

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

En Madrid, a 7 de febrero de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña I.R.G., en nombre y representación de Proactiva Formación, S.L., contra los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, en relación al lote 1, del contrato “Gestión de dos centros de emergencia para mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos e hijas, en la Comunidad de Madrid (2 lotes)”, número de expediente: 043/2018, tramitado por la Consejería de Políticas Sociales y Familia, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de diciembre de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, la Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Políticas Sociales y Familia por la que se convoca la licitación pública del contrato mencionado, mediante procedimiento abierto, dividido en dos lotes: las Casas de Emergencia de Alcalá de Henares y Alcobendas. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de 13 de diciembre de 2017, en el DOUE de 20 de diciembre y en el perfil de contratante el 21 de diciembre. El valor

estimado asciende a 2.620.652,32 euros. El presupuesto base de licitación para el lote 1, al que se refiere el recurso, asciende a 502.863,46 euros.

Segundo.- La cláusula 11 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) dispone:

“El equipo profesional mínimo de cada centro será el siguiente:

Centro de Emergencia de Alcalá de Henares, nº 1 (15 plazas).

- 1 Coordinador/a, a jornada completa, con dedicación exclusiva a tareas de coordinación.

- 1 Psicólogo/a a media jornada.

- 1 Trabajadora social, a media jornada.

- 3 Técnicos/as del ámbito de la intervención socio-educativa con mujeres, a jornada completa.

- 1 Técnico/a del ámbito de la intervención socio-educativa con menores, a media jornada.”

La plantilla del personal adscrito actualmente al centro que se licita como lote 1 tiene las características que se indican conforme a la relación publicada según la información facilitada por el contratista (nueve trabajadores).

Tercero.- El 10 de enero de 2018 tuvo entrada en este Tribunal recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Proactiva Formación, S.L. solicitando:

“que procedan a dictar unas cláusulas conforme a derecho, en las que o bien se incremente el presupuesto de licitación para cubrir los gastos de todo el personal adscrito al servicio – 9 personas en el Lote 1 – más los gastos de funcionamiento de la Casa; o bien establezcan que la obligación de subrogación del personal solo afecta a seis trabajadores, debiendo hacerse cargo la empresa gestora actual de los tres destinados en exceso al servicio, todo ello con suspensión del acto recurrido por el tiempo necesario para la sustanciación del recurso.”

El 15 de enero el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- Con fecha 17 de enero de 2018, el Tribunal acordó denegar la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, en cuanto manifiesta estar interesada en participar como licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el anuncio fue publicado en el DOUE el 20 de diciembre de 2017 y en el perfil de contratante el 21 de diciembre, siendo interpuesto el recurso el 10 de enero de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

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

Quinto.- El recurso impugna el PCAP en cuanto considera insuficiente el presupuesto de licitación al lote 1 “Centro de emergencia de Alcalá de Henares”, por no alcanzar el presupuesto base de licitación al pago de todos los gastos del personal que al día de la fecha prestan servicios en el centro y que han de ser subrogados conforme dispone el Convenio Colectivo de Intervención Social de aplicación, dado que con el pago de los costes salariales conforme a su sueldo actual y al citado Convenio, el monto de costes laborales absorbería más del 98% del presupuesto del contrato, sin margen para los medios técnicos y materiales exigidos en los Pliegos ni para el beneficio industrial.

Tal como hemos expuesto en los antecedentes de hecho, la exigencia del PPT en este centro de emergencia del lote 1 son 7 trabajadores, de los cuales 4 a jornada completa y 3 a media jornada.

Al día de la fecha, la prestación del servicio por parte de la actual adjudicataria se lleva a cabo con 9 trabajadores, en lugar de los 7 que exige el PPT.

El Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social, al que están adscritos la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en el Centro de Emergencia de Alcalá de Henares (lote 1), en su artículo 13, establece la obligatoriedad del nuevo contratista de proceder a la subrogación del personal que ya presta servicios, en determinadas condiciones.

Según los cálculos de la recurrente el gasto social ascenderá a 494.129,50 euros, cuando el presupuesto base de licitación asciende a 502.863,46, lo que implica que no quedara suficiente liquidez para medios materiales y técnicos, ni para beneficio industrial, no podrán hacerse mejoras en la oferta económica. La prestación del servicio en las citadas condiciones únicamente puede llevarse a cabo con coste económico a costa de la empresa adjudicataria, lo que resulta inviable y tendrá como consecuencia que las licitadoras no puedan cumplir con las exigencias de los pliegos y las exigencias legales a la vez; o, de hacerlo, pierdan dinero en la

prestación o rebajen las condiciones salariales de los trabajadores incumpliendo las condiciones del Pliego y del Convenio Colectivo de aplicación, todo lo cual no es compatible con los principios generales de la contratación pública.

Argumenta la recurrente que si las empresas licitadoras cumplen con lo previsto en el Pliego Técnico y destinan solo 7 trabajadoras al servicio, que subrogan de la gestora anterior, quedan 2 trabajadoras sin subrogar, lo que pone en riesgo a la empresa entrante de demanda laboral por no cumplirse lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio Colectivo y llevar a cabo la subrogación de la totalidad de la plantilla. Por contra, si cumplen con lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio Colectivo y subrogan a la totalidad de la plantilla que actualmente presta servicios en la Casa de Emergencia de Alcalá de Henares, perderán dinero con la prestación del servicio, lo que determina que cualquier empresa con un mínimo de responsabilidad empresarial no accederá a la licitación.

Asimismo, considera que es una manera que puede tener la empresa actualmente gestora del servicio para garantizar que ninguna otra empresa accederá al mismo, sin que conste si el pago de ese exceso de trabajadores es con cargo al proyecto o a otras partidas de la citada empresa. El PCAP debería elevar el presupuesto base de licitación para poder hacer frente a los gastos de personal de su plantilla ampliada.

Finalmente indica el recurso que otra opción para dar viabilidad al concurso en los términos de 7 trabajadores en el Centro de Alcalá de Henares sería hacer constar expresamente en el Pliego de Condiciones Técnicas que la nueva adjudicataria no tendrá obligación de subrogar al personal en exceso sobre los 7 trabajadores que en la actualidad prestan servicios en la Casa de Alcalá de Henares, que habrán de ser destinadas por la actual gestora del servicio a otros proyectos, pues de otra manera la actual adjudicataria, Intress, que probablemente tenga ideado un sistema para el pago de los salarios de los trabajadores al margen del presupuesto de la Casa, parta en condiciones de ventaja y se asegure que otros

licitadores no se presenten al concurso por el sistema de encarecer el mismo al introducir personal no exigible en la gestión del servicio, que habrá de ser subrogado por el nuevo adjudicatario.

La cuestión debe centrarse en si el órgano de contratación, a la hora de determinar el presupuesto del contrato está vinculado por los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente. Sobre esta cuestión se han pronunciado los órganos encargados de la resolución del recuso especial en materia de contratación indicando que 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 impuesto por un Convenio Colectivo, y en función de los costes laborales que a tal efecto indique la empresa saliente.

El artículo 87 del TRLCSP dispone:

“Artículo 87. Precio.

1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.”

La Directiva 24/2014/UE, en su artículo 18, establece como principio general aplicable a la contratación pública, que *“los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos, cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por la disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”*.

La adecuada determinación del precio contractual es un elemento esencial para la conformación de la voluntad de las partes del contrato administrativo que permite garantizar tanto a la Administración como al contratista una correcta ejecución de las prestaciones objeto del contrato, ya que permite establecer la justa correspondencia entre los derechos y obligaciones asumidas por cada una de las partes.

La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones, y correlativamente el monto de las ofertas se ajuste a los precios de mercado, tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa. Así, este Tribunal en su Resolución 54/2017, de 15 de febrero, manifestó 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”*.

Por tanto, al fijar el importe de licitación de un contrato, el órgano de contratación debe cumplir con lo estipulado en los artículos 87 y 88 TRLCSP, 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, debemos considerar que las listas de personal a subrogar nos indican el personal incluido y su antigüedad pero no pueden utilizarse directamente para el cálculo del coste del contrato ni implica que todos esos trabajadores sean necesarios para la ejecución del nuevo 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 se venían prestando, pues la regulación del servicio puede sufrir modificaciones.

En la memoria económica que se incorpora al expediente consta que el presupuesto de licitación se ha calculado en base a las retribuciones recogidas en el Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017, partiendo del salario base anual de 2016 (Tablas Salariales BOE 01-07-2016) incrementado en un 2% (1% por el año 2017 y 1% por el año 2018), al que se añade un 35% de gastos sociales. Al importe de estos gastos se añadieron los correspondientes a los bienes corrientes y servicios (conservación, suministro, mantenimiento, menaje e higiene y gastos corrientes de las usuarias) y al beneficio industrial.

En ningún caso se discute por la recurrente que el presupuesto de licitación no cubra los costes laborales y sociales del personal que se exige en el PPT, ni que el mismo sea insuficiente en otras partidas como las relativas a gastos en bienes corrientes y servicios.

El coste de personal necesario según el PPT para cumplir la prestación a realizar supone un coste inferior al presupuesto de licitación según los cálculos realizados por el órgano de contratación sin que sea determinante el coste del personal a subrogar independientemente de la prestación que se ha de realizar por la adjudicataria como pretende la recurrente. Como hemos señalado la obligación de subrogación y mantenimiento de las condiciones laborales de los trabajadores no implica necesariamente el mantenimiento en el propio servicio, sino que la empresa adjudicataria dentro de su libertad para gestionar los recursos humanos realizará la gestión más adecuada de los mismos y valorará los costes de la opción que considere más ventajosa.

Debe rechazarse también la pretensión de que el PCAP imponga la obligación de que la nueva adjudicataria no se subrogue en el exceso de personal sobre el necesario según el PPT. Como reiteradamente hemos sostenido la subrogación de personal y la relación de los trabajadores con el empresario es una cuestión ajena a la contratación pública, que solo procede en los términos del Estatuto de los Trabajadores o cuando está prevista convencionalmente. Es la negociación colectiva y el convenio sectorial el ámbito de establecer esta obligación y no el ámbito contractual.

Tampoco puede aceptarse la alegación de que la actual adjudicataria tiene ventaja competitiva por introducir un exceso de personal sobre el mínimo exigido en los pliegos de la licitación de la que es adjudicataria. La mayor o menor rentabilidad que pueda obtener son cuestiones ajenas a la suficiencia del presupuesto de licitación. La financiación con excesos o beneficios en otros contratos también está fuera del control de este Tribunal. En todo caso se constata que los costes de personal son los mismos para los futuros licitadores que para el prestador actual del servicio. Si la actual adjudicataria mantiene a los 9 trabajadores prestando servicios en este Centro de Emergencia es una opción frente a la mayor rentabilidad económica y si decide trasladarlos a otro centro de trabajo forma parte de su política de gestión de recursos humanos.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso de Proactiva Formación al considerarse que el presupuesto del contrato en su lote 1, es acorde con los medios humanos y materiales requeridos en los pliegos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 doña I.R.G., en nombre y representación de Proactiva Formación, S.L., contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, en relación al lote 1, del contrato “Gestión de dos centros de emergencia para mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos e hijas, en la Comunidad de Madrid (2 lotes)”, número de expediente: 043/2018, tramitado por la Consejería de Políticas Sociales y Familia.

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.- 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.