición de empleador, pero sin embargo carece de capacidad de negociación al ser un tercero

en las relaciones laborales entre empresa y trabajadores. Por todo lo anterior este Tribunal considera que no es posible establecer en los pliegos la obligación de subrogación del personal que viniera desempeñando las labores objeto del contrato a licitar, por lo que debe anularse el pliego y correlativamente la licitación debiendo convocarse una nueva, no siendo posible únicamente tener la cláusula por no puesta, en tanto en cuanto al modificarse las condiciones de la prestación, las ofertas efectuadas no responden a los costes reales del contrato”.

A esta interpretación hay que añadir que el actual artículo 130 de la LCSP establece: *“Cuando una norma legal o convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales (...)”*, dejando así clara y regulada la imposibilidad de que la subrogación tenga un origen contractual, por lo que en consecuencia la pretensión de la recurrente de incluir en pliegos la subrogación de trabajadores carece de respaldo legal. Deviniendo también innecesaria la inclusión en los pliegos de la información que establece el propio artículo 130 de la LCS.

Por todo ello se desestima el recurso en base a este motivo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.G.V. en nombre y representación de Clece S.A., contra los

pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de “Servicios Necesarios para el funcionamiento de los centros dependientes de la Dirección General de Programación centro cultural Paco Rabal, Centro cultural Pilar Miro, centro comarcal de humanidades Cardenal Gonzaga Sierra Norte y Teatro Real Coliseo Carlos III” número de expediente C-334A/003-18, retrotrayendo el expediente al momento de su publicación e incorporándose como documento contractual anexo a los pliegos la memoria económica completa, tras lo cual se volverán a publicar en la forma y lugar adecuados los documentos referidos, reiniciándose el plazo de presentación de ofertas.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.