

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

En Madrid, a 2 de diciembre de 2011.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por D. M. L. S.R. en nombre y representación de la empresa LACERA Servicios y Mantenimiento S.A, contra la Resolución de 3 de noviembre de 2011 de adjudicación del contrato de servicios denominado “Servicio de Limpieza de determinadas zonas del Hospital Carlos III de Madrid” (PA 2S/2011), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de julio de 2011 el Gerente del Hospital Carlos III de Madrid, en virtud de la Resolución de delegación de competencias de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de 25 de febrero de 2011, resolvió hacer pública la convocatoria del procedimiento abierto del contrato de servicios denominado “Servicio de Limpieza de determinadas zonas del Hospital Carlos III de Madrid”.

Dicha convocatoria de licitación se publicó en el DOUE de 27 de julio de 2011, en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el BOE de 11 de agosto y en el BOCM de 12 de agosto, estableciéndose como día límite de presentación de ofertas el día 5 de septiembre, y con un valor estimado del contrato de 2.030.508,48 euros.

En el punto 22 del anexo 33 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se contempla la obligación genérica de subrogación del adjudicatario como empleador de los trabajadores que se encontraran prestando el servicio objeto del contrato, recogándose en el punto 11 del Pliego de Prescripciones Técnicas, (PPT), y detallándose a continuación la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, tal y como exige el artículo 104 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). En dicha información anexa, se recoge el personal afectado por la obligación de subrogación, indicando la antigüedad, jornada laboral y categoría profesional de cada uno de ellos.

Por otro lado debe tenerse en cuenta que en el mismo PPT se establece en relación con el coste de la plantilla que *“Dado que los efectos de la subrogación de personal recaen finalmente sobre el Hospital, el adjudicatario no podrá incrementar el número de plantilla si no es con la expresa autorización del Centro.*

El adjudicatario (...) igualmente se compromete a no establecer ningún tipo de acuerdo, referido a los trabajadores de este contrato, salarial o de beneficios sociales o de otro tipo que puede representar incremento de costes, que no sean los de carácter colectivo del sector.

Del incumplimiento de estos compromisos se derivará la responsabilidad del contratista de indemnizar al Hospital con la cantidad equivalente al incremento del coste incurrido en diez años”

Segundo.- Presentadas las ofertas correspondientes y celebrada la licitación, con fecha 11 de octubre de 2011, la Mesa de Contratación propone la adjudicación del contrato a la empresa LACERA Servicios y Mantenimientos S.A, por un precio de 851.974,47 € y un IVA repercutido de 153.355,40 €, requiriéndosele el mismo día para proceder a aportar la documentación pertinente conforme al artículo 135.2 de la LCSP.

Con fecha 17 de octubre la recurrente remite al órgano de contratación certificado de hallarse al corriente del cumplimiento de Obligaciones Tributarias y de la Seguridad Social, copia de la garantía definitiva depositada, justificante del pago del anuncio en el BOCM y en el BOE.

Una vez recibida dicha documentación, el 26 de octubre el Gerente del Hospital Carlos III, resuelve adjudicar el contrato a la recurrente, publicándose dicha Resolución en el Perfil del Contratante el 3 de noviembre de 2011, y notificándose de forma individualizada al recurrente el mismo día 3 de noviembre.

Según afirma el recurrente en su escrito, el día 4 de noviembre de 2011, solicitó a la empresa que hasta la fecha había venido prestando el servicio de limpieza en el Hospital la documentación de los trabajadores afectados a efectos de realizar su ordenada subrogación, encontrándose entre la documentación remitida el día 10 de noviembre un acuerdo suscrito el día 16 de agosto y ratificado ante el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid el 6 de septiembre, que se incorpora al recurso, por el que se modificaban las condiciones laborales del personal afectado.

En concreto la jornada laboral se reduce de 39 a 37 horas semanales y se establece un plus de toxicidad para todos los trabajadores de 90 € mensuales, entrando en vigor dicho acuerdo el 1 de diciembre de 2011.

Tercero.- El 21 de noviembre de 2011 tuvo entrada en el Registro del SERMAS anuncio de recurso especial en materia de contratación contra la indicada Resolución de adjudicación por parte de la propia adjudicataria, siendo interpuesto el indicado recurso el mismo día y siendo remitido a este Tribunal, junto con el expediente y el informe preceptivo exigido en el artículo 316.2 de la LCSP, donde tuvo entrada el 23 de noviembre de 2011.

Cuarto.- En el escrito de recurso la recurrente solicitaba la adopción de medidas cautelares, concediéndose al órgano de contratación un plazo de dos días hábiles para alegar al respecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 313.2 y 316.3 de la LCSP, al no haberse pronunciado en el informe remitido, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 316 de la misma, el día 24 de noviembre de 2011.

Dicho requerimiento fue atendido mediante escrito del Director Gerente del Hospital de fecha 25 de noviembre en el que indica que conforme a lo dispuesto en el artículo 315 de la LCSP, está de acuerdo con la suspensión solicitada.

Este Tribunal no se ha pronunciado de manera expresa en relación con la suspensión, habida cuenta de que se procede a resolver sobre el fondo del asunto.

Con la misma fecha, 24 de noviembre, se dio trámite de audiencia al resto de los interesados en el procedimiento de contratación.

Con fecha 1 de diciembre se presentó escrito de alegaciones por parte de la empresa Sozzan S.L, prestataria del servicio, que en síntesis viene a señalar que dicha empresa no ha efectuado alteración alguna de las condiciones de trabajo de los trabajadores, sino que únicamente ha formalizado un acuerdo para dar cumplimiento al Convenio Colectivo del Sector de fecha 1 de abril de 2009, y que en todo caso la empresa recurrente conocía la existencia de un acuerdo en tal sentido al haber realizado visitas a las instalaciones objeto del contrato, habiendo sido

informada, según aduce, de forma verbal por una de sus trabajadoras, aportando al efecto de acreditar tal extremo, una declaración firmada por aquella.

Resulta de interés exponer aquí los hechos relativos al acuerdo alcanzado, acreditados mediante la documentación aportada por la alegante, aunque no formen parte del relato fáctico del expediente de contratación:

1. Con fecha 23 de marzo de 2009 se publicó en el BOCM el colectivo en el sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid para los años 2008-2011, que entró en vigor el 1 de enero de 2008, finalizando su vigencia el 31 de diciembre de 2011. (artículo 5).
2. Consta un escrito sin fechar, pero remitido por fax el 18 de mayo de 2010, en el que la plataforma de negociación de trabajadores del Hospital Carlos III, solicita a la empresa Sozzan S.L, una serie de mejoras laborales entre las que consta un plus de 100 € a partir de junio de 2010 para todos los trabajadores y una reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales. Consta asimismo, la presentación de una papeleta de conciliación el 30 de diciembre de 2010 ante el Servicio Madrileño de Mediación, Arbitraje y Conciliación solicitando que se reconozca que a los trabajadores de la empresa adjudicataria de la limpieza del Hospital Carlos III, les es de aplicación el plus del artículo 41 del Convenio, y que se le abonen las cantidades adeudadas por tal concepto, sin llegar a avenencia conciliatoria.
3. Con fecha 28 de enero de 2011 se presenta papeleta de conciliación previa al ejercicio de acciones, interponiéndose demanda de reclamación de cantidad el 15 de marzo de 2011, sustanciándose la misma bajo el número de autos 439/2011 ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid, sin que se aporte Sentencia dictada en dicho asunto.

Quinto.- La licitación se encuentra sometida a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al Reglamento General de la Ley de Contratos

de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y al Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa LACERA Servicios y Mantenimiento S.A, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 LCSP al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la Resolución de adjudicación correspondiente a un contrato de servicios, con un valor estimado de 2.030.508,48 euros por lo que es susceptible de recurso al amparo de los artículos 310.1 a) y 310.2 c) en relación con el artículo 16 de la LCSP.

Tercero.- El plazo establecido en el artículo 314.2 de la LCSP para la interposición del recurso especial en materia de contratación será de *“quinze días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado”*.

En este caso, la Resolución de adjudicación se notificó al recurrente el 3 de noviembre de 2011 por fax, publicándose en el perfil del contratante en la misma fecha. Además debe tenerse en cuenta, que siempre según el recurrente, el mismo tuvo conocimiento de la existencia de una causa de invalidez de la adjudicación el día 17 de noviembre en que la empresa empleadora le remite la documentación en

que se evidencia la falta de información alegada.

Por su parte el recurso especial se presentó en el Registro del SERMAS, el día 21 de noviembre, en que se remitió a la Gerencia del Hospital Carlos III, por lo que debe entenderse que el recurso se presentó en plazo.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la LCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, el mismo se contrae a determinar si la adjudicación efectuada es conforme a derecho al haber cambiado las circunstancias del personal a subrogar por la adjudicataria.

La obligación de subrogación de los trabajadores que con anterioridad vinieran prestando el servicio de limpieza en determinadas zonas del Hospital Carlos III de Madrid, objeto del contrato de servicios cuya adjudicación se impugna, se deriva del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T, cuando establece que *“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”*.

Desde la óptica de la contratación administrativa, los licitadores deben estar en condiciones de conocer todos los datos que puedan influir en la realización de sus ofertas y no se les puede obligar a asumir obligaciones- por más que sean obligaciones legales,- cuya efectividad, contenido y alcance les eran desconocidos

en el momento de formularlas. A ello tiende el artículo 104 de la LCSP, cuando establece que *“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.”*

De la lectura de este precepto se desprende con claridad que impone dos obligaciones a la Administración contratante, de un lado facilitar a los licitadores en el pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores, y una segunda de carácter instrumental y derivada de la anterior, dirigida a la empresa que hasta el momento viniera desempeñando el servicio, de facilitar dicha información al órgano de contratación a requerimiento de éste, de manera que no se puede hacer pechar sobre los licitadores la obligación de dirigirse a la empresa empleadora, ni a ninguna otra instancia al objeto de obtener la información precisa relativa a los trabajadores de la empresa para formular su oferta en términos de viabilidad.

En este sentido puede citarse el informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002 ,,-aplicable asimismo a la LCSP-, que concreta esta obligación, señalando *“La necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley.(...)”*

En el caso objeto de estudio resulta palmario el incumplimiento de la anterior obligación en tanto en cuanto, tal y como se ha indicado en el relato fáctico de la presente resolución, si bien se incorpora al expediente de contratación el listado de los trabajadores afectados, sus categorías, horarios y antigüedad, que permitirían a la empresa realizar el cálculo del coste salarial mediante la aplicación del convenio colectivo correspondiente, lo cierto es que se hurta a los licitadores un dato esencial, y es que la empresa adjudicataria había suscrito un acuerdo el día 16 de agosto, que fue ratificado ante el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid el 6 de septiembre, en el que se modificaban de forma importante las condiciones laborales del personal afectado por la subrogación, siendo así que la fecha límite de presentación de ofertas fue la del 5 de septiembre, esto es un día anterior a la ratificación del acuerdo ante la autoridad laboral de la Comunidad de Madrid.

Las alegaciones efectuadas por la empresa adjudicataria, no afectan a la obligación que pesa, como decimos, sobre la Administración de facilitar tal información a los licitadores. Por otro lado la circunstancia de que el Convenio Colectivo contuviese tales previsiones en su artículo 41, no implica que la recurrente tuviese que conocer en el momento de realizar la oferta, si dicho plus se encontraba o no contemplado en los costes laborales que le fueron suministrados como anexo al PPT, al no constar éstos desglosados por conceptos.

Por otro lado, no resulta acreditado lo afirmado por la empleada de la empresa Sozzan S.L en su escrito de alegaciones, en el sentido de que se entregara copia del acuerdo de 16 de agosto de 2011, a varios licitadores, extremo que ni se acredita mediante la presentación de algún tipo de recibo de la documentación entregada, ni tampoco por medio de alegaciones del resto de los licitadores que concedores de esta información pudieran tener interés en manifestar tal circunstancia, sin que pueda exigirse al recurrente la prueba de que no recibió la meritada información .

Sentado lo anterior, es cierto que una vez formalizados (perfeccionados) los contratos del sector público, estos se ejecutarán a riesgo y ventura del contratista, de acuerdo con el artículo 199 de la LCSP, pero debe tenerse en cuenta que en este caso no se ha producido tal formalización, procediendo en consecuencia determinar qué eficacia tiene el defecto de información sobre la adjudicación del contrato.

Cabe considerar que el órgano de contratación ha cumplido, al menos formalmente, con la obligación de información relativa a los trabajadores afectados, pero puede afirmarse que dicha información aportada junto con los pliegos, no se correspondía con la realidad que necesariamente debería tenerse en cuenta, tanto para la previa aprobación del gasto, como para la realización de la oferta por los licitadores, en los términos indicados por el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 33/2002, de 23 octubre, antes citado, cuando señala que *“el conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan en los términos establecidos en el artículo 79.1 de la Ley, el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición. La ausencia de tal dato llevaría a una situación de ignorancia de aquellas obligaciones que debe asumir viciando su posición ante el contrato”*.

Es decir que además de en su vertiente formal la obligación de información tiene una vertiente material relativa al contenido y suficiencia de dicha información de manera que debe facilitarse a los contratistas todos aquellos datos relativos a la situación laboral del personal a subrogar que puedan ser determinantes de la oferta a realizar, entre ellos de forma especialmente significativa, los relativos a retribuciones y jornada laboral.

En este caso, si bien la convocatoria del contrato se produjo el 20 de julio de 2011 y por tanto el órgano de contratación desconocía la negociación que podría

estar llevándose a cabo, no es menos cierto que, como decimos la obligación de informar solo a él es atinente, de manera que no puede pechar sobre los licitadores, ni de forma directa sobre el prestatario del servicio empleador. De esta forma tal incumplimiento determina la imposibilidad de cumplir la oferta en sus propios términos, provocada por la propia Administración convocante, sin perjuicio de la validez del acuerdo laboral y del incumplimiento del PPT relativo al contrato en vigor.

Considera este Tribunal a la vista de las alegaciones efectuadas por la reclamante que, cuando menos debe hacer siquiera sea una breve consideración relativa a las actuaciones llevadas a cabo por la empresa adjudicataria, aunque sea para señalar que en este Recurso no se trata de dilucidar la corrección de la actuación de la empresa que hasta la fecha viene prestando el servicio o la intencionalidad que pudiera subyacer en la celebración de un acuerdo con los trabajadores por parte de aquella, y que no es competencia de este Tribunal, por tanto, pronunciarse sobre tales cuestiones.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 311. 2 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado D. M. L.S. R. en nombre y representación de la empresa LACERA Servicios y Mantenimiento S.A, contra la Resolución de 3 de noviembre de 2011 de adjudicación del contrato de servicios denominado “Servicio de Limpieza de determinadas zonas del Hospital Carlos III de Madrid”, anulando la resolución de adjudicación dictada y

procediendo la convocatoria de una nueva licitación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la formulación de la cuestión de nulidad por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 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 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 319 LCSP.